

**ROGÉRIO TURELLA**

**UMA NOVA PENA ALTERNATIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

TESE DE DOUTORADO

Orientador: Professor Dr. Alessandro Hirata.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
São Paulo – SP  
2020

**ROGÉRIO TURELLA**

**VERSÃO CORRIGIDA**

**UMA NOVA PENA ALTERNATIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, área de concentração: Direito do Estado. Sob a orientação do Professor Dr. Alessandro Hirata.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
São Paulo – SP  
2020

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Turella, Rogério

Uma Nova Pena Alternativa ao Tráfico Privilegiado  
; Rogério Turella ; orientador Alessandro Hirata --  
São Paulo, 2021.

155 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em  
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade  
de São Paulo, 2021.

1. Pena Alternativa. 2. Tráfico Privilegiado. 3.  
Sistema Prisional Brasileiro. 4. Processo Penal. 5.  
Direito Penal. I. Hirata, Alessandro, orient. II.  
Título.

---

TURELLA, Rogério. **Uma nova pena alternativa ao tráfico privilegiado**. 2020. 156 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

**Aprovado em 29/04/2021.**

Banca Examinadora

**Prof. Dr. André Luis Jardini Barbosa**

Instituição: Faculdade de Direito de Franca - FDF

Julgamento: Aprovado

**Prof. Dr. André Martins Barbosa**

Instituição: Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS

Julgamento: Aprovado

**Prof. Dr. Andréa Flores**

Instituição: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS

Julgamento: Aprovado

**Prof. Dra. Cristina Godoy Bernardo de Oliveira**

Instituição: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP - USP

Julgamento: Aprovado

**Prof. Dr. Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez**

Instituição: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP - USP

Julgamento: Aprovado

## DEDICATÓRIA

A “Deus” que durante grandes tempestades nos conduziu e nos forjou vitoriosos navegadores.

A “Nossa Senhora” que intercedeu junto a Jesus Cristo pelas minhas suplicas e orações.

À minha mãe Dona Nilza da Rosa Turella (*in memórian*) e meu pai Valdemar Turella.

À minha amada esposa Ana Cristina Gonçalves Lasalvia Turella, e minhas filhas Maria Fernanda Lasalvia Turella e Roberta Turella, pelas orações, paciência, atenção e carinho dados durante o período da elaboração de minha tão sonhada tese.

À Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, pela oportunidade de realização do curso de doutorado.

À Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, pelo convênio de Doutorado realizado junto a Universidade de São Paulo (USP), que me proporcionou a realização do Doutorado em uma das Universidades mais conceituadas do Brasil.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu professor e orientador Dr. Alessandro Hirata, pela paciência, dedicação, ensinamentos e carinho para comigo. Obrigado! Que “Deus” lhe abençoe hoje e sempre na sua caminhada, lhe dando muita saúde e sucesso sempre. Mais uma vez meu muito obrigado.

Ao Programa de Pós Graduação em Direito do Estado da Universidade de São Paulo (USP) e a todos os nossos professores.

Ao Programa de Pós Graduação da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e a todos os nossos professores envolvidos nesse DINTER.

Aos nossos queridos amigos de turma. Sucesso a todos.

Aos amigos e irmãos de longa data e de viagem de Dourados/Campo Grande/São Paulo. Carlos, Eliotério e Paulo César.

Aos amigos e irmãos que conheci no Doutorado e por quem tenho grande carinho. Jardel e Olivar (Assis nunca mais será a mesma depois de nossa passagem por lá).

Quando mil homens têm de dar combate, o desaparecimento de um só pode passar despercebido; mas quando cem dentre eles abandonam a bandeira, a posição daqueles que ficam fiéis torna-se cada vez mais crítica; todo o peso da luta recai sobre eles exclusivamente. Este exemplo mostra exatamente segundo creio, o verdadeiro estado das coisas.

**Rudolf Von Ihering**

## RESUMO

TURELLA, Rogério. **Uma nova pena alternativa ao tráfico privilegiado**. 2020. 154 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O tema pesquisado está relacionado à análise do Sistema Penitenciário Brasileiro, do Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, abordando uma visão crítica e a busca por novas tendências no direito penal e processual penal moderno, em razão da ineficácia do Estado diante da crise do sistema penal brasileiro, ocasionando o fracasso do sistema prisional. Conseqüentemente, o objetivo é apresentar uma proposta de reformulação do sistema penal vigente. Por essa ótica, o problema proposto na pesquisa atingirá seu objetivo, por meio da metodologia da pesquisa com uma abordagem qualitativa, tendo como procedimento a pesquisa bibliográfica realizado por uma investigação e abordagem teórica sobre os capítulos da referida tese, por meio de um levantamento bibliográfico, bem como pelo levantamento de dados do sistema criminal e prisional brasileiro fornecido pelas principais instituições e institutos de pesquisa. A crise decorre da ausência de políticas criminais aos presos, bem como da ineficiência do Estado no atendimento aos crimes que envolvem pessoas mais vulneráveis, desde o acesso à justiça, as penas, penas alternativas, o sistema prisional, e a inércia do legislativo na reformulação de propostas legislativas eficazes. A pena de prisão aos pequenos traficantes não é mais adequada ao seu tempo, a prisão torna o infrator por tráfico privilegiado mais vulnerável ainda às facções criminosas que dominam o sistema prisional brasileiro. Nesse sentido, e de modo a evitar a prisão a esse tipo penal, o STJ no julgamento do HC 596.603-SP, ratifica que da pena aos crimes por tráfico privilegiado devem ser cumpridas em regime aberto. As estatísticas da justiça criminal refletem a realidade do sistema prisional, ao traçar um panorama do perfil dos presos no Brasil, o que permite identificar os problemas existentes. Assim, apresentar uma proposta legislativa que permita combater o aumento desenfreado da população carcerária, e ausência de políticas criminais ressocializadoras, por meio de penas alternativas voltadas à ressocialização do preso pela educação profissional, científica e tecnológica, o que lhe proporcionará o retorno gradual ao mercado de trabalho e evitar a reincidência, e ou novo recrutamento pelas facções criminosas. A limitação do tema encontra obstáculos na questão relacionada à necessidade da alteração legislativa, em razão da proposta de uma nova medida alternativa em substituição ao cárcere, que vai ao encontro do posicionamento de todas as pesquisas realizadas nos últimos tempos sobre as alternativas penais.

**Palavras-chave:** Sistema prisional; Políticas criminais; Tráfico privilegiado; Pena alternativa; Educação profissional, científica e tecnológica.



## ABSTRACT

TURELLA, Rogério. **Uma nova pena alternativa ao tráfico privilegiado**. 2020. 154 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The researched theme is related to the analysis of the Brazilian Penitentiary System, Criminal Law, Criminal Procedural Law and Criminology, approaching a critical view and the search for new trends in modern criminal law and criminal procedure, due to the inefficiency of the State in the face of the crisis of Brazilian penal system, causing the failure of the prison system. Consequently, the objective is to present a proposal to reformulate the current penal system. From this perspective, the problem proposed in the research will reach its objective, through the research methodology with a qualitative approach, having as a procedure the bibliographical research carried out by an investigation and theoretical approach on the chapters of the referred thesis, through a bibliographical survey, as well as the survey of data on the Brazilian criminal and prison system provided by the main institutions and research institutes. The crisis stems from the absence of criminal policies for prisoners, as well as the State's inefficiency in dealing with crimes that involve the most vulnerable people, from access to justice, penalties, alternative sentences, the prison system, and the inertia of the legislature in the reformulation effective legislative proposals. The prison sentence for small traffickers is no longer suitable for their time, imprisonment makes the privileged trafficking offender even more vulnerable to the criminal factions that dominate the Brazilian prison system. In this sense, and in order to avoid imprisonment for this type of criminal offense, the STJ, in the judgment of HC 596,603-SP, ratifies that the penalty for crimes for privileged trafficking must be served in an open regime. Criminal justice statistics reflect the reality of the prison system, by drawing an overview of the profile of prisoners in Brazil, which allows for the identification of existing problems. Thus, to present a legislative proposal that allows combating the unbridled increase of the prison population, and the absence of resocializing criminal policies, through alternative penalties aimed at the resocialization of prisoners through professional, scientific and technological education, which will provide them with a gradual return to the market and avoid reoffending, and/or re-recruitment by criminal factions. The limitation of the theme finds obstacles in the issue related to the need for legislative change, due to the proposal of a new alternative measure to replace prison, which is in line with the position of all research carried out in recent times on penal alternatives.

**Keywords:** Prison system; Criminal policies; Privileged traffic; Alternative penalty; Professional, scientific and technological education.

## Lista de quadros

Quadro 1 - Movimentação Processual – Crime – Justiça Estadual:.....	30
Quadro 2 - Movimentação Processual – Crime – Justiça Federal: .....	30
Quadro 3 - Penas Privativas de Liberdade:.....	33
Quadro 4 - Presos condenados:.....	33
Quadro 5 - Presos por tipo de regime - Brasil .....	34
Quadro 6 – Tipos penais - Brasil .....	35
Quadro 7 – Ranking dos Estados mais violentos .....	36
Quadro 8 – Índices da taxa de tráfico de drogas .....	37
Quadro 9 - Presos por Unidade Prisional no Brasil:.....	38
Quadro 10 - Idade das pessoas privadas de liberdade:.....	38
Quadro 11 - Raça .....	39
Quadro 12 - Estado Civil: .....	39
Quadro 13 - Escolaridade: .....	39
Quadro 14 - Total de penas da população prisional condenada:.....	40
Quadro 15 - Total de penas da população prisional condenada - MS: .....	40
Quadro 16 - Apenados em atividades educacionais: .....	41
Quadro 17 - População carcerária .....	42
Quadro 18 - Presos por Unidade Prisionais no Brasil:.....	42
Quadro 19 - Presos por Unidade Prisionais no Mato Grosso do Sul:.....	43
Quadro 20 - Presos por Unidade Prisionais no Município de Dourados:.....	43
Quadro 21 - Presos por tipo penal - Tráfico de Drogas:.....	44
Quadro 22 - Presos – Indígenas – Todo tipo penal:.....	44
Quadro 23 – Sistema Prisional - MS: .....	45
Quadro 24 - Infratores processados e condenados por tráfico de drogas:.....	46
Quadro 25 - Infratores indígenas processados e condenados – Crimes diversos:.....	46
Quadro 26 – Presos, Vagas e Déficit de Vagas – Agosto de 2020: .....	47
Quadro 27 – Evolução carcerária 2019 a 2020:.....	47
Quadro 28 – Presos por tráfico de drogas – Referência Agosto de 2020: .....	48

## **Lista de mapas**

Mapa 1 – Facções Criminosas no Brasil .....	48
---	----

## Lista de siglas

AGEPEN	Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
FBSP	Fórum Brasileiro de Segurança Pública
INFOPEN	Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
NEV-USP	Núcleo de Estudo da Violência
PCC	Primeiro Comando da Capital

# SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	14
2 UMA VISÃO CRÍTICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	19
2.1 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO .....	19
2.2 PROPOSTAS LEGISLATIVAS.....	25
2.3 A JUSTIÇA CRIMINAL EM NÚMEROS .....	28
2.3.1 Conselho Nacional de Justiça .....	29
2.3.2 Anuário Brasileiro de Segurança Pública .....	35
2.3.3 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias .....	38
2.3.4 Coordenadoria de Políticas Penitenciárias.....	45
2.3.5 Núcleo de Informações Criminais.....	46
2.3.6 Reincidência Criminal no Brasil. ....	48
2.3.7 Facções Criminosas. ....	49
3 POLÍTICAS CRIMINAIS: AVANÇO OU RETROCESSO?.....	52
3.1 A EXPERIÊNCIA LEGISLATIVA.....	52
3.1.1 Avanço nas Políticas Criminais.....	52
3.1.2 Retrocesso nas Políticas Criminais. ....	60
3.2 A VISÃO TRADICIONAL .....	64
3.3 A RUPTURA DA ESTRUTURA ATUAL .....	69
3.4 INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA.....	71
3.5 DIREITO COMPARADO .....	75
3.5.1 Portugal.....	75
3.5.2 Itália .....	78
3.5.3 Direito Canônico .....	80
4 NOVAS TENDÊNCIAS NO DIREITO PENAL MODERNO:.....	82
4.1 O ALCANCE DAS PENAS .....	82
4.2 A PRISÃO COMO “ULTIMA RATIO”.....	89
4.3 ALTERNATIVAS PENAIS: SUBSTITUTA PRISIONAL .....	93
4.4 JUSTIÇA NEGOCIAL: UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA E EFICAZ.....	96
4.5 TRÁFICO PRIVILEGIADO .....	102
4.6 ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO .....	105
5 A RESSOCIALIZAÇÃO PELA EDUCAÇÃO PROFISSIONAL, CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA .....	112
5.1 POLÍTICA CRIMINAL POR MEIO DE UMA AÇÃO INTEGRADA.....	112
5.2 DIREITO AO ACESSO À EDUCAÇÃO .....	118
5.3 LEI N. 11.892 DE 29 DE DEZEMBRO DE 2008 .....	124
5.4 MECANISMO DE EFETIVIDADE PENAL.....	127
5.6 UMA NOVA MEDIDA ALTERNATIVA .....	134
6 CONCLUSÃO.....	141
REFERÊNCIAS.....	144
ANEXO 1.....	155

## 1. INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos e diante de uma sociedade mais complexa e diversificada, o direito penal e processual brasileiro vem sofrendo mutações e, ao mesmo tempo, adaptações para acompanhar toda essa evolução. Entretanto, a aplicabilidade e efetividade da legislação ainda estão aquém da realidade. Conseqüentemente ocorre um total descrédito dos operadores do direito e principalmente da sociedade, em relação à estrutura atual.

Logo, é necessária a busca por uma solução que amenize as questões relacionadas ao direito pátrio, em especial o direito penal e processual penal apresentado na presente pesquisa, que vem ao encontro de alguns pontos de grande relevância e discussão no direito brasileiro.

Assim, por meio de uma análise crítica do sistema penitenciário brasileiro, dos princípios processuais penais, bem como da busca por novas tendências ao direito penal e processual moderno, se faz necessária uma reformulação do sistema penal brasileiro.

No processo, a crítica está voltada à necessidade da adaptação da legislação penal e processual penal aos dias de hoje. A proposta é a alteração da legislação penal por meio de uma medida alternativa em substituição ao cárcere, evitando possíveis injustiças ao réu, e ao próprio Estado.

A presente pesquisa justifica-se pela proposta de reformulação do sistema penal e processual penal, ou seja, da necessidade de sua adaptação à atual realidade do direito, sendo necessário o resgate das garantias perdidas pelos cidadãos após a Constituição Federal de 1988, de modo a propiciar que uma vez submetido à tutela jurisdicional do Estado tenha suas garantias constitucionais concretizadas.

Em relação às linhas de pesquisa do programa, o trabalho está voltado ao tema “Direito do Estado: Organização do Estado”, pois, a pesquisa faz uma relação direta com a referida linha, ao abordar questões que, no momento, inviabilizam o papel do Estado na efetiva prestação de sua função jurisdicional.

A pesquisa, então, procura demonstrar as fragilidades do sistema penal e processual penal, ao mesmo tempo em que apresenta algumas propostas na solução pacífica desta ausência eficaz das presentes normas.

Por essa ótica, o problema proposto atingirá seu objetivo, por meio da metodologia da pesquisa com uma abordagem inicial qualitativa, e no desenvolvimento do trabalho por uma abordagem dialético-dedutivo, tendo como procedimento a análise bibliográfica realizado por uma investigação e abordagem teórica sobre os capítulos da referida tese.

Em um primeiro momento, foi realizado um levantamento bibliográfico, formulação do problema, leitura do material, fichamento, organização lógica do assunto e, conseqüentemente, a redação dos textos dos principais autores que abordam temas relacionados com a pesquisa.

Posteriormente, um levantamento de dados do sistema criminal e prisional brasileiro, fornecidos pelas principais instituições e institutos de pesquisa.

Diante dos levantamentos bibliográficos e dos dados estatísticos realizados, inicia-se a construção dos capítulos da tese levando em consideração os pontos destacados no sumário, com base na linha de pesquisa adotada.

A pesquisa tem como objetivo apresentar a proposta de uma nova pena alternativa ao tráfico privilegiado, por meio de uma visão crítica do sistema penitenciário brasileiro e a busca por novas tendências ao direito penal e processo penal moderno.

A finalidade é a inclusão de uma nova pena restritiva de direito de modo a propiciar ao infrator uma alternativa penal voltada a sua ressocialização, bem como seu gradual retorno ao mercado de trabalho, através da reformulação do direito penal, por meio do rompimento da visão tradicional, superação da estrutura atual, busca das garantias perdidas, a otimização da prestação da função jurisdicional e por uma nova perspectiva do processo penal brasileiro.

As penas privativas de liberdade submetem esse réu ao sistema prisional, onde acabará sendo recrutado pelo crime organizado. Ou seja, o encarceramento, para determinados crimes e réus atualmente, não permite, em hipótese nenhuma, a ressocialização e a possibilidade de retorno à sociedade.

A inércia do Poder Legislativo, na análise e votação dos projetos voltados a novas políticas criminais, também é fato impeditivo de mudanças, como é o caso do anteprojeto do Código Penal e Processo Penal que foram elaborados por grandes juristas brasileiros, mas permanecem estáticos.

Identificados os pontos de crise no direito penal e processual penal vislumbrei a necessidade de analisar estatisticamente, por meio do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) com os demais órgãos e instituições que estudam os temas relacionados com a justiça criminal.

Denominei um dos itens como “Justiça Criminal em Números”, nome dado pelo CNJ as suas pesquisas. Assim, realizei a análise dos dados e recortes necessários de acordo com a tese, destacando o Brasil, alguns Estados de referência e, principalmente, o Estado de Mato Grosso do Sul.

O objetivo foi procurar identificar, nos últimos anos, a quantidade de processos criminais, o avanço da criminalidade no Brasil, a população carcerária, tipos de regime, tipos penais, os delitos de tráfico de drogas e, principalmente, o perfil dos réus que praticam esses delitos: como a idade, o sexo, a escolaridade, o estado civil, a raça, a cor e a etnia.

Para isso, é necessária uma releitura do direito penal e do processo penal em razão de alguns dogmas, que contrariam o texto constitucional, principalmente, as questões relacionadas às penas privativas de liberdade, ao fracasso do sistema prisional, e à ausência de penas alternativas eficazes aos crimes não violentos. Nesse sentido, o trabalho é desenvolvido em 4 (quatro) capítulos distribuídos nos seguintes assuntos:

**O primeiro**, relacionado a uma visão crítica do sistema penitenciário brasileiro. O sistema prisional torna-se ineficaz em razão da impossibilidade da pena atingir sua finalidade ressocializadora. No mesmo sentido, as penas alternativas se restringem a penas e crimes determinados, impedindo a análise de crimes que, em nosso entender, por não serem violentos, cada caso concreto deveria ser analisado de modo diverso.

Assim, a inobservância dos dispositivos legais e constitucionais, a ausência de manifestação do Poder Legislativo na aprovação das propostas referentes às mudanças necessárias no direito material e processual, tem impedido que o sistema processual penal produza os efeitos desejados na aplicação da pena.

A parte relacionada à justiça criminal, em números, destaca a realidade da justiça criminal brasileira, por meio da elaboração de dados estatísticos, realizados por instituições responsáveis por esses estudos, se torna fundamental,



pois, o levantamento dos dados abordados é essencial para justificar e fundamentar a tese proposta.

O estudo dos dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) torna-se o mais seguro dos diagnósticos apresentados por retratarem a realidade da justiça brasileira, por meio de seus tribunais.

Dois pontos são analisados:

1. A justiça em números, onde destaco a movimentação processual penal no Brasil do ano de 2017 a 2019.
2. A análise do banco nacional de monitoramento de prisões - 2018, as pessoas privadas de liberdade no Brasil e no Estado de Mato Grosso do Sul, separando algumas características pessoais dos réus, bem como os crimes aos quais foram condenados.

Pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2018/2019/2020 faço um complemento dos dados já relatados com a análise dos crimes violentos no Brasil e alguns Estados.

No Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – junho de 2017 a dezembro de 2019, as informações prestadas contribuem para uma análise específica sobre os dados penitenciários no Estado de Mato Grosso do Sul em relação aos demais Estados da Federação.

Em se tratando a Coordenadoria de Políticas Penitenciárias e o Núcleo de Informações Criminais – 2019 e 2020, os dados levantados são específicos do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Dourados.

Uma análise técnica da Reincidência Criminal no Brasil, e, por fim, as Facções Criminosas – 2018, que retrata a atuação das facções criminosas no sistema prisional de cada Estado.

**O segundo** refere-se às políticas criminais: avanço ou retrocesso? Destacando a experiência legislativa brasileira no avanço e retrocesso, a visão tradicional no Brasil, em consequência a necessidade da ruptura da estrutura atual, a ao final uma análise do direito comparado (Português, Italiano e Canônico).

**O terceiro** é a efetiva ruptura da estrutura atual, e a apresentação de novas tendências no processo penal moderno, nas quais destaco o alcance da pena, a prisão como “*ultima ratio*”, o estudo de alternativas penais em substituição

a prisão, a justiça negocial como solução alternativa e eficaz, o tráfico privilegiado e, por fim, uma estratégia de enfrentamento.

Assim, da análise dos capítulos, a **tese** se consolida com o **quarto capítulo** ao dizer que a solução para a crise do sistema processual brasileiro, ocorrerá pela ressocialização do apenado. O que só é possível pela educação profissional, científica e tecnológica, ofertada pelos institutos federais (Lei n. 11.892 de 29 de dezembro de 2008) através de uma política nacional e uma ação integrada entre União e Estados.

Ante o exposto, o mecanismo de efetividade penal é propiciar ao réu condenado que possa substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito. Por fim, toda e qualquer medida não privativa de liberdade passa por uma proposta legislativa, cria-se uma nova medida alternativa em substituição ao cárcere, ou seja, a educação profissional, científica e tecnológica.

## 2. UMA VISÃO CRÍTICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

### 2.1 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Não resta qualquer dúvida quanto à ineficácia do sistema prisional, consequência de toda uma crise no direito penal e processo penal brasileiro<sup>1</sup>. A realidade a ser admitida é que a finalidade da pena está, há muito tempo, afastada de nosso ordenamento jurídico. A fragilidade da legislação penal e, principalmente, a ineficácia da preservação dos direitos e garantias do preso pela Constituição Federal, tem contribuído sobremaneira para o descaso do sistema.

A pena de prisão poderia ser vantajosamente substituída pela única coação rigorosa á indenização do mal material p moral, que o agente causou, obrigando-o ao pagamento de duas multas, uma em benefício do Estado, como reparação da perturbação publica e pagamento das custas, outra em benefício da parte lezada pelo delicto; variando 'segundo a fortuna do delinqüente e a sua possibilidade de pagar pelos ganhos de seu trabalho. Uma severidade extrema seria necessária acerca dos delinqüentes solváveis<sup>2</sup>.

A lei de execuções penais<sup>3</sup> é um dos pontos frágeis do sistema prisional, pois, como proporcionar a reabilitação do réu para si e para a sociedade, se o objetivo de harmônica integração social do condenado, previsto na lei, não ocorre na prática<sup>4</sup>? No mesmo sentido, a ausência de cumprimento de pena segundo

---

<sup>1</sup> A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2001, p. 154).

<sup>2</sup> (CASTRO, 1899. p. 62).

<sup>3</sup> Conforme previsto na LEP, além do caráter retributivo, a sanção penal deve ter como função “reeducar” e proporcionar condições para a “harmônica integração social do condenado ou do internado”. Nessa perspectiva, as instituições penitenciárias têm a atribuição de executar um conjunto de atividades que visem a esse fim. Essas atividades devem promover o “tratamento” penal com base nas assistências material à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao trabalho. Para isso, os estabelecimentos penais devem ser dotados de estrutura física e humana (IPEA, 2015. p. 31).

<sup>4</sup> Se, pois, o delito é o sintoma de uma deficiência de ser em quem o comete, a pena deveria servir para satisfazê-la. Mas, até agora, tratou-se de uma intuição, e nada mais. O instituto penal surgiu como um remédio empírico, igual aos medicamentos primitivos para as enfermidades do corpo; mas a razão do seu agir, que quer dizer a relação entre delito e pena, ficou oculta em grande parte (CARNELUTTI, 2001. p. 30-31).

seus antecedentes e personalidade, para fins de individualização da pena, também se torna obstáculo contribuindo para o fracasso do sistema prisional.

Assim, qual o verdadeiro significado para a pena de prisão?

Para responder ao referido questionamento é necessário analisar o pensamento de visões opostas sobre a pena de prisão.

Na visão abolicionista de Louk Hulsman, ocorreu um declínio na prisão ao privar a ressocialização do apenado, pois as prisões tinham características de hospitais e escolas, hoje instituições de repressão<sup>5</sup>. Em contraponto, e contrário ao abolicionismo Winfried Hassemer defende que a pena não é a imposição de um mal, mas a necessidade de equilíbrio de um dano causado<sup>6</sup>.

Por fim, Michel Foucault<sup>7</sup> nos orienta no sentido de inverter o problema do fracasso da prisão, ou seja, nos perguntando para que serve e qual é a utilidade desses diversos fenômenos: *“manutenção da delinqüência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinqüência”*.

A resposta razoável e desprovida de qualquer erro, é simplesmente reconhecer que o sistema é falho. A proposta não é abolir as penas, mas sim aplicá-las de forma proporcional ao crime cometido, ou seja, evitar que todo e qualquer crime acabe em condenar o infrator a uma pena de prisão. Nesse sentido, Jesús-Maria Silva Sânces, destaca que o direito penal possui “duas velocidades”, porém, já admitindo uma “terceira velocidade”.

Uma primeira velocidade, representada pelo direito penal “de cárcere”, em que os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais deveriam ser rigidamente mantidos; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratarem mais de prisão, mas de penas privativas de direitos ou pecuniárias, esses princípios e normas pudessem experimentar uma flexibilidade proporcional à menor intensidade da sanção. A questão que se deve colocar, por fim, é se admite uma “terceira velocidade” do direito penal, em que o direito penal da prisão concorra com uma ampla relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. (tradução nossa)<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> (HULSMAN, 1989. p. 16).

<sup>6</sup> (HASSEMER, s.d. p. 33).

<sup>7</sup> (FOUCAULT, 1999).

<sup>8</sup> *“Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rigidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho*

A que velocidade estamos? A Constituição Federal de 1988 nos faz refletir e acreditar em um cenário ideal a todos os cidadãos, ao estabelecer em um título próprio, “Direitos e garantias fundamentais”, um Estado preocupado com o bem estar dos seus.

Para Norberto Bobbio<sup>9</sup>, “*Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia.*” Assim, a velocidade que buscamos é a segunda velocidade.

Nesse mesmo cenário, o preso ganha um destaque especial, a garantia constitucional de que, caso condenado, sua pena será cumprida em estabelecimentos distintos, e de acordo com a natureza de seu delito. Mas, infelizmente, essa realidade não está ao alcance dos apenados no Brasil.

A alternativa, em síntese, é a tomada de posição diante de uma realidade na medida em que implica na busca de novos caminhos para atender os problemas por ela revelados. É também uma atitude alternativa a proscricção das penas cruéis e infamantes ou a consideração da Política Criminal como ciência de meios e de fins que projeta a realidade humana e social no quadro jurídico, arrancando para a revisão como desdobramento da crítica que dirige contra o sistema<sup>10</sup>.

O Sistema prisional brasileiro não está adequado às normas do Estado<sup>11</sup>, a reeducação dos encarcerados para uma posterior reincorporação à comunidade não faz parte desse sistema atual. Consequentemente, inviabiliza completamente qualquer possibilidade do preso de reabilitar-se<sup>12</sup>, tornando-o um refém de todo o sistema.

Por outro lado, diante da ausência efetiva do Estado no cumprimento de seus deveres infraconstitucionais e constitucionais, o sistema prisional encontra-se em um verdadeiro colapso. Enfim, não restam muitas alternativas ao réu, se o

---

*penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*” (SÁNCHEZ, 2001. p.163).

<sup>9</sup> (BOBBIO, 1997. p. 8).

<sup>10</sup> (DOTTI, 1998. p. 476).

<sup>11</sup> A avaliação garantista (pessimista) do *ius puniendi*, centrada na realidade mesma do sistema penal, passa inevitavelmente pela discussão sobre as justificações da pena, entendida esta como instrumento jurídico-político de manifestação do poder no controle social. Trata-se necessariamente de um repensar sobre o que se convencionou chamar ‘teorias da pena’, ou seja, sobre a indagação considerada como uma das mais importantes não só do direito penal, mas também da teoria política: ‘por que punir?’ (CARVALHO, 2008. p. 117).

<sup>12</sup> A entrada na prisão é tipicamente acompanhada pela perda do trabalho e da moradia, bem como da supressão parcial ou total das ajudas e benefícios sociais. Esse empobrecimento material súbito não deixa de afetar a família do detento e, reciprocamente, de afrouxar os vínculos e fragilizar as relações afetivas com os próximos (separação da companheira ou esposa, “colocação” das crianças, distanciamento dos amigos etc.) (WACQUANT, 2001. p. 95).

Estado o impede de prepará-lo para reintegrar-se novamente à sociedade, o crime organizado lhe recruta.

Ao Estado cabe sua responsabilidade por omissão, as leis não são aplicadas da forma necessária, logo, o sistema prisional brasileiro não funciona. É como leciona Juan Cruet<sup>13</sup> “*Socialmente, uma injustiça que ninguém vê não existe, e um absurdo, que todo o mundo aceita, é um elemento do bom senso*”.

Apesar das leis estarem positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, as penas são cumpridas, na maioria das vezes, independentemente da natureza do delito, ou da periculosidade do réu, todos cumprem a pena no mesmo local.

A prisão carrega consigo todos os valores que sustentam a imoralidade de um sistema por natureza desigual. A prisão não respeita a individualidade, corrompe a diferença, promove preconceitos e violência. Pode-se dizer mesmo que a prisão é como um *Cavalo de Tróia*, uma instituição que reproduzida por qualquer sistema político vai levar consigo uma das piores características do sistema capitalista<sup>14</sup>.

Evidentemente, o colapso do sistema prisional está instalado, e o Estado não mais pertence ao sistema. A prisão conduz o apenado em aceitar o seu fim pelo Estado ou ser recrutado pelo crime organizado. A opção se torna uma questão de sobrevivência. O apoio das facções criminosas para muitos, ainda hoje, é uma das melhores opções ao operário do tráfico.

A pena passa a ser um castigo irreversível, impede o arrependimento e a ressocialização do preso. Como inverter esta lógica, se não existe alternativa a não ser o cárcere<sup>15</sup>? Igualmente, em situação mais degradante e incompreensível, é saber que o fim de todo e qualquer crime cometido no Brasil, hoje, é a prisão<sup>16</sup>.

Uma prisão com características próprias: réu, crime, pena, sujeito determinado, e a não individualização da pena são determinantes para a seleção natural daquele público alvo.

---

<sup>13</sup> (CRUET, 1908. p. 130).

<sup>14</sup> (VALOIS, 2019. p. 593).

<sup>15</sup> O panorama torna-se ainda mais tenebroso diante da superlotação carcerária, que conduz à promiscuidade, à ociosidade, em virtude da ausência de trabalho organizado, à distribuição de privilégios e prebendas, graças à corrupção do pessoal penitenciário (JÚNIOR, 1983. p. 72).

<sup>16</sup> Entre uma prisão e um mosteiro, a diferença é que naquela se refugiam homens, os quais ocupam na escola do espírito, em comparação com os monges, degraus muito mais baixos, pelo que é igualmente mais difícil a tarefa da sua educação; os monges são homens livres, os quais aspiram a se fazer mais livres; os reclusos são servos, aos quais se trata de fazer reconquistar a liberdade (CARNELUTTI, 2015. p. 74).

Essa naturalidade do sistema é o fator preponderante na escolha de quem vai ou não cumprir pena. O que nos remete às questões relacionadas ao devido processo legal, em especial a inviabilidade do acesso à justiça às pessoas mais vulneráveis.

O sistema prisional brasileiro atualmente não possui estruturas suficientes e necessárias para permitir ao réu a mínima possibilidade de arrepende-se de seus crimes e, ao mesmo tempo, de pensar em ressocialização<sup>17</sup>. O cárcere não atende as exigências mínimas para que o réu cumpra sua pena de forma justa e legal.

A prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas seqüelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo<sup>18</sup>.

A pena de prisão deve ser utilizada como última alternativa eficaz em qualquer sistema processual penal. Por essa razão, a pena torna-se desnecessária em relação a determinados crimes, em especial aqueles que possibilitam a aplicação de penas alternativas, como os crimes violentos e de grave ameaça.

Submeter todo e qualquer crime ao cárcere<sup>19</sup> não atinge a finalidade na qual a pena foi criada. Francesco Carnelutti reitera ao dizer: “*O Estado não tem a permissão da sociedade para só encaixotar os seus detentos*”<sup>20</sup>. A consequência de uma pena de prisão é um desgaste desnecessário e sem precedentes, quando o fim a que se destina não é alcançado.

A grande preocupação hoje no Brasil são os crimes relacionados ao tráfico de drogas<sup>21</sup>, em função de a maior população carcerária ser composta por

---

<sup>17</sup> Em matéria de *ressocialização* não podem existir receitas definitivas, mas se deve operar somente com hipóteses de trabalho. O problema de *ressocialização* não pode ser resolvido com fórmulas simplistas (BITENCOURT, 2000. p. 17).

<sup>18</sup> (HULSMAN & CELIS, 1982. p. 62).

<sup>19</sup> A marginalização do pensamento crítico correspondeu o processo de deliberada ignorância do estágio das discussões no referido campo, em outros lugares, com destaque para a constante reação na comunidade científica europeia ao mencionado processo de expansão do encarceramento (PRADO, et.al, 2012. p. 46).

<sup>20</sup> (CARNELUTTI, op. cit., p. 11).

<sup>21</sup> A primeira guerra às drogas não se sabe se é contra as drogas, a favor das drogas ou tendo como subterfúgio as drogas. Em razão de as drogas serem um objeto, uma mercadoria, qualquer combate que se trave ao seu redor terá objetivos pessoais e, como vítimas, pessoas, pois drogas não andam, não falam nem têm desejos (VALOIS, op. cit., p. 39).

traficantes, não pelos empresários do tráfico, e sim por aqueles operários do tráfico que arriscam tudo por transportar uma quantidade ínfima de drogas, em troca de pequenos valores. Conseqüentemente, fazem parte das grandes estatísticas do sistema prisional brasileiro.

População carcerária elevada e crescente que se une em torno das facções por melhores condições de sobrevivência para si e sua família, além de um emprego quando do cumprimento da pena, tudo ao contrário do que o Estado lhe fornece. Para a facção lucro, mão de obra barata e estruturação em moldes empresariais com aproveitamento das lacunas estatais para o desenvolvimento de suas atividades em âmbito interno e internacional<sup>22</sup>.

A submissão de pessoas vulneráveis<sup>23</sup> ao tráfico de drogas é notória e real. As alternativas de trabalho ofertadas pelo Estado são poucas e, por essa razão, acabam por induzi-las ao cometimento de ilícitos penais.

A opção pelo tráfico de drogas ainda é uma forma branda de crime, por não exigir qualquer qualificação ou capacitação do agente nessa modalidade de crime, e sim, apenas o interesse em obter uma vantagem econômica, sem a necessidade de estar vinculado ao cometimento de crimes mais graves.

Na realidade, a essência do crime de tráfico de drogas está diretamente relacionada ao crime organizado<sup>24</sup>: uma estrutura constituída por grandes empresas que visam, unicamente, o transporte e carga de uma grande quantidade de mercadoria e lucros exorbitantes<sup>25</sup>.

As facções criminosas atuam nas lacunas do Estado Democrático de Direito brasileiro. Enquanto este negligencia seus cidadãos, procurar soluções imediatistas e midiáticas calcadas no

---

<sup>22</sup> (GONÇALVES, 2020).

<sup>23</sup> De fato, o traficante pobre é triplamente submisso ao sistema. Primeiro porque é ele quem faz o trabalho sujo de levar o prazer das drogas às ruas; segundo porque o faz seguindo os padrões e valores da sociedade; e, terceiro porque se submete à violência e ao terror do estado, estando pronto para morrer ou ser encarcerado em mais uma manifestação de força do próprio sistema ao qual ele serve (VALOIS, op. cit., p. 545).

<sup>24</sup> Afinal, como vimos, o crime organizado, do qual as facções criminosas e o PCC fazem parte, tem uma estrutura empresarial muito bem definida, e com objetivos estabelecidos para a obtenção de ativos financeiros, mantença com a aquisição de respeito e poder no qual se pode recorrer, e, em geral isso ocorre, pelo uso do medo e da intimidação de terceiros (GONÇALVES, op. cit.).

<sup>25</sup> Mesmo líderes, comandantes nessa guerra, estão vulneráveis ao comércio ilegal de drogas, pelo simples fato de ser um comércio. Comércios não se separam por decreto. A proibição cria apenas a ilusão de que há duas circulações financeiras, uma sadia e outra doente, a proibida, mas no mundo dos negócios, principalmente os de cifras gigantescas e internacionais, o dinheiro não se divide, é um só, podendo atingir qualquer um que siga o modelo de busca de lucro imposto pelo sistema (VALOIS, op. cit., p. 105).



endurecimento sem um planejamento, em um estudo sólido, os problemas não só continuarão, como irão crescer ainda mais<sup>26</sup>.

Enquanto o Estado permanecer inerte e omissor nas questões sociais, e estiver voltado apenas ao encarceramento dos operários do tráfico, ou seja, às pessoas mais vulneráveis, o sistema prisional estará fadado ao fracasso.

## 2.2 PROPOSTAS LEGISLATIVAS

A inobservância de determinados dispositivos legais e principalmente constitucionais tem alimentado a crise do sistema penal<sup>27</sup> e processual penal brasileiro<sup>28</sup>. Francesco Carnelutti reitera, ao comentar, que *“uma causa e um efeito não se podem dar sem uma lei”*<sup>29</sup>.

Na forma em que estão, são inoperantes. Em consequência, mantém em crise todo o sistema penal e processual, inviabilizando, à população menos favorecida<sup>30</sup>, ligada unicamente aos delitos não violentos, a possibilidade de usufruir de seus direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, com a finalidade de diminuir os entraves e aparar algumas aristas das legislações infraconstitucionais, novas propostas legislativas, que alteram o Código Penal e o Código de Processo Penal, estão sendo analisadas pelo Congresso Nacional. Entretanto, sem um avanço significativo, por não serem tratadas como pauta prioritária.

O Direito Penal e o Processo Penal estão baseados em princípios advindos do iluminismo, que representou uma reação ao autoritarismo e à arbitrariedade, consagrando formulações como a regra da legalidade, da anterioridade da lei penal, da tipicidade, da responsabilidade pessoal, da culpa individual, do contraditório

---

<sup>26</sup> (GONÇALVES, op. cit.).

<sup>27</sup> A alusão a que o Direito Penal está em “crise” se converteu, em nossos dias, em autêntico lugar comum. Por isso, é frequente que as exposições de temas de fundamento ou de política criminal comecem abordando os motivos de referida crise e seus contornos concretos (SÁNCHEZ, 2011. p. 29).

<sup>28</sup> O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionais asseguradas (as regras do devido processo legal) (LOPES JUNIOR, 2013. p. 62).

<sup>29</sup> (CARNELUTTI, op. cit. p. 32).

<sup>30</sup> Pobres e ricos, brancos e pretos, altos e baixos, quando entram em contato com o Judiciário devem esperar, no mínimo, imparcialidade, independência e apoliticidade. Sem isso, o risco de completa deslegitimação da função judicial é mais do que evidente (CAMPILONGO, 2011. p. 112).

processual penal, da ampla defesa, do devido processo legal, do direito de ficar calado etc.<sup>31</sup>.

O anteprojeto do Código Penal tramita nas casas do Congresso Nacional desde 2012, intitulado como projeto de lei do senado nº 236, retira o caráter de crime hediondo o tráfico de drogas, se o agente for primário, de bons antecedentes, e não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar associação ou organização criminosa de qualquer tipo.

O anteprojeto do Código de Processo Penal<sup>32</sup> tramita nas casas do Congresso Nacional desde 2010, intitulado como projeto de lei do senado nº 8.045, amplia as garantias constitucionais aos réus, acrescenta em seu Título I, do art. 1º ao 7º, a proteção dos princípios fundamentais constitucionais, e a criação do juiz das garantias com a responsabilidade de legalidade do processo, por fim, cria um capítulo próprio sobre crimes de grave violação de direitos humanos.

A possibilidade da justiça negocial<sup>33</sup> também é tema dos anteprojetos. No Código Penal é denominada “barganha e colaboração com a justiça”, que permite à defesa e à acusação celebrar acordo para a aplicação imediata da pena.

A mesma previsão está contemplada no Código de Processo Penal, por meio da qual o ministério público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

Ambos os anteprojetos foram elaborados por comissões de juristas renomados em suas cátedras, o que demonstra a preocupação do legislador em elaborar novos códigos tendo como premissa o conhecimento técnico dos profissionais do direito envolvidos. Não é simplesmente a reformulação das

---

<sup>31</sup> (GRECO FILHO, 2009. p. 10).

<sup>32</sup>Então, que o Direito Processual Penal brasileiro não pode mais ser aplicado com base na *estrutura* do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvidas. A Constituição da República, de há muito, lançou novas luzes sobre a matéria (OLIVEIRA, 2015. p. 35).

<sup>33</sup> O recurso ao discurso dogmático é empregado amplamente, não raro apoiado na “bondade” das soluções proporcionais pelo consenso, com o acusado “amparado” pelo juiz e por seu defensor. A tentativa até aqui bem sucedida de pautar o *pleabargaining* pelo viés (des)estruturado da dogmática positivista processual penal encontra eco não somente na estratégia de escamotear as razões de emperramento do modelo baseado na presunção de inocência, com o ônus da prova atribuído ao acusador e a exigência da remoção da citada presunção em um processo público e oral qualificado pelo contraditório, mas ainda na persistente decisão de não incorporar as consequências deste modelo relativamente às pessoas de carne e osso sujeitas ao Sistema Penal (PRADO, MARTINS, CARVALHO, 2012. p. 48).

legislações de 1940 e 1941, e sim a construção de um novo modelo de direito penal e processo penal<sup>34</sup>.

Elo contrário, a mediação, na medida em que implica uma negociação contínua até se alcançar um eventual acordo, em que permite a realização de concessões mútuas, torna possível a obtenção de soluções vantajosas para ambas as partes – e neste sentido ambas ganham, enquanto no recurso ao sistema judicial, em regra uma ganha o que a outra perde<sup>35</sup>.

Entretanto, apesar dos anteprojetos e estudos abordarem especificamente, em sua totalidade, um novo código penal e um novo código de processo penal. No ano de 2019 fomos contemplados, em parte, pelos estudos apresentados nos anteprojetos pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, com a criação do “Juiz das Garantias”<sup>36</sup> e a possibilidade de um avanço na justiça penal negocial, por meio do “Acordo de não persecução penal”<sup>37</sup>. O que foi considerado como um avanço significativo em especial na legislação processual penal.

Em síntese, a ausência de celeridade na análise pelas casas do Congresso Nacional para com as referidas propostas legislativas, ainda é motivo de preocupação, por serem temas de grande relevância para o direito material e processual.

Por fim, para sair da crise do sistema penal e processual penal é necessário que as legislações infraconstitucionais estejam em harmonia com a realidade da sociedade atual<sup>38</sup>, ou seja, proporcional a atual estrutura social.

---

<sup>34</sup> Infelizmente, se a justiça é segura, não é rápida, e se é rápida, não é segura. Por sua vez, para dizer, também, a respeito do processo, que devagar se vai ao longe e se vai bem, é preciso ter coragem. Essa verdade transcende, inclusive, a da própria palavra “processo”, que alude a um desenvolvimento gradual no tempo: proceder que dizer, aproximadamente, caminhar a passo e passo (CARNELUTTI, 2015. p. 18).

<sup>35</sup> (BELESA, 2012. p. 38).

<sup>36</sup> Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] (BRASIL, 2019).

<sup>37</sup> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] (BRASIL, 2019).

<sup>38</sup> [...] assumir uma posição decidida na defesa da jurisdição estatal, como instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático. Este objetivo obriga-nos a tratar das deficiências e obstáculos, opostos por nosso sistema processual, a uma jurisdição compatível com o nosso tempo, uma jurisdição capaz de lidar com a sociedade de consumo, complexa e pluralista, em seu estágio de “globalização” (SILVA, 2006).

## 2.3 A JUSTIÇA CRIMINAL EM NÚMEROS

Essencial para a compreensão do tema é abordar um dos pontos mais importantes do trabalho, pois, retrata, de maneira detalhada, o panorama da justiça criminal em números no Brasil, e principalmente no Estado de Mato Grosso do Sul, por meio de pesquisas e análises técnicas de instituições qualificadas para esse tipo de pesquisa.

As transformações da Política Criminal e do nosso conhecimento das questões metodológicas, que se consumam nos últimos anos, devem ao mesmo tempo transformar o sistema da nossa parte geral, se quisermos preservar a sua capacidade de funcionamento. Deste modo, nos encontramos neste terreno sempre no início. (tradução nossa)<sup>39</sup>.

As questões metodológicas e a transformação, constantes no sistema prisional, são primordiais para uma análise sistêmica do processo. Entretanto, é importante destacar que as análises quantitativas apresentadas sofrem variações em razão do ano em que a pesquisa foi realizada, bem como da metodologia utilizada naquele momento, não alterando ou influenciando o contexto da pesquisa e o diagnóstico apresentado.

A finalidade dos dados é procurar demonstrar, de maneira clara e objetiva, que o cenário da justiça criminal no Brasil não atende as necessidades mínimas para sua sobrevivência, uma vez que a crise<sup>40</sup> do sistema processual penal brasileiro vem se agravando no decorrer dos tempos.

Logo, é necessária uma intervenção legislativa no processo criminal, por meio de políticas criminais eficazes e com foco nas questões que merecem uma maior atenção. Que tipo de crime nós queremos combater? Todo e qualquer crime? Ou o crime organizado e os crimes violentos? Até quando o sistema prisional brasileiro vai suportar o aumento contínuo de presos?

Todas essas perguntas nos fazem refletir sobre a importância do estudo relacionado às penas no Brasil, e ao sistema prisional, mas, ao mesmo tempo, a

---

<sup>39</sup> *“Las transformaciones de la Política criminal y de nuestro conocimiento de las cuestiones metodológicas, que se han consumado en los últimos años, deben transformar al mismo tiempo el sistema de nuestra parte general, si quiere conservar su capacidad de funcionamiento. De este modo, nos encontramos en este terreno siempre por el principio”* (ROXIN, 2002, p. 106-107).

<sup>40</sup> A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem a prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, op. cit. p.1).

necessidade de apresentar soluções eficazes, ou seja, políticas criminais adequadas ao tempo e aos crimes. A legislação<sup>41</sup> brasileira carece de alterações, e a busca de respostas será demonstrada nos dados apresentados no presente capítulo.

As estatísticas<sup>42</sup> que serão apresentadas estão adequadas a estudos específicos, com dados voltados ao objeto do estudo, bem como a indicadores que se sobrepõem em determinadas análises, mas estão relacionados com a proposta final. Por fim, todos os dados foram compilados do estudo de cada instituição, ou seja, são dados reais, mas, com recortes específicos nas questões mais importantes.

### **2.3.1 Conselho Nacional de Justiça**

#### **2.3.1.1 Justiça em números**

O Conselho Nacional de Justiça nos anos de 2017<sup>43</sup>, 2018<sup>44</sup> e 2019<sup>45</sup> realizou pesquisas sobre a movimentação processual na área criminal no Brasil obtendo os seguintes indicadores:

---

<sup>41</sup> A lei marca uma parada do direito; ora, se o direito pára, é necessariamente excedido, porque enquanto o legislador repousa sobre o código, a sociedade trabalha sempre (CRUET, op. cit. p. 193).

<sup>42</sup> Os estatísticos têm especiais responsabilidades em relação ao Direito Penal, quer pela confiança conquistada desde as primeiras contribuições objetivas que deles recebeu, quer porque seus dados ainda constituem o principal elemento de orientação (LYRA, 1971. p. 190).

<sup>43</sup> O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua atribuição legal de dar transparência e publicidade às informações relativas à atuação do Poder Judiciário brasileiro, publica a 14ª edição do Relatório Justiça em Números. Elaborado continuamente desde 2005 pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), unidade responsável pelo recebimento e pela sistematização das estatísticas judiciárias nacionais, o relatório de 2018 compreende os anos de 2009 a 2017 (BRASIL, 2020, p. 9).

<sup>44</sup> O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua atribuição legal de dar transparência e publicidade às informações relativas à atuação do Poder Judiciário brasileiro, publica a 15ª edição do Relatório Justiça em Números. Elaborado continuamente desde 2005 pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), unidade responsável pelo recebimento e pela sistematização das estatísticas judiciárias nacionais, o relatório deste ano traz informações detalhadas por tribunal e por segmento de justiça, acompanhadas de uma série histórica que completa uma década de dados estatísticos, período de 2009 a 2018 (Idem, 2019. p. 9).

<sup>45</sup> Esses 15 anos de publicação do Relatório Justiça em Números mostram grande evolução, tanto em termos de resultado, quanto em conteúdo e forma de apresentação. Os relatórios, com informações dos anos de 2004 a 2019 mudaram bastante com o passar do tempo, evoluindo de um sintético compêndio de dados estatísticos a um relatório completo, que possibilita visão panorâmica do Judiciário brasileiro e que utiliza conceitos de infográficos e de métodos de análise multivariada na análise da produtividade e na classificação por portes (Idem, 2020. p. 9).

**Quadro 1 - Movimentação Processual – Crime – Justiça Estadual:**

Situação	1º Grau	2º Grau
Casos Novos 2017	1.232.229	549.001
Sentença 2017	1.248.148	540.797
Casos Novos 2018	1.231.806	578.367
Sentença 2018	1.310.370	576.572
Casos Novos 2019	1.363.988	605.856
Sentença 2019	1.467.274	614.874

Fonte: CNJ

Na comparação entre os anos de 2017 e 2018 os novos casos em 1º grau permaneceram estáveis. No entanto, em 2019 houve um aumento de 132.182. Em 2º grau, de 2017 para 2018, houve um aumento de 29.366 e, de 2018 para 2019 o aumento foi de 27.489.

Em relação às sentenças em 1º grau, de 2017 a 2018, houve um aumento de 62.222 e, de 2018 a 2019, de 156.904. Em 2º grau, também de 2017 a 2018, houve um aumento de 35.775 no número de sentenças e, de 2018 a 2019, de 38.302. Logo, observa-se que, em 1º e 2º grau, ocorreu um aumento gradual no número de processos, em consequência, mais sentenças foram prolatadas.

**Quadro 2 - Movimentação Processual – Crime – Justiça Federal:**

Situação	1º Grau	2º Grau
Casos Novos 2017	90.911	24.324
Sentença 2017	46.547	22.002
Casos Novos 2018	83.992	24.616
Sentença 2018	48.651	22.588
Casos Novos 2019	75.614	23.891
Sentença 2019	47.691	24.140

Fonte: CNJ

Na justiça federal, na comparação entre os anos de 2017, 2018 e 2019, em 1º grau, houve uma redução de os novos casos em 15.297 processos, permanecendo estáveis em 2º grau.

Em relação às sentenças em 1º grau houve um aumento, de 2017 para 2018, de 2.104, e uma queda, de 2018 para 2019, de 960. Em 2º grau,

permaneceram estáveis nos anos de 2017 e 2018 e, no ano de 2019, sofreram um aumento de 1.552 sentenças.

A justiça criminal, em 2017<sup>46</sup>, obteve 2,7 milhões de casos novos, sendo que a Justiça Estadual foi demandada em 69,4%, obtendo um aumento de 91,5% desde a última análise. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul foi demandado com 48.846 casos novos, enquanto havia 127.806 processos pendentes.

Em 2018<sup>47</sup>, obteve 2,7 milhões de casos novos, e a Justiça Estadual foi demandada em 69,8%, obtendo um aumento de 91,3% desde a última análise. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul foi demandado com 53.983 casos novos, enquanto havia 129.337 processos pendentes. Na análise dos dados, a justiça criminal no Brasil manteve-se estável, enquanto no Estado de Mato Grosso do Sul, houve um aumento de 11,137 novos casos, bem como um aumento de 1.531 processos pendentes.

Em 2019<sup>48</sup>, obteve 2,4 milhões de casos novos. A Justiça Estadual foi demandada em 68,4%, mantendo-se estável em relação ao ano de 2018. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul foi demandado com 58.873 casos novos, enquanto havia 130.009 processos pendentes. Na análise dos dados, a justiça criminal no Brasil manteve-se estável, enquanto no Estado de Mato Grosso do Sul, houve um aumento de 4.890 novos casos, entretanto, manteve-se estável em relação aos processos pendentes.

Em 2017, entre as classes de processo mais demandada nas Justiças Estaduais estão os procedimentos investigatórios/inquéritos policiais que somam

---

<sup>46</sup> Em 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo 1,7 milhão (61,6%) na fase de conhecimento de 1º grau, 357,5 mil (13,1%) na fase de execução de 1º grau, 19,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 576 mil (21,1%) no 2º grau e 95,6 mil (3,5%) nos Tribunais Superiores. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,4% da demanda; na área criminal essa representatividade aumenta para 91,5% (Id., 2018. p. 152).

<sup>47</sup> Em 2018, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo 1,6 milhão (60%) na fase de conhecimento de 1º grau, 343,3 mil (12,8%) na fase de execução de 1º grau, 18,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 604,8 mil (22,6%) no 2º grau e 103,9 mil (3,9%) nos Tribunais Superiores. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,8% da demanda, na área criminal essa representatividade aumenta para 91,3% (Id., 2018. p. 159).

<sup>48</sup> Em 2019, ingressaram no Poder Judiciário 2,4 milhões de casos novos criminais, sendo 1,6 milhão (58,5%) na fase de conhecimento de 1º grau, 18,1 mil (0,6%) nas turmas recursais, 628,4 mil (22,4%) no 2º grau e 121,4 mil (4,3%) nos Tribunais Superiores. Além desses casos, foram iniciadas 395,5 mil (14,1%) execuções penais no 1º grau (Id., 2018. p. 159).

558.793, contra 56.892 nas Justiças Federais. Em 2018 e 2019, os processos criminais não aparecem na pesquisa entre os assuntos mais demandados.

Porém, nas classes mais demandadas em 2º grau, em 2017, estavam as medidas garantidoras/*habeas corpus* e recursos/apelação. Em 2018 e 2019 figuram os crimes na legislação extravagante/crimes de tráfico de ilícito e uso indevido de drogas.

Na análise das classes mais demandadas em 2017 e 2018, a quantidade do número de *habeas corpus* e recursos de apelação desapareceram dos dados em 2018 e 2019, o que permite concluir a existência de um problema em 2º grau.

Seria a inviabilidade total por parte do Estado no acesso à justiça aos menos favorecidos? Talvez. Mas o que se sabe é que o resultado negativo de um dado estatístico relacionado à liberdade do cidadão, com certeza ocasionará um aumento em outros índices contrários à liberdade.

Em conseqüência, a queda brusca de *habeas corpus* e recursos de apelação deu lugar às demandas relacionadas aos crimes de tráfico de ilícito e uso indevido de drogas. As garantias processuais relacionadas à liberdade foram substituídas pelo aumento das demandas relacionadas ao tráfico de drogas.

### 2.3.1.2 Banco Nacional de Monitoramento de Prisões

No ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça também realizou pesquisas com a finalidade de cadastrar<sup>49</sup> e identificar o número de pessoas presas no Brasil<sup>50</sup>, bem como o perfil de cada uma delas. Os dados obtidos referem-se à correspondência dos processos judiciais em curso ou finalizados, tornando-os essenciais para a presente pesquisa<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> O cadastro cumpre a função de oferecer informação básica e segura das pessoas submetidas ao sistema de prisão estatal no Brasil. Sem ela se apresentavam estimativas e amostragens, escaramuças permissivas de continuidade do caótico e desumano sistema penitenciário, que não cumpre qualquer das funções que a prisão deveria atender, como, especialmente, o da ressocialização (BRASIL, 2020, p. 10).

<sup>50</sup> Até o momento atual, os números de presos, no Brasil, era estimado. Chegavam ao juiz por mero informe proveniente de agentes do sistema carcerário sem controle eficaz, sem sequer se ter contagem certa. Ser humano tratado como número “aproximado”! Algo constitucionalmente inaceitável. Mas era o que prevalecia (Idid., p. 9).

<sup>51</sup> Assim, é digno notar não se estar diante da conclusão de um trabalho, pois o sistema não resolve todos os problemas do Poder Judiciário, mas representa importante passo na reestruturação da informação, indispensável para se buscar o aperfeiçoamento da justiça criminal e melhor atender às demandas da sociedade brasileira (Idid., p. 94).



Em 6 de agosto de 2018, no Brasil, havia 602.217 pessoas privadas de liberdade, 572.764 (95%) homens e 29.453 (5%) mulheres. No Estado de Mato Grosso do Sul havia 22.644 (3,76%), sendo 20.837 (92%) homens e 1.807 (7,9%) mulheres. Logo, observa-se que o número de mulheres presas no Estado está acima da média nacional em 2,9%.

**Quadro 3 - Penas Privativas de Liberdade:**

Local/Sexo	2018
<b>Brasil</b>	<b>602.217</b>
Homens	572.764
Mulheres	29.453
<b>Mato Grosso do Sul</b>	22.644
Homens	20.837
Mulheres	1.807

Fonte: CNJ

Os dados apresentados demonstram o aumento significativo de apenadas. A mulher no Estado de Mato Grosso do Sul está acima da média nacional. Isso se deve exclusivamente a efetiva participação da mulher nos crimes relacionados ao tráfico de drogas, principalmente, por estar situado na rota do tráfico.

Outro dado importante está relacionado aos presos. No Brasil 148.472 (24,72%) são presos condenados em execução provisória; 211.107 (35,14%), presos condenados em execução definitiva; 241.090 (40,14%) presos sem condenação. No Mato Grosso do Sul, 10.365 (46,80%) são presos condenados em execução provisória; 8.825 (39,85%), presos condenados em execução definitiva; 2.957 (13,35%) presos sem condenação; e, 49 (0,18) outros.

**Quadro 4 - Presos condenados:**

Local	2018
<b>Brasil</b>	
Execução provisória	148.472
Execução definitiva	211.107
Sem condenação	241.090
<b>Mato Grosso do Sul</b>	

<b>Local</b>	<b>2018</b>
Execução provisória	10.365
Execução definitiva	8.825
Sem condenação	2.957

Fonte: CNJ

Nesse cenário, os presos condenados no Mato Grosso do Sul em execução provisória estão acima da média nacional em 22,08%, os presos em execução definitiva em 4,71%, por fim, os presos sem condenação estão abaixo da média nacional em 26,79%. O reflexo de estar acima da média nacional inviabiliza completamente o sistema prisional, em relação ao preso em execução provisória.

Os presos em execução provisória na maioria das vezes ocupam o espaço de outro preso. A demora por parte do Estado no julgamento desses presos faz os presídios ultrapassarem seus limites de lotação, pois, parte desses presos poderia estar cumprindo a sua pena de maneira diversa.

Os tipos de regime de cumprimento de pena também merecem análise no presente trabalho. Em relação aos presos por tipo de regimes excluídos os sem condenação e que cumprem medida de segurança, havia no Brasil 266.416 (74,09%) fechado; 86.766 (24,13%) semi-aberto; 6.339 (1,76%) aberto; e, outros 57 (0,02%) não foi possível identificar o regime.

**Quadro 5 - Presos por tipo de regime - Brasil**

<b>Situação</b>	<b>2018</b>
Regime fechado	266.416
Regime semi-aberto	86.766
Regime aberto	6.339
Outros	57

Fonte: CNJ

O gráfico demonstra em números e percentuais de presos em regime fechado, nos permite concluir que a pena privativa de liberdade, em especial a relacionada ao cumprimento inicial, não diminuirá. A tendência é apenas aumentar com o decorrer dos anos e sucumbir o sistema prisional.

Ao identificar o aumento constante de pessoas privadas de liberdade no regime fechado, é necessário observar quais são os tipos penais mais recorrentes. Nesse sentido, os dados a serem apresentados abaixo retratam a classificação de cada um desses crimes, o tipo penal e a sua porcentagem.

**Quadro 6 – Tipos penais - Brasil**

Classificação	Tipo penal	Porcentagem
1º	Roubo	27,58%
2º	<b>Tráfico de drogas</b>	<b>24,74%</b>
3º	Homicídio	11,27%
4º	Furto	8,63%
6º	Estupro	3,34%
11º	Associação criminosa	1,38%
15º	Organização criminosa	0,79%
16º	Latrocínio	0,78%
23º	Feminicídio	0,15%

Fonte: CNJ

A tabela demonstra que o tipo penal “tráfico de drogas” é o segundo crime que mais condena no Brasil. Logo, o estudo desse tipo penal é necessário para que seja apresentado um diagnóstico eficaz. A solução de todo e qualquer problema de crime não é a construção de novos presídios e, sim, a necessidade de alternativas penais, que será proposta no decorrer do trabalho.

### 2.3.2 Anuário Brasileiro de Segurança Pública

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018<sup>52</sup>, 2019<sup>53</sup> e de 2020<sup>54</sup> são mecanismos de fomento a transparência realizada pelo Fórum Brasileiro de

<sup>52</sup> Publicação que compila e analisa dados estatísticos coletados por meio de diversas fontes oficiais, a fim de fomentar transparência e controle na área, fornecer subsídios para produção de conhecimento e para a avaliação de políticas, além de pautar novos debates (FBSP, 2018).

<sup>53</sup> No Anuário desse ano, além da tradicional aposta na produção de estatísticas mais qualificadas e diversificadas sobre os fenômenos de violência e segurança pública no Brasil, faz-se um esforço adicional para criar um espaço qualificado para a análise dos dados, discussão de resultados de pesquisas e interpretação das variações que estamos acompanhando nos indicadores criminais (FBSP, 2019, p. 8-9).

<sup>54</sup> 2020 será marcado por décadas como o ano em que a Terra precisou parar e se reinventar; o ano em que o sonho profético de Raul Seixas, narrado em um dos seus sucessos musicais de 1977, transformou-se em realidade e seus efeitos têm colocado à prova a capacidade da

Segurança Pública, com a finalidade de compilar e analisar dados de registros sobre criminalidade e informações do sistema prisional brasileiro.

No ano de 2018, o principal destaque foram as informações de mortes violentas intencionais que totalizaram 63.895 mortes no Brasil, sendo 30,8%, na taxa por 100 mil habitantes. Em 2019, foram 57.341 mortes, sendo 27,5%, na taxa por 100 mil habitantes, logo, houve uma redução significativa.

Em 2018, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública estabeleceu um *ranking* com dos Estados mais violentos do Brasil (em 2019 esses dados foram excluídos da pesquisa). Dentre os quais, destaco os seguintes Estados da Federação:

**Quadro 7 – Ranking dos Estados mais violentos**

Ranking	Estado
1º	Alagoas
2º	Pará
3º	Piauí
4º	Pernambuco
5º	Rio Grande do Norte
8º	Rio de Janeiro
18º	São Paulo
23º	Mato Grosso do Sul

Fonte: Anuário de Segurança Pública

A tabela relata o *ranking* da criminalidade no Brasil. Entre os 5 (cinco) primeiros, 4 (quatro) são da Região Nordeste, e o Piauí da Região Norte. Estados com a maior parte de sua população em situação de vulnerabilidade social, não deixando de destacar o Estado do Rio de Janeiro, também com alto índice de criminalidade. O Estado de Mato Grosso do Sul se destaca com um dos menores índices de criminalidade.

Nesse mesmo contexto, agora com o viés de analisar os dados pertinentes ao trabalho, destaco os altos índices da taxa do tráfico<sup>55</sup> de entorpecentes entre 2016, 2017, 2018 e 2019, em alguns Estados da federação.

**Quadro 8 – Índices da taxa de tráfico de drogas**

Local	2016	2017	2018	2019
<b>Brasil</b>	75,8%	83,7%	89,9%	91,0%
Espírito Santo	128,7%	98,7%	119,51%	128,7%
<b>Mato Grosso do Sul</b>	118%	120,6%	138,6%	137,8%
Minas Gerais	122,1%	150,3%	166,3%	163,3%
Rio de Janeiro	79,7%	72,8%	70,1%	70,0%
Rio Grande do Sul	78,4%	81,4%	101,9%	110,4%
Santa Catarina	102,4%	122,5%	148,4%	109,8%
São Paulo	101,8%	109,4%	106,1%	103,4%

Fonte: Anuário de Segurança Pública

No Brasil, as taxas tem subido nos últimos 4 (quatro) anos. Nos Estados, houve um aumento significativo de 6% até 25,9%. Santa Catarina teve um aumento de 25,9% até 2018 e uma queda brusca de 38,6% em 2019, no Mato Grosso do Sul teve um aumento de 18% até 2019, se manteve uma pequena diminuição de 0,8%. Rio de Janeiro e São Paulo tiveram uma redução de 2% a 3% até 2019, entretanto, Rio de Janeiro se manteve estável e São Paulo teve uma redução de 2,7%. Tudo isso retrata a preocupação que deve ter o Estado, e a importância do estudo do tema em relação aos crimes de tráfico de drogas no Brasil pelos operadores do direito.

<sup>55</sup> Na França, o número de condenações por posse ou tráfico de drogas explode de 4.000, em 1984, para cerca de 24.000, em 1994, e a duração das penas infligidas por esse motivo dobra no período (de 9 para 20 meses, em média). Resultado: a proporção dos prisioneiros "caídos" por uma causa "estúpida" passa de 14%, em 1988 (primeiro ano para o qual foi computada separadamente), para 21% apenas quatro anos mais tarde (data a partir da qual supera a dos condenados por furtos). Esse índice é cerca de um terço maior na Itália, na Espanha e em Portugal, estabelecendo-se em torno de 15% na Alemanha, Reino Unido e Holanda, onde o crescimento do parque penitenciário durante a última década serviu quase que exclusivamente para absorver os "tóxicos" (WACQUANT, op. cit. p. 76).

### 2.3.3 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

#### 2.3.3.1 Arquivo Infopen – Junho de 2017

O Departamento Penitenciário Nacional<sup>56</sup> (DEPEN), órgão subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, realizou o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado até junho de 2017<sup>57</sup> e publicado no mesmo ano. As informações prestadas contribuem para uma análise específica sobre os dados penitenciários no Estado de Mato Grosso do Sul.

**Quadro 9 - Presos por Unidade Prisional no Brasil:**

Local	Junho de 2017
Brasil	726.354
Mato Grosso do Sul	16.185

Fonte: Infopen

**Quadro 10 - Idade das pessoas privadas de liberdade:**

Local	18 a 24 anos	25 a 29 anos
Brasil	29,95%	24,11%
Mato Grosso do Sul	22,76%	22,93%

Fonte: Infopen

A faixa etária das pessoas privadas de liberdade retrata o perfil de que jovens de 18 a 24 anos fazem parte de 22% da população carcerária no Estado de Mato Grosso do Sul. Logo, é possível identificar que a ausência de políticas públicas, de ensino de qualidade e de trabalho digno influenciam, sobremaneira, na prática de crimes por esses jovens.

<sup>56</sup> O Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN é um órgão executivo subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e tem como principal objetivo acompanhar e controlar a aplicação das diretrizes da Política Penitenciária Nacional e da Lei de Execução Penal (BRASIL, 2020. p. 5).

<sup>57</sup> Salienta-se que não são contempladas nesse relatório as pessoas monitoradas exclusivamente pelo Poder Judiciário, uma vez que os dados são coletados com os órgãos penitenciários (Ibid., p. 6).

**Quadro 11 - Raça**

Local	Branca	Parda	Preta
Brasil	35,48%	46,27%	17,37%
Mato Grosso do Sul	36,64%	51,98%	10,31%

Fonte: Infopen

Em relação à raça, os números refletem sobremaneira a sociedade brasileira. Onde mais de 60% das pessoas privadas de liberdade são pardas e pretas. Com isso, fica evidente que a maior parte da população submetida ao cárcere no Brasil, hoje, são de pessoas em situação de vulnerabilidade social.

**Quadro 12 - Estado Civil:**

Local	Solteiros
Brasil	41%
Mato Grosso do Sul	43,30%

Fonte: Infopen

No Brasil, 41%, e, no Estado de Mato Grosso do Sul, 43,30% das pessoas privadas de liberdade são solteiras, ou seja, pessoas jovens sem qualquer vínculo afetivo ou familiar, o que lhes dá autonomia para decidir, de livre e espontânea vontade, sobre cometer um ilícito penal ou não. Quer dizer, a ausência de laços familiares leva a pessoa a decidir por si só, e, muitas vezes, por influência externa.

**Quadro 13 - Escolaridade:**

Local	Brasil	MS
Analfabetos	3,45%	2,51%
Fundamental Incompleto	51,35%	59,51%
Fundamental Completo	13,15%	11,36%
Médio Incompleto	14,98%	12,33%
Médio Completo	9,96%	8,49%
Superior Incompleto	0,97%	1,61%
Superior	0,04%	1,02%

Fonte: Infopen

Em relação à escolaridade, somando os analfabetos, e aqueles com o fundamental, incompleto e completo, no Brasil (67,95%) e no Mato Grosso do Sul (73,38%), uma enorme massa das pessoas privadas de liberdade não conseguiram sequer iniciar o Ensino Médio.

Desse modo, o índice de qualificação profissional exigido para adentrar o mercado de trabalho é muito alto, o que impede completamente a busca por um emprego. Em consequência, a ausência de oportunidade de trabalho, acaba por conduzir essas pessoas a cometer ilícitos penais para seu sustento e, na maioria das vezes, de seus familiares.

A quantidade de penas da população prisional condenada, no Brasil e no Estado de Mato Grosso do Sul, é reflexo a ser analisado, pois, está diretamente relacionada a penas cominadas a crimes que são objeto de estudo no presente trabalho.

**Quadro 14 - Total de penas da população prisional condenada:**

Penas	Brasil	MS
6 meses a 1 ano	1,22%	2,51%
1 a 2 anos	3,34%	59,51%
2 a 4 anos	13,53%	11,36%
4 a 8 anos	32,23%	12,33%

Fonte: Infopen

**Quadro 15 - Total de penas da população prisional condenada - MS:**

Penas	Homens	Mulheres
6 meses a 1 ano	1,26%	0,06%
1 a 2 anos	2,27%	0,21%
2 a 4 anos	13,05%	0,63%
4 a 8 anos	27%	3,88%

Fonte: Infopen

Em sentido contrário, e de modo a propiciar a ressocialização dos apenados, Estados da Federação tem investido em atividades educacionais, dentre os quais se destacam: 1º Amapá 57,80%; 2º Roraima 22,63%; 3º Mato Grosso 20,77%; 11º Mato Grosso do Sul 8,83% (Brasil 10,58%).



**Quadro 16 - Apenados em atividades educacionais:**

Local	2017
<b>Brasil</b>	10,58%
1º Amapá	57,80%
2º Roraima	22,63%
3º Mato Grosso	20,77%
<b>11º Mato Grosso do Sul</b>	8,83

Fonte: Infopen

O Estado do Amapá é apontado como 1º Estado em número de apenados envolvidos em atividades educacionais, como forma de mantê-lo ocupado e, ao mesmo tempo, por ser beneficiado com a remissão da pena pelo estudo, de forma que lhe proporciona uma melhor qualificação para o seu retorno ao mercado de trabalho, após o cumprimento da pena, ou seja, “sua efetiva ressocialização”.

Ao contrário do Estado do Amapá, o Estado de Mato Grosso do Sul ainda carece de um trabalho ressocializador, pois, as atividades educacionais direcionadas aos apenados no Estado estão abaixo da média nacional em 2,3%. Assim, é o grande passo dado pelo Estado em políticas públicas voltadas a ressocialização do apenado.

No que diz respeito ao total de presos no Brasil, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias relata que o sistema penitenciário brasileiro conta com 706.619 presos<sup>58</sup>, para 423.242 vagas. No Mato Grosso do Sul são 16.185 presos, para 9.426 vagas.

O crescimento da população carcerária no Brasil tem evoluído significativamente. No ano de 2007 eram 422.4 mil presos. No ano de 2017 eram 726.35, ou seja, uma média de aumento anual de 6,14%. No ano de 2016 eram 722.12 presos, em 2017 passou para 726.35 (aumento de 0,58%). O ano de 2015 teve o maior aumento dos 10 últimos anos: 12,18%. De uma população carcerária de 622.2, em 2014, saltou para 698.6 em 2015.

<sup>58</sup> Nos cálculos da população prisional total e do número de presos sem condenação foram consideradas também as pessoas custodiadas em carceragens de delegacias e outros estabelecimentos de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública (Ibid., p. 8).

**Quadro 17 - População carcerária**

Ano	Presos
2007	422.4
2014	622.2
2015	698.6
2016	722.12
2017	726.35
2018	752.33
2019	748.0

Fonte: Infopen

Do ano de 2007 até 2017 o aumento da população carcerária brasileira foi de 61,40%. No ano de 2018, a população carcerária era de 725.332 e, em 2019, passou para 748.009. Por fim, outros dados relevantes abordados no levantamento nacional de informações penitenciárias, nas pesquisas dos anos de 2017 a 2019<sup>59</sup>, merecem destaque.

### 2.3.3.2 Painel interativo 2017-2019

**Quadro 18 - Presos por Unidade Prisionais no Brasil:**

Presos	2017 Jul/Dez	2018 Jan/Jun	2018 Jul/Dez	2019 Jan/Jun	2019 Jul/Dez
Fechado	309.813	322.506	326.911	347.661	362.547
Semi Aberto	117.804	116.573	126.060	125.686	133.408
Aberto	36.136	29.709	27.206	26.874	25.137
Provisório	237.760	239.569	242.133	248.929	222.558
Tratamento Ambulatorial	499	442	589	721	250
Medida de Segurança	2.564	2.757	2.433	2.406	4.109
<b>TOTAL</b>	<b>704.576</b>	<b>711.556</b>	<b>752.332</b>	<b>752.277</b>	<b>748.009</b>

Fonte: Infopen

---

<sup>59</sup> (Ibid.)

Do ano de 2017 até 2018, houve um aumento significativo entre todos os regimes de pena. De 2018 a 2019, houve uma redução do total de presos no Brasil, porém, nos Regimes Fechado e Semi Aberto continuou existindo aumento.

O destaque no referido quadro é na aplicação de medida de segurança, cujos números, durante os anos de 2017 até o 1º semestre de 2019, mantiveram uma constância, entretanto, no 2º semestre de 2019 houve um aumento desproporcional de quase 50%.

**Quadro 19 - Presos por Unidade Prisionais no Mato Grosso do Sul:**

<b>Presos</b>	<b>2017 Jul/Dez</b>	<b>2018 Jan/Jun</b>	<b>2018 Jul/Dez</b>	<b>2019 Jan/Jun</b>	<b>2019 Jul/Dez</b>
Fechado	9.050	10.568	8.979	9.950	9.928
Semi Aberto	2.443	1.987	1.139	1.243	2.206
Aberto	1.030	1.148	1.072	1.137	1.108
Provisório	5.282	4.377	3.841	4.498	4.184
Tratamento Ambulatorial	44	53	54	61	78
Medida de Segurança	38	47	59	50	74
<b>TOTAL</b>	<b>17.887</b>	<b>18.180</b>	<b>15.144</b>	<b>16.939</b>	<b>17.578</b>

Fonte: Infopen

Do primeiro para o segundo semestre de 2018, houve uma redução significativa de 3.036 presos no total do Estado, assim como no Regime Fechado, de 1.589 presos. Contudo, em 2019 houve um novo aumento no número de presos, em sua totalidade e no Regime Fechado. Destaque-se o Regime Semi Aberto, que teve um aumento de aproximadamente 50%.

**Quadro 20 - Presos por Unidade Prisionais no Município de Dourados:**

<b>Presos</b>	<b>2017 Jul/Dez</b>	<b>2018 Jan/Jun</b>	<b>2018 Jul/Dez</b>	<b>2019 Jan/Jun</b>	<b>2019 Jul/Dez</b>
Fechado	-	1.855	1.861	1.983	2.035
<b>TOTAL</b>	<b>-</b>	<b>2.339</b>	<b>2.490</b>	<b>2.608</b>	<b>2.699</b>

Fonte: Infopen

No Município de Dourados, desde 2017, tanto no total de presos como no Regime Fechado, o aumento ocorre todos os anos.

**Quadro 21 - Presos por tipo penal - Tráfico de Drogas:**

Local/Sexo	2017 Jul/Dez	2018 Jan/Jun	2018 Jul/Dez	2019 Jan/Jun	2019 Jul/Dez
Brasil	30,2%	29,73%	28,89%	29,24%	20,28%
Homens	167.971	-	193.364	-	183.077
Mulheres	18.334	-	17.045	-	17.506
<b>Total</b>	<b>186.305</b>	-	<b>210.409</b>	-	<b>200.583</b>
Mato Grosso do Sul	-	37,81%	32,79%	37,86%	41,28%

Fonte: Infopen

O tráfico de drogas ainda é destaque no cenário nacional, apesar da ocorrência de uma redução em 9% no último semestre de 2019. Em contraponto aos dados nacionais, o Estado de Mato Grosso do Sul, no último semestre de 2019, teve um aumento de mais de 100% em relação à média nacional, ou seja, enquanto o Brasil registra 20,28%, no Estado de Mato Grosso do Sul, registra-se 41,28%.

**Quadro 22 - Presos – Indígenas – Todo tipo penal:**

Presos	2017 Jul/Dez	2018 Jan/Jun	2018 Jul/Dez	2019 Jan/Jun	2019 Jul/Dez
Brasil	1.090	790	1.201	1.296	1.390
Mato Grosso do Sul	263	238	249	322	322

Fonte: Infopen

A incidência nos crimes de tráfico de drogas teve uma diminuição, do ano de 2017 ao ano de 2019, por volta de 30%, mas manteve uma média anual de 25% dos casos. Entretanto, entre as mulheres, nota-se uma incidência de 54%. Outro ponto significativo na pesquisa foi em relação ao aumento de indígenas submetidos ao sistema prisional no Brasil e, principalmente, no Estado de Mato Grosso do Sul, que teve um aumento de 22% entre os anos de 2017 e 2019.

### 2.3.4 Coordenadoria de Políticas Penitenciárias.

A Coordenadoria de Políticas Penitenciárias, subordinada a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN-MS), tem divulgado mensalmente a situação carcerária no Estado. Com base no relatório do mês de abril de 2019, os seguintes dados merecem destaque:

**Quadro 23 – Sistema Prisional - MS:**

<b>Total de presos</b>	<b>18.673</b>
<b>Total de vagas</b>	<b>9.472</b>
<b>Deficit de vagas</b>	<b>9.201</b>
<b>Evolução carcerária</b>	<b>Junho de 2018 – 16.736. Abril de 2019 – 18.673.</b>
<b>Presos por tráfico</b>	<b>26%</b>
<b>Presos estudando</b>	<b>2.496*</b>
<b><u>MUNICÍPIO DE DOURADOS-MS</u></b>	
– 2.556 presos (masculino)	
- 69 presos (feminino)	
<b>Desse total 915 – Tráfico de drogas</b>	
* Com base nessa análise atinge-se a média nacional de 10,58%.	

Fonte: AGEPEN

A realidade da situação carcerária<sup>60</sup> no Estado de Mato Grosso do Sul, reflete a realidade do Brasil. Entretanto, o estudo da situação carcerária no Estado é essencial para demonstrar que a maioria dos presos estão diretamente ligados ao tráfico de drogas, foco de atenção, análise e estudo prévio, para buscar alternativas efetivas contra o avanço significativo desse ilícito penal.

Ante o exposto, reitero que os dados estatísticos aqui apresentados sofrem alterações de percentuais em relação a cada instituto de pesquisa, porém, não influenciam no objetivo final do trabalho. Os recortes realizados nos itens

<sup>60</sup> Mostram as estatísticas desses países que as reincidências vão em aumento quanto ao número e à intensidade; 50% dos réus pelo menos reincidem. As prisões restituem periodicamente à sociedade os seus piores elementos evadidos dos mesmos vícios para outra vez recolhe-los após novos crimes (LISZT, 1899.).

abordados só confirmam os estudos realizados. As alterações em percentuais não alteram o objeto da tese defendida.

### 2.3.5 Núcleo de Informações Criminais.

Após solicitação formal, para fins de instruir a presente pesquisa, junto ao Núcleo de Informações Criminais da Diretoria de Operações, subordinado a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN-MS) da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, foram disponibilizadas as seguintes informações:

**Quadro 24 - Infratores processados e condenados por tráfico de drogas:**

Penas	2018	2019	2020
<b>Mato Grosso do Sul</b>			
Processados	1.941	2.157	1.709
Condenados	5.548	5.582	5.947
<b>Dourados</b>			
Processados	248	292	192
Condenados	843	948	962

Fonte: AGEPEN

**Quadro 25 - Infratores indígenas processados e condenados – Crimes diversos:**

Penas	2018	2019	2020
<b>Mato Grosso do Sul</b>			
Processados	81	91	93
Condenados	212	279	266
<b>Dourados</b>			
Processados	31	39	29
Condenados	127	153	162

Fonte: AGEPEN

O número de infratores processados por tráfico de drogas no Mato Grosso do Sul, de 2018 a 2019, sofreu um aumento de 10%, sendo que os

condenados formam um percentual de 5%. No Município de Dourados, o aumento foi mais significativo, sendo 18% de infratores processados e 12,5% condenados.

A população indígena também faz parte das estatísticas em relação a diversos crimes no Estado de Mato Grosso do Sul. De 2018 a 2019, os indígenas processados tiveram um aumento de 12,5%, enquanto os condenados um aumento de 32%. No Município de Dourados o aumento foi de 21,6% de processados e 20% de condenados.

Em resumo, os crimes por tráfico de drogas permanecem em um aumento constante no Estado de Mato Grosso do Sul, principalmente no Município de Dourados que, de um ano para o outro, teve um aumento de 18%, ou seja, quase o dobro da média Estadual.

**Quadro 26 – Presos, Vagas e Déficit de Vagas – Agosto de 2020:**

Situação	Total
<b>Mato Grosso do Sul</b>	
Presos	19.503
Vagas	9.995
<i>Déficit de Vagas</i>	48,75%
<b>Dourados</b>	
Presos	3.151
Vagas	1.194
<i>Déficit de Vagas</i>	138,33%

Fonte: AGEPEN

O destaque no Quadro 26 é justamente o *déficit* de vagas no Estado de Mato Grosso do Sul, que se encontra em 48,75% das vagas. Por outro lado, a situação do Município de Dourados é extremamente preocupante quando o *déficit* de vagas chega à casa de 138,33%, ou seja, 3 (três) vezes maior que o Estado de Mato Grosso do Sul. Conseqüentemente, uma questão extremamente importante de ser destacada e analisada. Temos mais um problema!

**Quadro 27 – Evolução carcerária 2019 a 2020:**

Situação	Set 2019	Ago 2020
<b>Mato Grosso do Sul</b>		

Presos	19.285	19.503
<b>Dourados</b>		
Presos	3.258	3.151

Fonte: AGEPEN

**Quadro 28 – Presos por tráfico de drogas – Referência Agosto de 2020:**

Situação	Homens	Mulheres	Total
<b>Mato Grosso do Sul</b>	7.614	639	8.253
<b>Dourados</b>	1.105	74	1.179

Fonte: AGEPEN

Os Quadros 27 e 28 demonstram que o Estado de Mato Grosso do Sul possui uma população carcerária composta por 42,79% de presos relacionados ao tráfico de drogas.

Em Dourados, os presos por tráfico de drogas correspondem a 37,41%, ou seja, um índice alto em relação a todo o Estado de Mato Grosso do Sul. As mulheres envolvidas com o tráfico de drogas no Estado equivalem a 7,74% e, em Dourados, 6,27%.

Os dados revelam, com urgência, a necessidade de políticas criminais voltadas aos infratores deste tipo penal.

### 2.3.6 Reincidência Criminal no Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio de uma cooperação técnica, solicitou ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a realização de uma pesquisa sobre a reincidência criminal no Brasil<sup>61</sup>, com base nos dados coletados em alguns estados brasileiros, a fim de dimensionar o fenômeno da reincidência.

Os recortes realizados na pesquisa do IPEA em relação à reincidência estão voltados ao perfil do infrator estudado no presente trabalho destaque:

- a) Da faixa etária entre 18 e 24 anos, 34,7% são reincidentes<sup>62</sup>;

<sup>61</sup> (IPEA, 2015. p. 7).

<sup>62</sup> A faixa etária predominante dos apenados no momento do crime foi de 18 a 24 anos, com 42,1% do total de casos – 44,6% entre os não reincidentes e 34,7% entre os reincidentes (tabela 3). Essa diferença proporcional entre reincidentes e não reincidentes, nessa faixa etária, talvez seja explicada pelo corte da idade mínima para a imputabilidade penal, que é aos 18 anos. Assim,



b) Os sem instrução ou com ensino fundamental perfazem 80,3%<sup>63</sup>;

c) O crime de tráfico de drogas aparece com 11,9% ou seja, a taxa de reincidência no tráfico de drogas é superior ao homicídio e latrocínio, que é de 5,7%<sup>64</sup>;

d) Os reincidentes condenados em penas privativas de liberdade são de 89,3%, enquanto os reincidentes em penas alternativas são de apenas 6,6%.

Por fim, apesar de a pesquisa ter sido realizada no ano de 2015, as informações contidas relatam a realidade do infrator no sistema prisional brasileiro, por evidenciar o perfil do reincidente. O que vai ao encontro das análises realizadas, bem como da proposta a ser apresentada no final da presente tese.

### **2.3.7 Facções Criminosas.**

No ano de 2018 foi publicada uma Edição Especial no Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2014 a 2017) sobre o Mapa das Facções Criminosas no Brasil, divulgada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que teve como pesquisadores Camila Nunes Dias e Bruno Paes Manso, do Núcleo de Estudo da Violência (NEV-USP)<sup>65</sup>.

Da análise apresentada pelos pesquisadores, as Facções Criminosas<sup>66</sup> atuam em todos os sistemas prisionais da federação, com a presença efetiva de

---

existe uma boa chance de os réus mais jovens não serem reincidentes. Apesar disso, quando comparados com outros grupos etários, a proporção de reincidentes com menos de 25 anos é considerável, equivalendo a um terço do total de reincidentes (Ibid., p 23).

<sup>63</sup> A porcentagem de analfabetos entre os apenados (8,8%) é ligeiramente inferior à média nacional (tabela 6). De acordo com dados do Censo de 2010, o Brasil possui uma taxa de analfabetismo de 9,6% na população com 15 anos ou mais. Contudo, na amostra geral de apenados, os sem instrução ou com ensino fundamental perfazem 75,1% do total, proporção que é ainda mais contundente entre os reincidentes, nos quais 80,3% da amostra encontram-se nessa categoria (Ibid., p 23).

<sup>64</sup> O crime de tráfico de drogas aparece em 11,9% dos casos entre os reincidentes e em 17,7% envolvendo todos os sujeitos pesquisados. Os crimes de homicídio e latrocínio representam 8,8% das ocorrências, quando do total da amostra, e têm maior proporção entre aqueles não reincidentes (8,7%) que entre os reincidentes (5,7%) (tabela 10) (Ibid., p. 29).

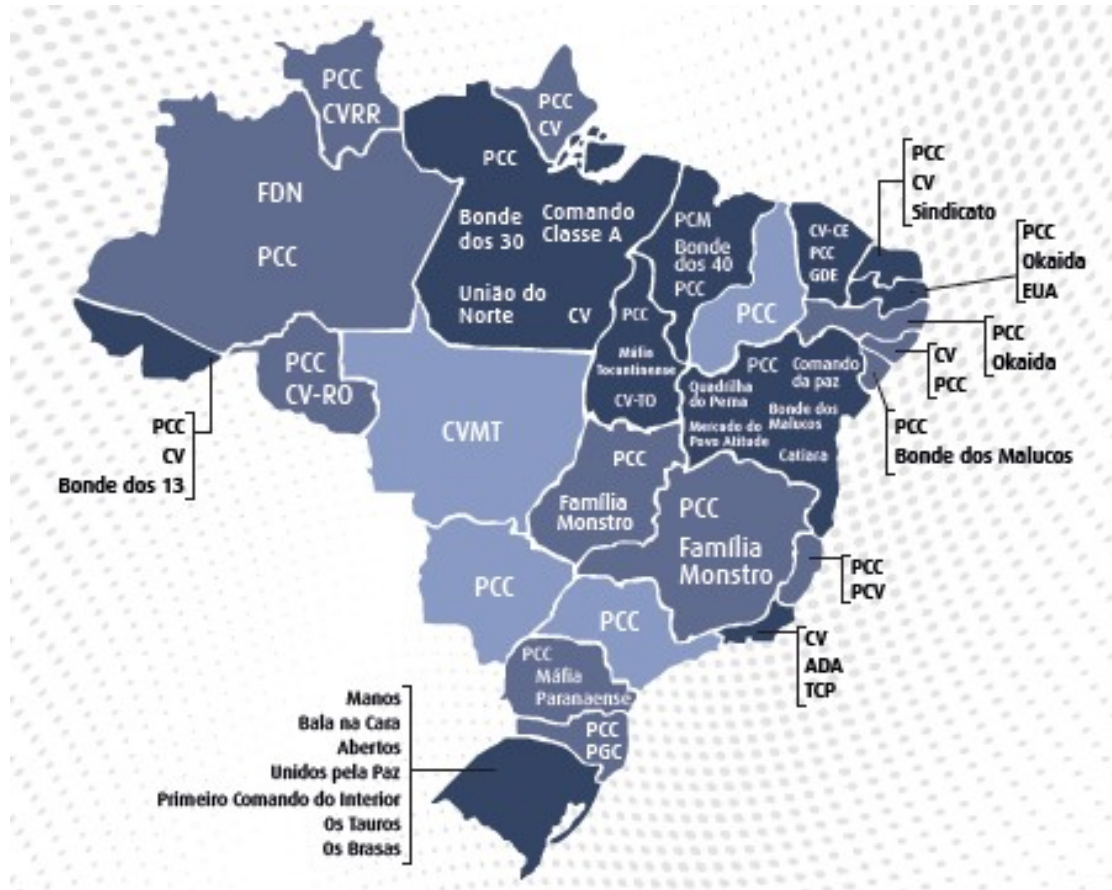
<sup>65</sup> (FBSP, 2018).

<sup>66</sup> Há uma diferença sensível entre o mundo de 1993, quando o Primeiro Comando da Capital foi criado, para a realidade de 2019. E, diferentemente do Estado Democrático de Direito, a facção criminosa soube se modernizar e, mais do que isso, se adaptar à evolução dos eventos advindos com a globalização (GONÇALVES, op. cit.).

no mínimo 1 (uma) facção criminosa por Estado, chegando até a 7 (sete) facções criminosas em um único Estado, como é o caso do Rio Grande do Sul.

Dentre a pesquisa realizada destaco o Mapa das Facções Criminosas no Brasil que atuam efetivamente no sistema prisional de cada Estado Brasileiro:

Mapa1 – Facções Criminosas no Brasil



Fonte: NEV-USP

Com isso, além de toda a preocupação da ausência do Estado em programas de políticas criminais destinados a ressocialização do infrator, o sistema penitenciário brasileiro conta com um aliado sem reservas no recrutamento de pessoas em situação de vulnerabilidade, proporcionado pelas facções criminosas que dominam a maioria dos presídios brasileiros.

O problema primário é o crescimento das facções criminosas brasileiras, por conta da ineficácia do Estado brasileiro que não fornece os direitos fundamentais nas condições mínimas adequadas à sua população, o que propicia a presença das facções que suprem tais lacunas. Da mesma feita, no mundo

prisional, se o Estado não falhasse na questão da humanização das penas e em fornecer condições adequadas a uma ampla ressocialização, as facções não teriam elementos para arregimentar nos adeptos cotidianamente.<sup>67</sup>

As facções criminosas tem sido um obstáculo intransponível ao Estado, em razão da facilidade no recrutamento de infratores recém ingressantes no sistema prisional.

As pessoas mais vulneráveis tornam-se o alvo predileto para fins da continuidade delitiva das facções criminosas após o retorno desses infratores à sociedade.

A fragilidade do sistema penitenciário brasileiro em manter o apenado sob a tutela do Estado, sem as mínimas condições no cumprimento de sua pena, sem as garantias mínimas previstas na lei de execuções penais<sup>68</sup>, torna todo e qualquer infrator órfão do Estado. Logo, a ausência efetiva do Estado conduz o infrator a filiar-se às facções criminosas<sup>69</sup>.

Assim sendo, fazer uma abordagem crítica do sistema prisional brasileiro e negligenciar que as facções criminosas são hoje um Estado paralelo, e que dominam consideravelmente o sistema prisional, é desconstruir toda a pesquisa realizada. Por fim, é evidente que a ausência efetiva do Estado, contribui sobremaneira para o recrutamento e filiação das pessoas mais vulneráveis nas facções criminosas.

---

<sup>67</sup> (Idem, 2020.).

<sup>68</sup> Uma regra do direito que jamais foi realizada ou que deixou de o ser, não merece mais este nome, transformou-se numa rodagem inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte a menor transformação (VON IHERING, 2004. p. 45-46).

<sup>69</sup> O Estado perde continuamente a batalha contra as facções criminosas porque não investe adequadamente nos próprios mecanismos de controle e no efetivo de pessoal. É correto dizer que, atualmente, o Primeiro Comando da Capital possui uma maior infraestrutura que lhe permite ter um controle maior sobre as fronteiras do que o próprio Estado Democrático de Direito Brasileiro (Idem, 2020.).

### 3. POLÍTICAS CRIMINAIS: AVANÇO OU RETROCESSO?

#### 3.1 A EXPERIÊNCIA LEGISLATIVA

##### 3.1.1 Avanço nas Políticas Criminais

É plenamente compreensível, no estudo de temas relacionados ao direito, a divergência de posições<sup>70</sup>. Do mesmo modo, não é comum aceitar críticas. Catanheira Neves engrandece o diálogo ao dizer, em poucas palavras, que uma crise pode ser superada por uma crítica, dando um novo sentido à questão criticada<sup>71</sup>.

Todavia, ao apontar a existência de uma crise<sup>72</sup> no sistema prisional brasileiro, torna-se evidente a necessidade de apresentar soluções viáveis a reestruturação do sistema. Conforme analisa Anabela Miranda Rodrigues.

Efectivamente, de pouco servirá um Código e uma Justiça penais evoluídos, se é ignorada a dimensão penitenciária, última fase da aplicação de um e da outra. Em certo sentido, pode mesmo afirmar-se que o <<coração e eixo>> da reforma penal e de uma correcta política-criminal se encontra, em grande medida, na questão penitenciária<sup>73</sup>.

Franz Von Liszt, em seu livro *Tratado de direito penal alemão*, de 1899, conceituava a política criminal como uma ciência que tem por finalidade analisar o direito e a correlação com o fim do direito penal e, ao mesmo tempo, indicar os meios mais adequados para esse fim<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> 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*. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal (BATISTA, 2007, p. 34).

<sup>71</sup> (NEVES, 1998, p. 3).

<sup>72</sup> Todavia, característica da situação de crise em que se encontra a pena de prisão é o retorno à ação criminosa, ou seja, a reincidência. São altos e desconfortáveis os índices de reincidência nos presídios, o que colabora para aumentar ainda mais o pessimismo daqueles que acreditavam no objetivo ressocializador da prisão (CORRÊA JUNIOR e SHECAIRA, 2002. p. 158).

<sup>73</sup> (RODRIGUES, 1995. p. 8).

<sup>74</sup> (LISZT, op. cit. p. 93).

Nesse sentido, para identificar essa correlação e conhecer os meios adequados ao direito penal, é extremamente importante analisar o avanço nas políticas criminais no Brasil, ou seja, a linha do tempo nas questões relacionadas à substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos (penas alternativas).

O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), que passou a vigorar em 1º de janeiro de 1942, na época não contemplou a possibilidade da substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos. Um Código Penal voltado ao princípio “*dura lex, sed lex*”.

Em 1983, o Poder Executivo apresenta o Projeto de Lei 1.656/1983, com a proposta de mudanças significativas no Código Penal Brasileiro, transformado na Lei 7.209/84<sup>75</sup>, dentre elas uma nova redação à parte geral, em especial foi incluída uma nova espécie de pena “a pena restritiva de direito”<sup>76</sup>. Até então eram previstas apenas as hipóteses de reclusão, detenção e multa<sup>77</sup>.

A transição da pena privativa de liberdade para outras espécies de sanções, que possam atender os objetivos inerentes às reações criminais, implica em uma reforma sistemática, cujas bases não podem subsistir quando o Estado se nega a lhes dar reconhecimento e proteção. Nenhuma reforma efetiva das estruturas sociais se pode articular sem as garantias de um regime político que se mostre capaz de amparar os direitos individuais e os interesses coletivos<sup>78</sup>.

Assim, somente após 41 (quarenta e um) anos da entrada em vigor do Código Penal Brasileiro, por iniciativa do próprio Poder Executivo, surge a previsão legal de penas restritivas de direitos<sup>79</sup> em substituição da pena privativa de liberdade, desde que atendidos os requisitos do Art. 44 e incisos:

I. aplicada **pena privativa de liberdade inferior a um ano** ou se o crime for culposos;

<sup>75</sup> A ruptura entre as estruturas do processo penal de conhecimento e o de execução gera um déficit na tutela dos direitos fundamentais. Neste quadro, uma das formas (normativas) de garantir os direitos dos apenados seria a recapacitação do processo penal e, em consequência, de sua estrutura principiológica. Para tanto, advoga-se, como proposta político-criminal, a urgente necessidade de recodificar a execução, restabelecendo a idéia de sistema processual que foi totalmente ofuscada pela reforma de 1984 (CARVALHO, op. cit. p. 205).

<sup>76</sup> Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa (BRASIL. 1984).

<sup>77</sup> Art. 28 - As penas principais são: I - reclusão; II - detenção; III - multa (BRASIL. 1940).

<sup>78</sup> (DOTTI, op. cit. p. 133).

<sup>79</sup> [Art. 43](#) - As penas restritivas de direitos são: I - prestação de serviços a comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - limitação de fim de semana (BRASIL. 1984).

- II - o réu não for reincidente;
- III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Para tanto, a sua aplicabilidade ainda requer a observação de critérios como a individualização da pena. Segundo Guilherme de Souza Nucci a individualização da pena e aplicá-la de maneira adequada à pena, ao perfil e os efeitos dela sobre o sentenciado, tornando o réu distinto dos demais infratores<sup>80</sup>.

Em consonância com a Lei 7.209/84, tramitou em conjunto o Projeto de Lei 1.657/1983 (Poder Executivo), transformado na Lei de Execução Penal n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Anterior à Constituição Federal, mas recepcionada pelo constituinte originário de 1988, por sua tenacidade e características próprias que foram adaptando-se ao tempo.

A Lei de Execução Penal<sup>81</sup> atribuiu ao Estado todo o protagonismo da efetividade das penas em matéria criminal, em especial, o dever de proporcionar ao condenado pagar pelo seu crime de maneira justa, com assistência plena e de modo a garantir o seu retorno ao convívio social no término do cumprimento da pena.

Também a execução da pena há-de ter uma finalidade ressocializadora e por isso é necessário organizá-la de modo que o condenado após o cumprimento da pena não fique em piores condições de sociabilidade do que as que tinha antes da sua execução<sup>82</sup>.

Garantiu a individualização da pena de acordo com os antecedentes e periculosidade do réu, possibilitou ainda, o trabalho durante o cumprimento da pena e disciplinou direitos e deveres. Instituiu o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, responsável pelo estudo e propostas de novas políticas criminais.

Dispôs, ainda, sobre as características dos Estabelecimentos Penais, onde presos provisórios ficariam separados dos condenados por sentença

---

<sup>80</sup> (NUCCI, 2005. p. 31).

<sup>81</sup> De propósito ou não, o legislativo não colocou nas mãos dos juízes mecanismo eficaz para zelar pelo “adequado funcionamento” (Art. 66, VII, da LEP) dos estabelecimentos penais. O que resta aos magistrados e a quem pretende pensar em um sistema penitenciário com o mínimo de dignidade é menos encarceramento, é a interpretação da lei dentro do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, no sentido de que o cárcere deve ser o último recurso (VALOIS, op. cit. p. 46).

<sup>82</sup> (DA SILVA, 2008. p. 23).

transitada em julgado. Estes, de acordo com seus antecedentes e sua periculosidade, em local de lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Destinou, também, a penitenciária aos condenados a pena de reclusão, em regime fechado, alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, ambiente salubre adequado a existência humana, com área mínima de 6 m<sup>2</sup>.

A Constituição Federal de 1988 avançou sobremaneira nas matérias referentes às penas. Enquanto a Constituição de 1967 previa apenas a regulamentação da individualização da pena<sup>83</sup>, o texto de 1988 inova em 2 momentos distintos:

Primeiro, ao estabelecer, no Art. 5º, XLVI, que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Segundo, delegando, aos entes federativos, a criação de juizados especiais<sup>84</sup> para conciliar, julgar as infrações de menor potencial ofensivo.

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as focas sociais e políticas<sup>85</sup>.

Em ato contínuo foi apresentado o Projeto de Lei 1.480/1989, pelo Deputado Federal Michel Temer, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, regulamentando o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

Durante esse período, em Nova Iorque, Estados Unidos da América, na 68ª Reunião Plenária e 45ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas,

---

<sup>83</sup> Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes nos país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 13 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena (BRASIL, 1967).

<sup>84</sup> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988).

<sup>85</sup> (HESSE, 1991, p. 15).

foram aprovadas, pela Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990, “Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio)”<sup>86</sup>.

Estabeleceu princípios básicos de modo a promover medidas não privativas de liberdade (substitutivas ao aprisionamento) e garantias mínimas ao infrator. Assim, deve-se levar em conta a situação política, econômica, social e cultural de cada país, observando o equilíbrio adequado entre as partes envolvidas (ofensor, ofendido e a sociedade), de modo a prevenir futuras infrações.

Atribuiu aos Estados (países) o desenvolvimento de políticas criminais não privativas de liberdade (princípio da intervenção mínima), com o objetivo de reduzir o encarceramento, propiciando a reabilitação dos infratores, desde a fase pré-julgamento até a fase pós-sentença, medidas fixadas de forma coerente com a pena, e o consentimento do infrator, cabendo ao Poder Judiciário o monitoramento e a avaliação das medidas impostas.

As necessidades das penas não privativas de liberdade a serem adotadas pelos países devem estar prescritas em lei (princípio da legalidade), ou seja, na adoção dessas medidas, caberá ao Poder Legislativo a responsabilidade de elaborar leis que atendam as medidas propostas pelas Regras de Tóquio, observando a proteção da dignidade do infrator (privacidade infrator e família).

Orienta que, diante da criação de lei com novas penas não privativas de liberdade, o Poder Judiciário (juiz) possa decidir a mais adequada ao caso concreto, visando evitar a prisão e ajudar o infrator a reintegrar-se a sociedade, dentre essas possíveis medidas a serem aplicadas no Brasil destaco a “**liberdade para trabalho e educação.**”<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Tendo em conta a preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento das ações capazes de garantir a proteção dos direitos humanos, as Regras de Tóquio, cuja proposta é consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão (BRASIL. 2016. p. 12).

<sup>87</sup> Por meio das experiências de campo, de um modo geral, pode-se depreender que o trabalho era entendido como elemento fundamental para a ressocialização. Em todas as experiências, havia o fomento de algum tipo de trabalho dentro das unidades prisionais. Em alguns casos, dava-se ênfase à consolidação de parcerias com o empresariado local a fim de possibilitar vagas de trabalho para o regime fechado e semiaberto. Este modelo de parceria pode ser problematizado,



No mesmo sentido, na execução das medidas não privativas de liberdade, o juiz deve explicar ao infrator as condições da aplicação seus direitos e deveres, possibilidade de revogação, sua duração (que não deve ultrapassar o período estabelecido), bem como deverá ser supervisionada e assistida pelo Poder Judiciário.

As Regras de Tóquio, de 1990, estabeleceram diretrizes em relação às políticas criminais a serem adotadas pelos países membros, na aplicação de medidas substitutivas ao aprisionamento.

Em 1995, o Projeto de Lei 1.480/1989, sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, foi transformado na Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. O Brasil avança significativamente nas questões relacionadas às infrações de menor potencial ofensivo<sup>88</sup>, buscando a conciliação e a transação penal entre as partes, como medidas despenalizadoras e descarcerizadoras.

A descriminalização opera-se quando o legislador subtrai uma determinada infração do mundo das normas penais. Coisa diferente é a despenalização, que se apresenta como uma diminuição do caráter primitivo do tipo penal, em decorrência da retirada da sanção para fora dos domínios do Direito Penal<sup>89</sup>.

Em 1998, 18 (dezoito) anos após a lei que criou as penas restritivas de direitos, novas políticas criminais passam a fazer parte do sistema jurídico brasileiro, com o advento da Lei 9.714<sup>90</sup>, de 25 de novembro de 1998, que ampliou as penas restritivas de direitos, incluindo a prestação de serviço a entidades públicas, acrescentando prestação pecuniária e perda de bens e valores<sup>91</sup>.

Deu nova redação ao Art. 44 do Código Penal Brasileiro ao permitir substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, quando a **pena privativa de liberdade aplicada não fosse superior a 4 (quatro) anos**, o crime

---

já que a forma com que se dava favorecia muito mais os interesses empresariais que de fato a reintegração social dos presos. (*item 9.2. (b)*) (IPEA, op. cit. p. 115).

<sup>88</sup> Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (BRASIL. 1995).

<sup>89</sup> (OLIVEIRA, 1996. p. 24).

<sup>90</sup> [...] que procurou minimizar a crise da pena de prisão, a qual, sabidamente, não atende a um dos objetivos fundamentais da sanção penal, que é reeducar o apenado para reintegrá-lo à sociedade (BITENCOURT, op. cit. p. 7).

<sup>91</sup> Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (VETADO); IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana (BRASIL. 1988).

não fosse cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou, qualquer que fosse a pena aplicada, se o crime fosse culposo, o réu não reincidente em crime doloso, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicassem que essa substituição seria suficiente.

Após a entrada em vigor da citada lei, condizente com as diretrizes da ONU, traduzidas pelas Regras de Tóquio, e com a criminologia moderna, a substituição passou a ser permitida às penas não superiores a quatro anos. Assim a política criminal do legislador foi de que a tais penas, inferiores a quatro anos, fosse permitida a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos<sup>92</sup>.

Luís Carlos Valois esclarece o itinerário percorrido na política criminal voltada a substituição da pena privativa por restritiva de direito, agora com a pena mais adequada a seu tempo.

Em complemento, Guilherme de Souza Nucci, reitera seu posicionamento em esclarecer que cabe ao julgador definir a substituição da pena privativa de direito por algumas das restritivas de direitos<sup>93</sup>.

Contudo, um ponto que merece destaque como um dos grandes avanços na política criminal nos últimos anos foi a entrada em vigor da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019<sup>94</sup>, conhecida pela dureza de seu texto<sup>95</sup> em relação ao combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos<sup>96</sup>.

Entretanto, a rigidez da norma criada avança sobremaneira nos objetivos da presente tese, quando traz em seu texto políticas criminais voltadas a não persecução penal<sup>97</sup>, ou seja, uma justiça criminal negocial voltada a alternativas

---

<sup>92</sup> (VALOIS, 2019. p.140).

<sup>93</sup> (NUCCI, op. cit. p. 31).

<sup>94</sup> (BRASI, 2019).

<sup>95</sup> Trata-se da mais significativa alteração jurídico-penal dos últimos 30 anos, desde a edição da Lei dos Crimes Hediondos, marco do recrudescimento penal. O escopo da nova legislação foi o endurecimento repressivo, embora haja racionalizações importantes em diversas de suas regras (DEZEM & SOUZA, 2020.).

<sup>96</sup> A Lei Anticrime decorre do Projeto de Lei (PL) nº 10.372/2018, da Câmara dos Deputados, que reuniu propostas oriundas de comissão coordenada pelo Ministro do STF, Alexandre de Moraes, no ano de 2018, bem como do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2019. Neste último, recebeu a alcunha de "*Pacote Anticrime*", que passou a ser propagada pela imprensa (Ibid.).

<sup>97</sup> Art.28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena

penais, diversas do cárcere, para aquele investigado que atende aos requisitos legais.

Em continuidade, destaco, como um avanço significativo e de fundamental importância para a presente pesquisa, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no dia 08 de setembro de 2020, pelo Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, no Habeas Corpus nº 596.603-SP, aos pacientes presos por tráfico privilegiado para cumprirem a pena em regime aberto.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS INDIVIDUAL E COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DIRETRIZES REGISTRADAS PELA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641 (PLENO). PRECEDENTES DESTA TRIBUNAL DA CIDADANIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, LEI N. 11.343/2006). TRÁFICO. DEFINIÇÃO LEGAL (ART. 112, §5º, LEI N. 7.210/1984). CRIME NÃO HEDIONDO. CONECTIVOS LÓGICOS EM RAZÃO DESSE RECONHECIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA. FORÇA NORMATIVA. ESTUDO DO INSTITUTO CONECTAS E DADOS ESTATÍSTICOS QUE CONFIRMAM O DESCUMPRIMENTO REITERADO PELO TRIBUNAL IMPUGNADO. DESRESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE. ISONOMIA DO JURISDICIONADO. BUSCA À RACIONALIDADE PUNITIVA. PREDICATIVO ÍNSITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PROPORCIONALIDADE<sup>98</sup>.

O avanço na legislação penal e processual da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, em destaque o “acordo de não persecução penal” e a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, vai ao encontro das discussões e estudos que vem sendo realizados no Brasil, e na tese proposta.

---

mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL, 2019).

<sup>98</sup> (BRASIL, 2020).

### 3.1.2 Retrocesso nas Políticas Criminais.

Apesar do avanço em políticas criminais inovadoras, parte da legislação brasileira tem se demonstrado ineficaz em sua aplicabilidade e outra carece de reforma em seu texto. Assim, é oportuna uma análise e, ao mesmo tempo, tecer críticas<sup>99</sup> para seu melhor aprimoramento e por novas propostas<sup>100</sup>.

Primeiramente porque a Lei de Execução Penal n. 7.210, de 11 de julho de 1984, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 “Constituição Cidadã”, e, apesar de conter em sua literalidade um texto que contempla a execução das penas<sup>101</sup>, não é aplicada pelos Poderes da República.

Salo de Carvalho complementa a total ineficácia da Lei de Execução Penal, destacando que o apenado, ao ingressar no ambiente prisional, passa a perder suas “garantias”, ou seja, a sentença penal condenatória lhe reduz a um “não-cidadão”<sup>102</sup>. É como leciona Raffaele Garofalo (1925), em seus estudos de criminologia, ao deixar clara a atribuição do Estado em face dos reclusos:

O estado deveria assumir esta assistência constante e assídua dos reclusos, vigiar, como se faz nos collegios, os seus progressos e tentar, pelos exemplos, pela experiência, pela instrução, torna-los doces, amáveis, honestos, cheios de caridade e de zelo.

O Estado fecha os olhos para aquilo que lhe é de responsabilidade e competência, o cumprimento da lei.

Uma lei plenamente perfeita em sua literalidade, mas inócua em sua efetividade. Para Jean Cruet, a autoridade governamental, em país algum, dificilmente aceitará sua submissão às leis<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> À teoria crítica compete, em vez de generalizar, a partir dessas alternativas em busca da alternativa, torná-las conhecidas para além dos locais e criar, através da teoria da tradução, inteligibilidades e cumplicidades recíprocas entre diferentes alternativas em diferentes locais (SANTOS, 2005. p. 37).

<sup>100</sup> A perspectiva crítica ora proposta, pelo contrário, recusa o papel de legitimação que o senso comum teórico absorveu; pretende introduzir na mentalidade jurídica um novo princípio, o da transformação. O direito não tem função mantenedora, ele não foi elaborado para manter privilégios de uma ordem social injusta, mas para transformá-la no sentido do justo (COELHO, 1981. p. 63).

<sup>101</sup> Com todas as suas deficiências e mutilações, a Lei de Execução Penal, se cumprida no que se refere ao respeito do ser humano preso, serviria como ótimo instrumento para uma pena com menos violência. A segurança e a certeza do princípio da legalidade são benefícios que o condenado não conhece (VALOIS, op. cit. p. 54).

<sup>102</sup> (CARVALHO, op. cit. p. 154).

<sup>103</sup> (CRUET, op. cit. p. 84).

No Brasil não é diferente. O Estado a abandonou desde sua recepção na Carta Magna de 1988, ou seja, a 32 (trinta e dois) anos permanece inerte, sem uma aplicabilidade concreta, sendo extremamente necessária diante de um cenário prisional falido e caminhando a um colapso total.

O resgate pleno e literal da Lei de Execuções Penais faz parte do avanço das políticas criminais. É o que leciona René Ariel Dotti ao destacar a Política Criminal como uma ciência destinada a uma interpretação crítica do sistema, de modo a formular propostas para sua correção<sup>104</sup>.

Com isso, é necessário o restabelecimento da ordem no sistema prisional brasileiro. Os condenados devem ser separados de acordo com seus antecedentes e sua periculosidade<sup>105</sup>. É o primeiro passo para garantir o seu retorno ao convívio social, ao final do cumprimento de sua pena.

Nesse sentido, no momento atual, a construção de novos presídios é importante para separar os condenados de acordo com seus antecedentes e sua periculosidade.

Os presos não podem conviver todos em um único ambiente prisional, como ocorre hoje no Brasil, “não estão separados”<sup>106</sup>. Em contraponto, a redução da população prisional também permitirá essa adequação, como leciona Anabela Miranda Rodrigues.

A redução da população prisional permitirá, aliás, associar a diversificação de penas de substituição à criação de novos estabelecimentos penitenciários, com outras dimensões, estruturados segundo modelos organizatórios diferenciados e dispor de seções adequadas para tornar viáveis formas específicas de tratamentos<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> (DOTTI, op. cit. p. 187).

<sup>105</sup> Para inteira eficácia de, cada um dos modos de repressão empregados exigem-se necessariamente estabelecimentos diversos, com aparelhamento, direção e pessoal auxiliar adequados, atendendo-se á diversa finalidade de cada um, além de legimens fundamentalmente diferentes (detenção transitória para mera segurança — criminosos políticos, prisão de mera advertencia — criminosos não corrompidos, reeducação penal — corrigíveis, segregação eliminatória — incorrigíveis) (ALMEIDA, 1933, p. 97).

<sup>106</sup> Quanto possível, as diversas categorias e grupos de presos devem ser detidos em prisões distintas. Onde não for possível, deverão as prisões ser preparadas de modo a se poder separá-los (ALMEIDA, op. cit. p. 26).

<sup>107</sup> (RODRIGUES, 1995. p. 49).

O fato é que a conseqüência desse convívio é o recrutamento pelo crime organizado<sup>108</sup>, no caso pelas facções criminosas, daqueles criminosos eventuais e que, por vezes, cometeram crimes não violentos, ou seja, o próprio sistema prisional impede a possibilidade de sua ressocialização.

A omissão do Estado em aplicar, de forma efetiva, a Lei de Execuções Penais vai na contramão de todo o sistema prisional brasileiro. O cárcere torna-se a escola do crime.

Já dizia Viveiro de Castro, sobre essa nova escola penal, em 1913:

Sabe-se que as crianças, como os selvagens, têm desenvolvido no mais alto gráo o espirito de imitação, a tendência para os actos reflexos. Filhos de criminosos ou de prostitutas, convivendo em um meio da mais baixa degradação moral, assistindo todos os dias á pratica de actos criminosos e immoraes, perdem o estímulo do dever e da honra, a noção do trabalho e vão-se iniciando nesta vida aventureira da ociosidade e do crime. Commettido o primeiro delicto e atirados á prisão, sua educação se aperfeiçoa neste contacto com os grandes criminosos e dahi saem completamente pervertidos e estragados<sup>109</sup>.

O apenado, por mais simples que seja o crime cometido, dificilmente conseguirá se adaptar a um sistema onde o Estado não mais atua, e sim, as facções criminosas.

Em segundo lugar, ao complementar a legislação infraconstitucional, a Constituição Federal de 1988, também estabeleceu a possibilidade da prestação social alternativa (penas restritivas de direitos ou penas alternativas). Entretanto, em razão da dependência da lei para sua aplicabilidade, sempre esteve condicionada à vontade do Poder Legislativo.

De fato o tempo demonstra que a última alteração significativa de uma prestação social alternativa ocorreu em 1998, ou seja, há 20 (vinte anos). Portanto, as fragilidades identificadas nas questões relacionadas ao acesso à justiça, alcance das penas e sistema prisional, nos remetem a um estudo mais detalhado sobre a aplicabilidade de novas penas alternativas<sup>110</sup> em pleno século XXI.

---

<sup>108</sup> O crime organizado e a corrupção estão relacionados, porque a corrupção facilita as atividades ilícitas das organizações criminosas e serve de obstáculo ao cumprimento das leis. A luta contra corrupção faz parte, portanto, do combate ao crime organizado (OLIVEIRA, op. cit. p. 38).

<sup>109</sup> (CASTRO, 1913. p. 349-350).

<sup>110</sup> As alternativas para sistema de penas constituem meios, métodos e formas de reação ao delito que atuam em todos os momentos do dinamismo penal. Através da cominação, quando o

Porém, essas novas penas alternativas merecem uma atenção especial do legislador<sup>111</sup>, de modo a vislumbrar qual o seu alcance e quais pessoas e crimes serão beneficiados com uma alteração legislativa.

Raymond Saleilles destaca a importância da individualização da pena, com base no estudo da criminalidade social, pois é necessário diferenciar a criminalidade do crime:

A criminalidade sempre gera o crime; mas o crime nem sempre vem da criminalidade. O sistema jurídico está errado ao solicitar uma ou outra. Qualquer sistema verdadeiramente científico deve começar distinguindo claramente um do outro. (tradução nossa)<sup>112</sup>.

Com isso, toda e qualquer forma de pena, requer a definição de critérios técnicos em sua aplicabilidade, em especial nas penas alternativas.

Para Louk Hulsman e Jacqueline Bernaí de Celis a pena privativa de liberdade não diminui a criminalidade e não tem nenhuma eficácia de prevenção, logo, é a mais perversa das invenções<sup>113</sup>.

Contudo, as medidas substitutivas ao aprisionamento estão dentre as poucas hipóteses de socorrer, em parte, a população menos favorecida e, em especial, os que chamamos de “operários do tráfico”.

As facções criminosas são consideradas, por suas estruturas e ramificações, como uma grande empresa. O recrutamento de pessoas vulneráveis tem sido uma prática constante, principalmente quando são submetidas à prisão, hoje dominadas pelas facções criminosas<sup>114</sup>.

---

ordenamento positivo consagra novas modalidades de sanção; da aplicação, quando ao juiz se possibilitam meios para a melhor escolha e medição da pena; e da execução, quando os regimes dispõem de condições formais e materiais que atendam aos objetivos gizados pelas diversas medidas de prevenção e repressão à criminalidade (DOTTI, op. cit. p. 475).

<sup>111</sup> O princípio da democracia econômica e social constitui uma *autorização constitucional* no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma <<justiça constitucional>> nas vestes de uma <<justiça social>> (CANOTILHO, 2003, p. 338).

<sup>112</sup> “*La criminalité engendre toujours le crime; mais le crime ne vient pas toujours de la criminalité. Le système juridique a le tort de solicialiser l’un avec l’autre. Tout système vraiment scientifique devra commencer par bien distinguer l’un de l’autre*” (SALEILLES, 1898, p. 107).

<sup>113</sup> (HULSMAN, op. cit. p. 59-60).

<sup>114</sup> As facções criminosas atuam nas lacunas do Estado Democrático de Direito brasileiro. Enquanto este negligencia seus cidadãos, procurar soluções imediatistas e midiáticas calcadas no endurecimento sem um planejamento, em um estudo sólido, os problemas não só continuarão, como irão crescer ainda mais (GONÇALVES, op. cit.)

O ambiente prisional, em sua forma atual, não atende, e não atenderá a finalidade para a qual foi criado, pois, quando permitimos o sacrifício de um, em detrimento de um todo, a justiça encontra-se *off-line*.

Nesse viés, Alceu Corrêa Junior e Sérgio Salomão Shecaira evidenciam a ineficácia da pena.

De fato, um dos fatores que contribuem para a crise da pena de prisão e o descrédito na eficácia de suas finalidades é o efeito criminógeno deflagrado com o encarceramento e o subsequente convívio com uma nova realidade dentro do ambiente prisional<sup>115</sup>.

A crise no sistema prisional brasileiro é consequência da má administração do Estado, em decorrência da ineficácia da aplicabilidade das leis penais em sua essência, bem como na ausência de legislações voltadas à substituição das penas privativas de liberdade<sup>116</sup> por restritivas de direito, fatos que contribuem para o aumento da população carcerária.

Ante o exposto, o retrocesso nas políticas criminais ocorre da soma da inaplicabilidade das leis penais e, a ausência de alternativas penais retrata a falência do sistema prisional.

Em resumo, a única proposta para evitar completamente o fim do sistema, é a possibilidade de alternativas penais<sup>117</sup>, proporcionando uma abordagem diferente de reinserção do apenado na sociedade.

### 3.2 A VISÃO TRADICIONAL

Não é de hoje que as discussões sobre o tema têm levado grande parte dos operadores do direito a um posicionamento comum ao defenderem a ausência de políticas criminais no Brasil<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> (CORRÊA JUNIOR; SHECAIRA. op. cit. p. 157).

<sup>116</sup> Sabe-se que a pedra angular dos sistemas jurídico-penais da modernidade é a pena privativa de liberdade. Muito embora a previsão de outras espécies de pena (restritiva de direitos e multa), estas são todas substitutivas daquela, sendo que na quantificação da privação de liberdade surgirão as possibilidades de substituição (CARVALHO, 2002. p. 35).

<sup>117</sup> Um sistema de penas alternativas – Na perspectiva da superação da pena privativa de liberdade, o problema mais difícil é, obviamente, o tipo de pena que irá substituí-la (FERRAJOLI, 2006, p. 385).

<sup>118</sup> A Justiça Criminal na Austrália trabalha obedecendo a um Ato de Sentenças de 1985, o qual dispõe, na Seção 11, o seguinte: “Um Tribunal não deve sentenciar uma pessoa à prisão, sem antes ter considerado todas as outras alternativas disponíveis, chegando à conclusão de que nenhuma alternativa é apropriada para as circunstâncias do caso em exame” (OLIVEIRA, op. cit. p. 113-114).



Entretanto, surge um vácuo entre o simples posicionamento e a busca efetiva por medidas concretas sobre a importância de políticas criminais<sup>119</sup>.

A visão tradicional é que todos têm pleno conhecimento das dificuldades existentes e os obstáculos que as inviabilizam. Portanto, não há mais espaços para discussões inócuas e sem a devida contribuição dos poderes da república, principalmente o Poder Legislativo, inerte a qualquer tipo de proposta para o avanço do tema.

Nessa perspectiva, Ataliba Nogueira reforça a idéia de que:

Já é mais que notório o *desencanto da pena de prisão*. Ainda assim os que lhe reconhecem a falência não se mostram inteiramente desenganados, pois os substitutivos com que pretendem ocupar o seu lugar, vêm todos contaminados de vícios e defeitos próprios da prisão celular<sup>120</sup>.

O reconhecimento de que o sistema prisional brasileiro está em colapso é público e notório e não é de hoje, como explicou Ataliba Nogueira. Mesmo assim, ainda se mantém uma visão tradicional, onde “a culpa é do Estado”. Em contra partida surge uma pergunta simples: Mas quem é o Estado? Dúvida relevante e muito importante para análise do tema.

Se o colapso decorre do crime, a quem efetivamente atribuir a responsabilidade?

Roberto Lyra evidencia o raciocínio, segundo o qual, “*O crime nasceu com a sociedade e evolui à sua imagem e semelhança*”<sup>121</sup>. Para Sérgio Salomão Shecaira “*O crime passa a ser reconhecido como um fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, [...]*”<sup>122</sup>.

Determinar a responsabilidade ao Estado é a maneira mais simples de eximir-se da responsabilidade da sociedade, ou seja, da nossa responsabilidade. Atribuir à falha a um sistema milenar é do próprio homem. Todos os estudos

---

<sup>119</sup> A constatação pela pesquisa empírica, nos últimos cinquenta anos, do fracasso da pena privativa da liberdade com respeito a seus objetivos proclamados, levou a uma autêntica *inversão de sinal*: uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal (BATISTA, 2011. p. 35).

<sup>120</sup> (NOGUEIRA, 1956. p. 78).

<sup>121</sup> (LYRA, op. cit. p. 184).

<sup>122</sup> (SHECAIRA, 2014. p. 98).

sobre a prisão foram destaque durante séculos e séculos<sup>123</sup>, porém, o sistema permanece inerte ao tempo e às pessoas.

Nos dias de hoje, aguarda-se que o Estado resolva o problema, e a opção proposta é sempre a mesma: “construiremos mais presídios”.

A construção de presídios não é uma proposta das piores, mas como política criminal tem que estar ligada a outras alternativas, principalmente às relacionadas a possibilidade de ressocialização do apenado, que merecem uma maior atenção por parte do Estado e por nós do direito.

O Estado não avança nas questões essenciais relacionadas ao sistema prisional. Seus passos vão na contramão da sua verdadeira realidade. Estudos e mais estudos sobre políticas criminais são apresentados todos os anos. As estatísticas continuam a referendar tudo o que o mais simples dos seres racionais sabe: “o sistema não funciona”.

O conhecimento sobre a extensão da criminalidade se adquire, sobretudo, através de estatísticas que, desde o primeiro terço do século XIX, registram e analisam as modificações e a evolução do crime. (tradução nossa)<sup>124</sup>.

Juristas e sociólogos também têm avançado seus estudos e pesquisas acerca de políticas criminais voltadas a possibilidade da redução do número de presos, bem como, propostas de ressocialização.

No mesmo sentido, alguns tem se posicionado favoráveis a descriminalização de alguns crimes, dentre eles aqueles relacionados ao tráfico de drogas, ou seja, uma visão abolicionista<sup>125</sup>, de modo a legalizar o uso de algumas drogas como a maconha.

A tarefa de construir políticas criminais adequadas ao nosso tempo, não tem sido uma prioridade. O tempo demonstra uma total despreocupação com o sistema prisional. Apesar de um grande avanço nas pesquisas de novas

---

<sup>123</sup> A prisão dos países marginais constituía, pois, uma instituição de seqüestro *menor* dentro de outra *muito maior*. Em outros termos, nossas prisões, no programa lombrosiano, seriam as celas de castigo ou “solitárias” da prisão, da grande instituição de seqüestro colonial (ZAFFARONI, 1991, p. 77).

<sup>124</sup> “El conocimiento sobre la extensión de la criminalidad se adquiere sobre todo a través de las estadísticas que, desde el primer tercio del siglo XIX, registran y analizan las modificaciones y la evolución de la criminalidad” (HASSEMER, 1989, p. 43).

<sup>125</sup> No entanto, a consideração do que realmente procuram as pessoas que reivindicam um reforço do enfoque repressivo permite afirmar que o que lhes convém é exatamente o enfoque abolicionista. O enfoque abolicionista se aproxima delas, ao reconhecer que o sistema pena! não protege nem ajuda ninguém (HULSMAN; CELIS, op. cit. p. 115).

propostas sobre o tema, ainda nos falta fôlego para colocar em prática todos esses resultados, pois, não há um interesse efetivo por parte do Estado.

Trata-se de uma visão milenar sem precedentes. O Estado sempre teve conhecimento pleno de que o cárcere deve ser utilizado como a última medida a ser tomada diante de um crime.

Entretanto, prevalece sempre o mais cômodo. Isolar o criminoso da sociedade é a forma mais simples de solucionar os problemas dos ilícitos penais. O Estudo da penologia de Henny Goulart destaca a pena privativa de liberdade como uma solução no combate a criminalidade:

A pena privativa da liberdade, considerada a grande solução para conter o aumento da criminalidade e que encontrou seu ponto alto de aplicação e desenvolvimento na segunda metade do século XIX, no final desde já começava a perder prestígio, denegrida pela opinião geral, que acentuava o seu fracasso na reeducação dos condenados, as dificuldades que criara para os liberados, e a situação de perigo em que deixara a sociedade, vítima de acentuado índice de reincidência<sup>126</sup>.

O isolamento nem sempre é o mais adequado. Retirar o cidadão do convívio social merece uma atenção redobrada. Ou seja, o cárcere foi feito para todo e qualquer crime? O modelo prisional brasileiro é adequado aos crimes praticados? É possível a ressocialização do apenado no Brasil? Existem políticas criminais voltadas a esse cenário?

Perguntas que refletem o verdadeiro descaso com o sistema prisional brasileiro. A falência do sistema, além de estar dentro, está fora dele. O crime é concebido bem antes do cárcere. A concepção é fruto da falência das estruturas estatais, desde o início da vida.

A ausência do Estado<sup>127</sup>, em todos os seguimentos, sujeita a população mais vulnerável a buscar medidas alternativas como forma de sobrevivência. Sobreviver é uma necessidade fundamental e, na maioria das vezes, submete o ser humano a procurar por alternativas que lhe garantem o mínimo existencial, pois, as mãos do Estado não são capazes de garantir.

---

<sup>126</sup> (GOULART, 1975.).

<sup>127</sup> Perante as carências individuais e sociais dos reclusos, incumbe ao Estado recriar as hipóteses de uma mudança que exclua a via da coação. Por outras palavras: é possível realizar um equilíbrio entre o dever de ajudar os reclusos e evitar a passagem do acto criminoso e o dever de os proteger contra os abusos de poder fundados no arbítrio e na repressão (RODRIGUES, op. cit. p. 44).

A submissão das pessoas à prática de crimes esta inteiramente relacionada à inércia do Estado em políticas públicas eficazes.

O excesso de legislação extravagante, sem qualquer cientificidade, destruiu o que restava de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro, ignorou os *princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico* e abandonou todo e qualquer critério que pudesse orientar a *primeira fase de individualização da pena*, a legislativa, renunciando, inclusive, o dever constitucional de adotar uma política criminal adequada aos postulados de um Estado Social e Democrático de Direito<sup>128</sup>.

A ausência de políticas criminais adequadas tem limitado a finalidade da pena, torna-se reflexo de um isolamento social sem precedentes enraizado no tempo, por não atingir sua principal finalidade: “a ressocialização”<sup>129</sup>.

Não há avanços nas políticas criminais, e sim retrocedemos a todo instante, pelo simples fatos da ausência de interesse dos nossos governantes. Entretanto, para romper em definitivo com as falhas que persistem no tempo, é necessário compreender e reconhecer quem é o Estado.

Jürgen Habermas justifica que a existência do Estado não está pautada unicamente na proteção de direitos subjetivos iguais, mas na garantia de todos entenderem quais normas e fins são de seus interesses<sup>130</sup>.

O Estado não é composto única e exclusivamente por políticos que representam a população. É uma visão mais além, apesar da grande parcela de responsabilidade ser dos políticos em especial do Poder Legislativo.

As grandes instituições públicas e privadas também carregam seu grau de culpabilidade, em razão da omissão diante da ausência de propostas ressocializadoras, principalmente da estigmatização<sup>131</sup> do apenado, quer ele preso, quer ele solto.

<sup>128</sup> (BITENCOURT, op. cit. p. 102).

<sup>129</sup> A palavra ressocialização serve como embelezadora da decisão, traz uma aura de benefício à pessoa presa, como se o Estado estivesse realmente preocupado com sua dignidade, com sua recuperação, reeducação, reinserção, quando, na verdade, todos sabemos que a prisão não tem efeito ressocializador, nem a prisão imaginada pelo legislador, nem muito menos a prisão efetivamente existente (VALOIS, op. cit. p. 51).

<sup>130</sup> (HABERMAS, 2003, p. 335).

<sup>131</sup> A *carga estigmática* produzida por qualquer contato do sistema penal, principalmente com pessoas carentes, faz com que alguns círculos alheios ao sistema penal aos quais se proíbe a coalizão com estigmatizados, sob pena de considerá-los contaminados, comportem-se como continuação do sistema penal (ZAFFARONI, op. cit. p. 134).

De fato, não é o momento de atribuir a cada um sua parcela de culpa, ou simplesmente responsabilizá-los, mas chamá-los a contribuir na formação de um novo direito penal que permita o retorno do apenado à sociedade, por meio do estudo e implementação de políticas criminais adequadas a nossa época.

Igualmente, Claus Roxin leciona:

Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas<sup>132</sup>.

A ruptura de um sistema para outro requer a iniciativa de toda uma coletividade, com objetivos específicos de proporcionar ao apenado uma possibilidade de mudança para o seu retorno ao convívio social.

### 3.3 A RUPTURA DA ESTRUTURA ATUAL

Para avançar, é necessária a ruptura da estrutura atual<sup>133</sup>, reiterar que a pena não atinge sua finalidade específica e a legislação, além de não ser efetivada, não tem contribuído para novas formas de políticas criminais, em especial, aquelas voltadas ao apenado de modo a proporcionar seu retorno à sociedade, após o cumprimento da pena.

Entretanto, o que se tem visto, na maioria das vezes, é o retorno do apenado ao próprio sistema carcerário, o ciclo de entrada no sistema e sua saída ressocializado é uma falácia<sup>134</sup>. A consequência tem sido drástica desde a saída até seu retorno. As políticas criminais adotadas nos dias de hoje no Brasil não funcionam e não funcionarão.

Teodolindo Castiglione defendia a idéia da barbárie do sofrimento que acomete o apenado:

---

<sup>132</sup> (ROXIN, 2008. p. 32).

<sup>133</sup> Assim sendo, são três os pilares da moderna política criminal: as penas, as medidas de segurança e os mecanismos utilizados para limitar a aplicação da pena. Isso quer dizer que o emprego da sanção deve ser reduzido ao máximo e, sempre que possível, evitando, sem que a ausência de reação ao delito signifique desprestígio para o Direito Penal (OLIVEIRA, op. cit. p. 16).

<sup>134</sup> Ninguém na sociedade, desde o pedreiro até o médico, acredita que a prisão pode ressocializar alguém, mas o judiciário continua usando o argumento, essa palavra vazia, para adornar suas decisões, perdendo em capacidade comunicativa e em legitimidade como poder. E pior, utilizando a palavra ressocialização para prejudicar o preso (VALOIS, op. cit. p. 51).

Os homens são atraídos, geralmente, por outros homens, em virtude de sentimentos afins. A afinidade agrupa e desenvolve tendências e vocações. Um indivíduo que, pela primeira vez, furtou, não irá corrigir a sua conduta ao contacto de outros indivíduos, que sempre se aproveitaram das oportunidades para reincidir no mesmo crime<sup>135</sup>.

O sistema penitenciário brasileiro não tem avançado na busca por novas tendências. A legislação brasileira não contribui em nada.

Novas penas surgem a todo instante, bem como o aumento de algumas já existentes, porém, o que não surge é a possibilidade de diminuição de algumas delas ou de substituição por alternativas penais. O colapso é claro e evidente. O sistema prisional não terá como suportar, com suas atuais estruturas, a quantidade de apenados que estão por integrar o sistema.

O crime organizado, por meio das facções criminosas, tem atuado como Estado no recrutamento, a cada dia mais, de operários do tráfico. As propostas são irrecusáveis, diante da ausência estatal nas classes mais vulneráveis<sup>136</sup>. Assim, trata-se de uma pandemia sem precedentes, ou seja, onde o Estado não atua, não se faz presente, a contaminação é completa.

Enrico Ferri leciona que *“À medida que a justiça social se desenvolve e se organiza de maneira mais profunda e completa, a importância da justiça penal diminuirá”* (tradução nossa)<sup>137</sup>. A raiz de todo o problema está na ausência efetiva do Estado<sup>138</sup>, quer em razão da ausência de políticas públicas voltadas à população menos favorecida, quer na ausência de políticas criminais de modo a evitar o cárcere ou na preparação do apenado para seu retorno a sociedade.

A ausência de políticas públicas eficazes do Estado acaba por submeter as pessoas em vulnerabilidade social às mazelas do crime, principalmente os jovens, que fazem parte da maioria da população carcerária no Brasil.

A ausência de educação, trabalho, e qualificação profissional acaba por desviar muitos jovens da escola e do trabalho digno.

<sup>135</sup> (CASTIGLIONE, 1959. p. 13).

<sup>136</sup> Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis (ZAFFARONI, op. cit. p. 27).

<sup>137</sup> *“A medida que la justicia social se desarrolle y organice más profunda y completamente, la importancia de la justicia penal disminuirá”* (FERRI, 2004, p. 352).

<sup>138</sup> Uma sociedade que não se move está fora da realidade. Na realidade a sociedade e, portanto, o Estado estão em movimento contínuo, elemento do qual a ciência do direito reconhece a existência e até a necessidade, mas nem sempre chega a esclarecer a posição e a relação com o povo (CARNELUTTI, 2007, p. 39).

A ausência de políticas criminais é outro fator contributivo para o alto índice de criminalidade e super lotação do sistema prisional. O Estado apresenta uma solução quando propõe a construção de novos presídios, mas essa solução não é suficiente.

Diferentes escolas de pensamento tentaram limitar as conseqüências desumanas do sistema penal. Umas, preconizando a limitação das penas privativas de liberdade, tentaram influir também em sua aplicação, quando esta se mostrasse inevitável. Acreditavam que, transformando os fins da pena, ao fazer, notadamente da pena privativa de liberdade, uma medida de reeducação ao invés de um castigo, operarse-ia uma metamorfose no sistema penal e penitenciário, imaginando que este pudesse se tomar uma espécie de escola de readaptação onde o preso se prepararia para uma melhor inserção social<sup>139</sup>.

Nesse contexto, os apenados devem submeter-se ao cumprimento da pena de acordo com o crime praticado<sup>140</sup>. Ou seja, o exame dos antecedentes e da personalidade do infrator e o crime cometido devem ser cumpridos em estabelecimentos penais próprios para cada tipo de crime.

Contudo, são poucas as políticas criminais que preparam o retorno do apenado à sociedade. O sistema prisional brasileiro não está preparado para receber o apenado e devolve-lo no final do cumprimento de sua pena.

A estrutura prisional carece de uma reforma urgente, desde o momento do início do cumprimento da pena até o seu término.

### 3.4 INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA

O Estado tem a responsabilidade em manter a ordem social por meio de regras impostas à sociedade, a quem cabe o dever de respeitá-las. Uma vez violadas essas imposições, as pessoas são submetidas à sanção estatal.

Essa é a questão principal relacionada à intervenção do Estado: saber dosar a forma de intervir na aplicação da pena, mínima ou maximamente<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> (HULSMAN; CELIS. op. cit. p. 94).

<sup>140</sup> O exame dos antecedentes e da personalidade do agente conduz a uma livre qualificação subjetiva, cumprindo ao juiz, com base em seu livre convencimento motivado, expor o que entende por antecedentes e personalidade negativos ou positivos, ao formular um juízo de conduta de vida e da formação da personalidade do réu (JUNIOR, op. cit. p. 32).

<sup>141</sup> Ao poder político compete até certo ponto decidir quais condutas devem ou não ser submetidas à pena, pois isso integra seu exercício no marco do fato de poder do sistema penal. A agência

Atualmente, a realidade posta é o retrocesso por parte do Estado. A intervenção está voltada única e exclusivamente ao combate a criminalidade, onde não existe a possibilidade de separar o que é mínimo do máximo. A opção adotada pelo Estado é a pena de prisão. Em consequência, o cárcere torna-se a melhor opção.

Contudo, para avançar com políticas criminais adequadas, o Estado tem que intervir ao separar os ilícitos penais cometidos pelos infratores de acordo com a natureza do crime, onde as alternativas penais tornam-se mais evidentes e possíveis.

Anabela Miranda Rodrigues evidencia esse mesmo raciocínio:

Neste espaço de consensualismo que os ordenamentos jurídicos da actualidade procuram levar tão longe quanto possível, a prisão constitui a ultima ratio da política criminal, a previsão de penas de substituição é generosa e a pena reconforma-se em sentido positivo, prospectivo e socializador<sup>142</sup>.

A intervenção penal mínima<sup>143</sup> do Estado prevalece no sistema criminal, entretanto, a mínima intervenção não significa “não intervenção”. Logo, no momento, é necessário separá-los dos demais.

Roberto Lyra contribui com esse posicionamento ao criticar a crueldade das penas, que não produzem resultado significativo de modo a prevenir novos crimes, entretanto, devem ser moderadas e adequadas ao crime praticado<sup>144</sup>.

A intervenção penal mínima do Estado é uma política criminal adequada a determinados crimes “não violentos” em que podem ter sua pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direito.

Assim, as penas alternativas tornam-se essenciais como política criminal, em consonância com a intervenção mínima do Estado.

Submeter toda e qualquer infração penal ao crivo do Estado, por acreditar que a redução da criminalidade está na aplicação de penas privativas de liberdade, não mais condiz com a realidade do Brasil.

---

política, no entanto, não pode superar todo limite de irracionalidade e inventar a “pena” e a “não-pena” (ZAFFARONI, op. cit. p. 202).

<sup>142</sup> (RODRIGUES, op. cit. p. 146).

<sup>143</sup> O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais (BATISTA, op. cit. p. 84).

<sup>144</sup> (LYRA, op. cit., p. 39).



O avanço de políticas criminais voltadas a evitar o cárcere, com penas diversas a ele, e propiciar ao infrator o seu retorno à sociedade ainda é a forma mais justa de aplicação da pena<sup>145</sup>.

A reabilitação do apenado para si e para a comunidade depende exclusivamente de medidas não privativas de liberdade<sup>146</sup>, para crimes com penas determinadas, desde que não cometidos com violência ou grave ameaça. Evitar o encarceramento do réu que comete esse tipo penal ainda é a solução mais adequada.

Uma política criminal alternativa é aquela que escolhe decididamente essa segunda estratégia, extraindo todas as consequências da consciência cada vez mais clara em relação aos limites do instrumento criminal. Entre todos os instrumentos de política criminal, o direito penal é, em última análise, o mais inadequado (tradução nossa)<sup>147</sup>.

Uma prestação social alternativa voltada à qualificação do apenado<sup>148</sup>, desde que observadas as hipóteses previstas no Código Penal Brasileiro e, em conjunto com uma nova proposta legislativa, permitirá uma quebra de costume nas próprias facções criminosas.

Isto é, o que leva o réu a reincidir no crime é a ausência de expectativa de retorno a sociedade e possibilidade de uma nova chance no mercado de trabalho. Em consequência disso, no momento em que o Estado assume a responsabilidade de acolher o réu, proporcionando uma alternativa ao cárcere, se reduz a possibilidade de ser recrutado efetivamente para o crime organizado.

Assim, ao quebrar esse ciclo vicioso, o sistema perde forças, pois, a hierarquia só existe quando há subordinados.

---

<sup>145</sup> Reinserção social não é simplesmente a regra formal da “não dessocialização”. Em sentido material obedece, é certo, aos princípios de gestão dos estabelecimentos penais adequados para realizar, da melhor maneira possível, a exteriorização do tratamento humano com reconhecimento de direitos e em sintonia com os dignos valores de cidadania em cada região (OLIVEIRA, op. cit. p. 19).

<sup>146</sup> A pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, começou a enfrentar sua decadência antes mesmo que esse século terminasse. Iniciava-se um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, que não atingia as suas finalidades declaradas. Em vez de recuperar o delinqüente, estimulava a reincidência (BITENCOURT, op. cit. p. 1).

<sup>147</sup> (BARATTA, 2004, p. 214).

<sup>148</sup> E já que a pena individualmente aplicada não pode ter senão uma destas duas finalidades – o tornar inócua o delinqüente incorrigível e incurável ou reeducar para a vida social o delinqüente emendável e curável disso resulta que a execução da sentença adquire, na realidade prática, o maior grau de eficácia defensiva e, portanto, de utilidade social (FERRI, 1996, p. 339).

O ambiente prisional<sup>149</sup> não é o local adequado para determinados tipos penais e deve ser visto como uma exceção a toda sanção penal. Logo, aplicado aos crimes que merecem uma atenção especial do Estado, como a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos.

Vicente Greco Filho manifesta seu posicionamento quanto à evolução do direito penal e afirma que

Na evolução do Direito Penal, é possível apontar, entre outras, duas linhas de desenvolvimento: uma quanto ao tipo de bens jurídicos tutelados; outra quanto às formas de criminalidade. Ambas decorrem, evidentemente, da evolução da sociedade e estão relacionadas. A primeira refere-se à dimensão dos bens jurídicos que merecem a proteção penal: de bens jurídicos individuais o Direito Penal passou a ter de preocupar-se com direitos coletivos e difusos. A segunda refere-se ao tipo de criminoso: do ladrão miserável chegou-se ao crime de colarinho branco; do criminoso individual e furtivo passou-se ao crime organizado e ostensivo<sup>150</sup>.

As penas alternativas tem características próprias e passam ao largo dos crimes referidos, pois, a personalidade do réu no crime de tráfico de drogas é diversa dos demais<sup>151</sup>.

A individualização da pena torna-se a saída ideal para uma nova política criminal voltada a análise individual de determinados crimes, junto com possibilidade de uma alternativa penal a esses crimes determinados.

Nesse sentido, é o que diz Günther Jakobs<sup>152</sup> “*O fim do Estado de Direito não é a máxima segurança possível para os bens, mas sim a vigência real do ordenamento jurídico e, atualmente, a vigência real de um Direito que torna possível a liberdade*”. Ao proporcionar ao réu uma alternativa penal, a garantia da liberdade está preservada.

<sup>149</sup> Já é mais que notório o desencanto da pena de prisão. Ainda assim os que lhe reconhecem a falência não se mostram inteiramente desenganados, pois os substitutivos com que pretendem ocupar o seu lugar, vêm todos contaminados de vícios e defeitos próprios da prisão celular (NOGUEIRA, op. cit., p. 78).

<sup>150</sup> (GRECO FILHO, op. cit., p. 88).

<sup>151</sup> O Direito Penal moderno tem se proposto seguir esta orientação. “Os novos penalistas entendem que o tratamento penal precisa ser individualizado, isto é, que é indispensável adaptar-se o mesmo a cada delinqüente (GOULART, 1970. p. 11).

<sup>152</sup> (JAKOBS, 2012).

## 3.5 DIREITO COMPARADO

### 3.5.1 Portugal

O Decreto-Lei n. 400/82, de 23 de setembro de 1982, aprova o Código Penal Português. Alguns de seus artigos merecem destaque, por estarem alinhados ao presente estudo.

A finalidade da pena visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, não podendo ultrapassar a medida da culpa<sup>153</sup>. Estabelecendo como forma de substituição à pena de prisão, o regime de permanência na habitação, a pena de multa, a suspensão da execução da pena, a prestação de trabalho a favor da comunidade, a liberdade condicional e penas acessórias.

A pena de prisão deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes<sup>154</sup>.

Destaco a possibilidade da suspensão da execução da pena de prisão de acordo com a personalidade do agente<sup>155</sup>, atribuindo-lhe direitos e deveres, bem como estar de acordo com o plano de reinserção social que contém os objetivos

---

<sup>153</sup> Artigo 40º - Finalidades das penas e das medidas de segurança.

1 - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2 - Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.

3 - A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

<sup>154</sup> Artigo 43º - Execução da pena de prisão.

1 - A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes.

2 - A execução da pena de prisão é regulada em legislação própria, na qual são fixados os deveres e os direitos dos reclusos.

<sup>155</sup> Artigo 50º - Pressupostos e duração.

1 - O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

2 - O tribunal, se o julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição, subordina a suspensão da execução da pena de prisão, nos termos dos artigos seguintes, ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta, ou determina que a suspensão seja acompanhada de regime de prova.

3 - Os deveres, as regras de conduta e o regime de prova podem ser impostos cumulativamente.

4 - A decisão condenatória específica sempre os fundamentos da suspensão e das suas condições.

5 - O período de suspensão é fixado entre 1 e 5 anos a contar do trânsito em julgado da decisão

de ressocialização, ou seja, as atividades que deve desenvolver durante a suspensão da execução da pena de prisão<sup>156</sup>.

A escolha e medida da pena é realizada pelo tribunal e dará preferência a pena não privativa de liberdade realizada de forma adequada e suficiente às finalidades da punição<sup>157</sup>, considerando, dentre elas, o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, intensidade do dolo, os fins ou motivos que o determinaram, as condições pessoais do agente e a sua situação económica<sup>158</sup>.

Em face da necessidade de instituir novas políticas criminais, foi editada, em Portugal, a Lei n. 17/2006, de 23 de maio de 2006, “Lei quadro da política criminal”, com a finalidade de definir objetivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da criminalidade, investigação criminal, ação penal e execução de penas e medidas de segurança. Ainda, estabeleceu orientações

---

<sup>156</sup> Artigo 54º - Plano individual de readaptação social.

1 - O plano individual de readaptação social é dado a conhecer ao condenado, obtendo-se, sempre que possível, o seu acordo.

2 - O tribunal pode impor os deveres e regras de conduta referidos nos artigos 51º e 52º e ainda outras obrigações que interessem ao plano de readaptação e ao aperfeiçoamento do sentimento de responsabilidade social do condenado, nomeadamente:

a) Responder a convocatórias do magistrado responsável pela execução e do técnico de reinserção social;

b) Receber visitas do técnico de reinserção social e comunicar-lhe ou colocar à sua disposição informações e documentos comprovativos dos seus meios de subsistência;

c) Informar o técnico de reinserção social sobre alterações de residência e de emprego, bem como sobre qualquer deslocação superior a 8 dias e sobre a data do previsível regresso;

d) Obter autorização prévia do magistrado responsável pela execução para se deslocar ao estrangeiro.

<sup>157</sup> Artigo 70º - Critério de escolha da pena

Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

<sup>158</sup> Artigo 71º - Determinação da medida da pena.

1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

3 - Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.

sobre a pequena criminalidade, em especial a possibilidade de aplicação de outros regimes legalmente previstos.

A Lei n. 51/2007, de 31 de agosto de 2007, definiu prioridades e orientações de política criminal para o biênio de 2007-2009, tendo como objetivos gerais da política criminal prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade, em destaque à reintegração do agente do crime na sociedade. Além de ter como objetivos específicos prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade violenta, grave ou organizada, incluindo o homicídio. Bem como, a aplicação de penas não privativas de liberdade, a prisão por dias livres, o regime de semidetenção, a suspensão da execução de pena de prisão subordinada a regras de conduta; a prestação de trabalho a favor da comunidade e o regime de permanência na habitação.

A Lei n. 38/2009, de 20 de julho de 2009, para o biênio 2009-2011, manteve praticamente as mesmas orientações do biênio passado, porém, acrescentou, nas penas não privativas de liberdade, a suspensão da execução da pena de prisão subordinada a deveres, regras de conduta ou regime de prova, especificando, ainda, que as penas devem ser executadas de forma a evitar a estigmatização do condenado, promovendo a sua reintegração responsável na sociedade.

Da análise da evolução legislativa portuguesa, observa-se um avanço das políticas criminais desde o Código Penal Português de 1982, em especial as políticas criminais adotadas pela Lei n. 17/2006, de 23 de maio de 2006, na aplicação de medidas na pequena criminalidade, o que, automaticamente, alavancou, com leis bienais, ao definir prioridades e orientações de política criminal, voltadas a prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade violenta, grave ou organizada.

Também o sistema pena português, não obstante consagrar ainda como penas principais a prisão e multa tem vindo progressivamente a dar preferência à pena de multa e a consagrar outras sanções substitutivas e acessórias daquelas. Importa prosseguir neste esforço, quer na busca de novas espécies de sanções adequadas à realização dos fins que o direito penal prossegue, quer alternando e educando para o valor da liberdade, condição da vida democrática<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> (DA SILVA, op. cit., p. 298).

Enfim, a aplicação de penas não privativas de liberdade promovendo a reintegração responsável do infrator na sociedade.

### 3.5.2 Itália

O Código Penal Italiano, de 1930, não sofreu alteração nos últimos anos em relação às suas penas tendo, ainda, como penas principais a pena de morte, prisão perpétua, prisão e a multa<sup>160</sup>, mantendo, suas penas acessórias<sup>161</sup>.

Entretanto, a Constituição da República Italiana, de 1947, estabeleceu em seu texto, que as sanções não podem consistir em tratamentos contrários ao sentido de humanidade e devem visar a reeducação dos condenados. Conseqüentemente, a Itália avança na questão da pena de morte, ao permiti-la somente nos casos previstos em leis militares de guerra<sup>162</sup>, mas retroage e se contradiz ao manter a prisão perpétua.

Mesmo assim, a legislação italiana vem se adaptando a novas políticas criminais. É o caso da Lei n. 354, de 26 de julho de 1975, e da Lei n. 689, de 24 de novembro de 1981.

<sup>160</sup> Art. 17. (*Pene principali: specie*) Le pene principali stabilite per i delitti sono: 1° la morte; 2° l'ergastolo; 3° la reclusione; 4° la multa. Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono: 1° l'arresto; 2° l'ammenda.

Art. 17 (Pena principal: espécies) As principais penalidades estabelecidas para crimes são: 1ª morte; 2ª prisão perpétua; 3ª de prisão; 4ª a multa. As principais penalidades estabelecidas para multas são: 1ª prisão; 2ª multa.

<sup>161</sup> Art. 19. (*Pene accessorie: specie*) Le pene accessorie per i delitti sono: 1° l'interdizione dai pubblici uffici; 2° l'interdizione da una professione o da un'arte; 3° l'interdizione legale; 4° la perdita della capacita' di testare e la nullita' del testamento fatto prima della condanna; 5° la perdita o la sospensione dall'esercizio della patria potesta' o dell'autorita' maritale. Pena accessoria per le contravvenzioni e' la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte. Pena accessoria comune ai delitti e alle contravvenzioni e' la pubblicazione della sentenza penale di condanna. La legge penale determina gli altri casi in cui pene accessorie stabilite per i delitti sono comuni alle contravvenzioni.

Art. 19 (Pena acessória: espécie) As penas acessórias para crimes são: 1ª interdição de órgãos públicos; 2ª a interdição de uma profissão ou arte; 3ª a interdição legal; 4ª a perda da capacidade de testar e a nulidade do será feito antes da sentença; 5ª perda ou suspensão do exercício da patria potesta ou autoridade conjugal. A penalidade adicional por multas é a suspensão exercendo uma profissão ou uma arte. Uma penalidade acessória comum por crimes e multas é a publicação da sentença criminal. O direito penal determina outros casos em que sanções acessórias estabelecidos por crimes são comuns a multas.

<sup>162</sup> Art. 27. *La responsabilita' penale e' personale. L'imputato non e' considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanita' e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non e' ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra.*

Art. 27 A responsabilidade criminal é pessoal. O acusado não é considerado culpado até ser condenado final. As sanções não podem consistir em tratamentos contrários ao sentido de humanidade e deve visar a reeducação dos condenados. A pena de morte não é permitida, exceto nos casos previstos pelo leis militares de guerra.

A primeira delas cria as regras sobre o sistema penitenciário e sobre a execução de medidas libertadoras e restritivas. Dentre elas, medidas alternativas à detenção. A liberdade condicional, confiada ao serviço social fora da instituição, se a pena de prisão imposta ao infrator não exceder 3 (três) anos, medida imposta de acordo com sua personalidade, de modo a contribuir para a reabilitação do infrator e garantir a prevenção do perigo de cometer outros crimes (art. 47).

A detenção domiciliar, podendo ser cumprida na própria casa ou outro local público de assistência, em 2 (duas) hipóteses: a pena de prisão, por qualquer crime, com suas exceções legais, e a pena de prisão não superior a 4 (quatro) anos desde que relacionada a maternidade, paternidade e determinadas condições de saúde (art. 47-ter e art. 47-*quater*).

O regime de semi-liberdade consiste na concessão aos infratores sentenciados de uma pena de prisão não superior a 6 (seis) meses, ou condenada não é submetida a liberdade. Admite-se também o regime de semi-liberdade após cumprida a metade da sentença, ou pelo menos 2/3 dos crimes dos parágrafos 1, 1 ter e 1 quarto do art. 4 - bis (art. 50).

Licença para os infratores condenados no regime de semi-liberdade, atribuindo como prêmio de duração não superior a quarenta e cinco dias por ano (art. 52).

A segunda lei estabelece as mudanças no sistema penal, adotando penalidades substitutas de penalidades de curta duração (art. 53). Na substituição de penas de curta duração o juiz, na sentença condenatória, poderá substituir a pena de prisão: até 2 anos, pela semidetenção (art. 55); até 1 ano, pela liberdade controlada (art. 56); até 6 meses, pena pecuniária ou espécie correspondente (art. 57).

Todas as hipóteses previstas na Lei n. 354, de 26 de julho de 1975, e na Lei n. 689, de 24 de novembro de 1981, devem estar de acordo com os requisitos legais, dos quais constam a proibição, concessão, suspensão e revogação da medida.

Em consonância com a legislação em vigor, em 15 de janeiro de 2016, foram editados dois novos Decretos Legislativos. O Decreto Legislativo n. 07 revogou uma série de crimes considerados de menor alarme social, e instituiu infrações civis sujeitas a multas. E, o Decreto Legislativo n. 08 dispôs sobre

matéria de despenalização ao substituir as penas de determinados crimes do Código Penal, sujeitos a pena de prisão, por multas civis (penas pecuniárias).

Na Itália, o avanço efetivo em políticas criminais ocorre de forma lenta. Somente a partir de 2016, com medidas descriminalizadoras e despenalizadoras, com um viés de substituição de penas de prisão por penas pecuniárias de 5.000 até 50.000 Euros, ou seja, infrações sujeitas a sanções extremamente pecuniárias.

### 3.5.3 Direito Canônico

O Código de Direito Canônico de 1983<sup>163</sup>, o mais antigo dos citados, prevê as sanções na igreja<sup>164</sup>, os delitos e as penas, atribuindo à igreja o direito de punir com sanções penais os fiéis delinquentes<sup>165</sup>.

O processo judicial e administrativo é de competência do ordinário<sup>166</sup>, a quem cabe aplicar penas, entretanto, só poderão ser aplicadas, quando nem a correção fraterna nem a repreensão, ou outros meios são suficientes para reparar o escândalo, e restabelecer a justiça<sup>167</sup>. No mesmo sentido, se o cúmulo das penas parecer excessivo, caberá a prudência do juiz minorar as penas dentro de limites equitativos<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO, promulgado por S.S. O Papa João Paulo II, versão portuguesa 4. Ed. rev. Conferência episcopal portuguesa-Lisboa. Braga: Editorial apostolado da oração, 1983.

<sup>164</sup> Cân. 1312 — § 1. As sanções penais na Igreja são: 1.º penas medicinais ou censuras, enumeradas nos cân. 1331-1333; 2.º penas expiatórias, referidas no cân. 1336. § 2. A lei pode estabelecer outras penas expiatórias, que privem o fiel de algum bem espiritual ou temporal, e sejam consentâneas com o fim sobrenatural da Igreja. § 3. Aplicam-se ainda remédios penais e penitências, aqueles sobretudo para prevenir delitos, e estas de preferência para substituir ou aumentar a pena.

<sup>165</sup> Cân. 1311 — A Igreja tem direito originário e próprio de punir com sanções penais os fiéis delinquentes.

<sup>166</sup> Cân. 134 — § 1. Com o nome de Ordinário designam-se, em direito, além do Romano Pontífice, os Bispos diocesanos e os outros que, mesmo só interinamente, são colocados à frente de uma Igreja particular ou de uma comunidade equiparada segundo o cân. 368, e ainda os que nas mesmas têm poder executivo ordinário geral, a saber, os Vigários gerais e episcopais; do mesmo modo, para com os seus súbditos, os Superiores maiores dos institutos religiosos clericais de direito pontifício e das sociedades clericais de vida apostólica de direito pontifício, que tenham pelo menos poder executivo ordinário.

<sup>167</sup> Cân. 1341 — O Ordinário somente cuide de promover o processo judicial ou administrativo para aplicar ou declarar penas, quando tiver verificado que nem a correção fraterna nem a repreensão nem outros meios da solicitude pastoral são suficientes para reparar o escândalo, restabelecer a justiça, e emendar o réu.

<sup>168</sup> Cân. 1346 — Quando o réu tiver perpetrado vários delitos, se o cúmulo de penas *ferendae sententiae* parecer excessivo, deixa-se ao prudente critério do juiz minorar as penas dentro de limites equitativos.



Com isso, como o direito canônico tem como princípio as escrituras sagradas, o perdão e a misericórdia de Deus são levados em consideração tornando-se essenciais aos delitos cometidos.

O direito canônico reserva à igreja o direito de punir com sanções penais, mas, ao mesmo tempo, cria a possibilidade de penas alternativas, ou seja, penas mais brandas de modo a reparar o ilícito, somente utilizando de penas mais graves em uma última hipótese.

## 4. NOVAS TENDÊNCIAS NO DIREITO PENAL MODERNO:

### 4.1 O ALCANCE DAS PENAS

Toda pessoa ao cometer um crime é submetida às sanções impostas pelo Estado em razão do ilícito penal, observado o devido processo legal. Logo, o crime tem como consequência processual uma pena, atribuída ao responsável pelo ato ilícito, assim, ao identificar o autor o Estado tem a obrigação de dar uma resposta à sociedade, em razão da desobediência de suas leis<sup>169</sup>.

Clovis Bevilacqua, em seu livro *Unidade do direito processual*, de 1905, definiu a importância da lei material e processual e o alcance da pena:

Direito criminal é o ramo do direito publico determinador da faculdade que tem a sociedade politicamente organizada de reagir contra o elemento perturbador do delicto, estabelecendo o que é crime e a que penas está sujeito o criminoso. Processo criminal é o conjunto de regras tendentes a reconhecer quem é o auctor do crime para applicar-lhe a pena estabelecida na lei<sup>170</sup>.

As leis existem para todos, sem exceção, entretanto, o alcance das penas no direito penal<sup>171</sup> e processual penal<sup>172</sup> brasileiro, na sua grande maioria, e em razão dos crimes praticados, são aplicadas a pessoas determinadas, de uma classe social específica.

Norberto Bobbio<sup>173</sup> sempre teve essa preocupação de que, em uma sociedade, apesar de todos serem sujeitos de direito - iguais perante a lei -, nem todos são iguais quanto aos direitos fundamentais.

---

<sup>169</sup> Qualquer definição que se pretenda dar ao delicto faz referência à *desordem*; em tal conceito, resolve-se a violação de uma lei. A desordem é como um rompimento de equilíbrio, que põe, em movimento, forças para restabelecê-lo. À desordem deve seguir algo que valha para eliminá-la. Este algo é a pena, cuja razão, portanto, consiste na *restauração da ordem violada*. Assim se vê que a pena é, naturalmente, *um igual* por que é *um contrário* do delicto (CARNELUTTI, op. cit., p. 34-35).

<sup>170</sup> (BEVILAQUA, 1905, p. 12-13).

<sup>171</sup> Os princípios constitucionais de direito penal, como se disse, limitam a reação penal do Estado visando a garantir a exigência de segurança jurídica formal e material impostas pelo Estado Democrático de Direito (CORREIA JUNIOR; SHECAIRA, 1995, p. 4).

<sup>172</sup> Deste modo o processo penal constitui um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do conflito entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual (DIAS, 2004, p. 59).

<sup>173</sup> (BOBBIO, op. cit., p. 30).

A legislação penal brasileira, nas últimas décadas, encontra-se estagnada. As penas e os procedimentos já não são compatíveis com a realidade dos novos tempos.

Em 1913, em seu livro “*A nova escola penal*” Viveiros de Castro destacou à época “*A instrução e o julgamento de um processo criminal são assumptos que devem attrahir profundamente a atenção de um povo livre (sic)*”<sup>174</sup>.

Com isso, surge a necessidade de uma mudança eficaz e real para atender as fragilidades do sistema. As penas mais duras são aplicadas às pessoas economicamente menos favorecidas, em detrimento da proteção aos mais favorecidos.

Trata-se de conciliar as garantias necessárias à preservação da ordem na sociedade e as garantias que a liberdade civil exige ao mesmo tempo; a acusação deve ter os meios para justificar-se; essa luta solene, que começa entre o acusado e o poder público, não deve sofrer outra influência que a da justiça; Finalmente, ambos devem encontrar nas instituições judiciais proteção igualmente eficaz e garantias igualmente fortes. (tradução nossa)<sup>175</sup>.

Contudo, a análise requer um estudo da ineficácia legislativa, ligada ao direito processual penal<sup>176</sup>, ou seja, buscar identificar quais são os pontos de convergência em direção oposta a esses direitos.

No sistema processual penal, as garantias constitucionais são um dos pontos de divergência que merecem destaque.

Eugênio Pacelli Oliveira, faz um contraponto ao garantismo por afirmar que muito embora a garantia processual individual seja acolhida, não significa dizer que o contexto de garantismo é exclusivo do réu<sup>177</sup>.

Para Luigi Ferrajoli<sup>178</sup> essas garantias são fundamentais aos réus no processo criminal ao definir o garantismo como um direito de proteção das

<sup>174</sup> (CASTRO, op. cit. p. 232).

<sup>175</sup> *Il s'agit de concilier les garanties nécessaires à la conservation de l'ordre dans la société et les garanties que réclame en même temps la liberté civile ; il faut que l'accusation ait les moyens de se justifier ; il faut que cette lutte solennelle, qui s'engage entre l'accusé et la puissance publique, ne subisse aucune autre influence que celle de la justice ; il faut enfin que l'un et l'autre trouvent dans les institutions judiciaires une protection également efficace, des garanties également fortes* (HÉLIE, 1866, p. 4).

<sup>176</sup> O fim das sociedades políticas ou civis é o bem ser de todos e de cada um de seus membros, é o respeito e a efectiva segurança dos direitos do corpo social e de cada uma de suas individualidades. N'esse intuito são instituídas as leis que não são sinão normas endereçadas ou meios reflectidos e apropriados para cosenguir esse grande e desejado fim (BUENO, 1922).

<sup>177</sup> (OLIVEIRA, op. cit., p. 33).

garantias, por meio de técnicas para assegurar sua efetiva tutela, como o “garantismo liberal” para a defesa dos direitos de liberdade da pessoa frente a decisões arbitrárias.

Nessas palavras, o garantismo visa à possibilidade real do réu, em todo e qualquer processo, ter suas garantias individuais e processuais plenamente efetivadas. A previsão normativa deve ser preservada a todos, em especial àqueles que carecem de uma defesa e que visem suas garantias constitucionais preservadas em toda e qualquer instância.

Dentre as garantias constitucionais, o acesso à justiça<sup>179</sup> merece uma atenção especial, pois, a partir do momento que a constituição federal de um país estabelece, em seu texto, um capítulo exclusivo sobre “direitos e garantias fundamentais”

De acordo com o que dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este dispositivo inovador, que tem suscitado acirrada controvérsia no seio de nossa doutrina e de nossa jurisprudência, deverá assumir o lugar de honra no âmbito de nossa investigação, constituindo, como teremos oportunidade de verificar, precioso instrumento colocado à disposição dos direitos fundamentais pelo Constituinte<sup>180</sup>.

A ausência de acesso à justiça inviabiliza ao cidadão comum a possibilidade do exercício de seus direitos<sup>181</sup>, pois, impede o exercício pleno do réu a uma defesa processual ampla, eficaz e sem limites de instâncias. Nesse sentido, falamos em relação a uma defesa técnica e de qualidade, voltada a avançar em direção à busca constante de sua liberdade.

Nessa perspectiva, Rogério Lauria Tucci<sup>182</sup> defende a idéia que a garantia de acesso à justiça é conferida aos membros da comunidade de duas formas. A primeira relacionada ao custo do processo (acessibilidade econômica) e a

---

<sup>178</sup> (FERRAJOLI, op. cit., p. 10).

<sup>179</sup> O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI, 1988. p. 12).

<sup>180</sup> (SARLET, 2006. p. 243).

<sup>181</sup> Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições- não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI, 1988. p. 9).

<sup>182</sup> (TUCCI, 1993).

segunda ao interesse por um advogado profissional e habilitado (acessibilidade técnica), de modo a garantir a igualdade das partes, ou seja, a “igualdade de armas”<sup>183</sup> no processo penal.

Sob essa ótica, como permitir ao cidadão a preservação de direitos e garantias, quando o próprio Estado lhe impede de usufruí-los?

O acesso à justiça é um princípio constitucional primordial a todos, sem exceção, principalmente, em relação aos réus no processo penal brasileiro, em especial, aqueles em situação de vulnerabilidade.

A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, numa confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais<sup>184</sup>.

Portanto, um dos grandes gargalos da crise do sistema penal e processual brasileiro ainda é a ausência efetiva do acesso à justiça aos réus hipossuficientes. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho reiteram ao dizer que, no direito penal e processual penal, somente na ausência da lei ao mais forte, efetivamente os direitos dos mais fracos seriam compreendidos<sup>185</sup>.

Como resultado, a impossibilidade de acesso a uma defesa técnica dedicada exclusivamente aos interesses de seu cliente, bem como, aos recursos inerentes ao caso concreto limitam o acesso à justiça das pessoas menos favorecidas.

No decorrer dos anos, o Estado procurou viabilizar o acesso à justiça, mas, ainda, de forma precária. Mauro Cappelletti<sup>186</sup> reforça essa idéia de, apesar de o acesso à justiça ter sido aceito nas modernas sociedades, como um direito social básico, a garantia da efetividade da “igualdade de armas” é utópica. Não há

---

<sup>183</sup> Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhos ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas (CAPPELLETTI, op. cit. p. 15).

<sup>184</sup> (SANTOS, 1997. p. 165).

<sup>185</sup> (CARVALHO, 2002. p. 20).

<sup>186</sup> (CAPPELLETTI, op. cit.)

igualdade entre as partes. Por fim, conclui: “As *diferenças entre as partes não podem ser completamente erradicadas*”.

Pelo mesmo viés, atualmente, a realidade demonstra que o acesso à justiça é um benefício exclusivo de réus com capacidade financeira de arcar com as custas de um processo criminal, onde advogados especializados e dedicados exclusivamente ao caso concreto, por meio de todos os recursos possíveis, e em todas as instâncias, permitem a possibilidade desse réu ter maior chance de obter decisões judiciais favoráveis.

Em sentido oposto estão os réus que não tem condições de arcar com as custas de um processo criminal<sup>187</sup> (acessibilidade econômica), pois, na sua maioria, são atendidos pela defensoria pública que, por vezes, encontra obstáculos em realizar uma defesa eficaz em razão da ausência de defensores, e das diversas atribuições pertinentes ao exercício de suas funções.

A justiça distributiva é aquela na qual se inspira a autoridade pública na distribuição de honras ou de obrigações; sua pretensão é que a cada um seja dado o que lhe cabe com base em critérios que podem mudar segundo a diversidade das situações objetivas, ou segundo os pontos de vista: os critérios mais comuns são "a cada um segundo o mérito", "a cada um segundo a necessidade", "a cada um segundo o trabalho". Em outras palavras, a justiça comutativa foi definida como a que tem lugar entre as partes, a distributiva como a que tem lugar entre o todo e as partes<sup>188</sup>.

Esses mesmos obstáculos surgem também com o advogado particular, ao exigir do réu uma garantia financeira no início da defesa. Entretanto, por muitas vezes, essa garantia é tão pouca, sendo insuficiente para recorrer (acessibilidade técnica).

Conseqüentemente, o acesso à justiça, apesar de uma garantia constitucional, está limitado a um setor exclusivo da sociedade, já que, as possibilidades dadas aos mais favorecidos economicamente, não são alcançadas pelos menos favorecidos. Logo, inviabilizam qualquer forma de justiça que alcance a todas as classes sociais.

---

<sup>187</sup> O acesso à justiça é primordial à efetividade dos direitos humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional. O cidadão tem necessidade de mecanismos próprios e adequados para que possa efetivar seus direitos (BARACHO, 1995. p. 25).

<sup>188</sup> (BOBBIO, 1987. p. 19-20).

A ausência efetiva de uma resposta imediata do Estado na defesa dos cidadãos submetidos à justiça criminal brasileira demonstra-se ineficiente<sup>189</sup>. Não há nenhuma possibilidade real em garantir aos réus pobres ter acesso ao judiciário, com a mesma paridade de armas de um réu rico, haja vista, a corda arrebenta para o lado mais fraco.

Igualmente, leciona Noé Azevedo<sup>190</sup> ao dizer que, no processo criminal, o liberalismo da legislação e tradições jurídicas, os réus pobres não tem oportunidades de serem defendidos de forma eficiente. José Joaquim Gomes Canotilho reitera o posicionamento como uma garantia da proteção jurídica:

Verdadeiramente fundamental no princípio da abertura da via judicial é a sua conexão com a defesa dos direitos. Reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais<sup>191</sup>.

Assim, de modo a tentar entender essa grande preocupação, destaco um exemplo simples: Nos últimos anos tem sido matéria de grandes discussões jurídicas a questão relacionada à legalidade ou não da prisão em 2ª instância. Juristas tem se debruçado na defesa de que o réu não poderá ser considerado culpado sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em suma, não poderia ser preso na hipótese de existirem recursos a serem apreciados pelas instâncias superiores (decisão atual do STF)<sup>192</sup>.

A *priori*, a dúvida paira na seguinte análise: “Quem é esse réu?” Com certeza não é o réu preso em uma mata ciliar nas proximidades da cidade de Dourados-MS a 50Km da fronteira do Paraguai, com 100kg de maconha amarrados em uma bicicleta (esse réu desconhece o que é 2ª instância). Talvez

---

<sup>189</sup> Nesse sentido, a “justiça” significa legalidade; é “justo” que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É “injusto” que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar. E isso parece “injusto” sem levar em conta o valor da regra geral em si, sendo a aplicação desta o ponto em destaque. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação (KELSEN, 1988, p. 9).

<sup>190</sup> (AZEVEDO, 1936, p. 171).

<sup>191</sup> (CANOTILHO, 2003, p. 276).

<sup>192</sup> **Decisão:** O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>

seja, um piloto de avião que, ao pousar com sua aeronave na Cidade de Corumbá-MS, foi preso por ter como carga 200 kg de cocaína.

A crise do sistema penal e processual penal brasileiro tem uma ligação direta com o acesso à justiça<sup>193</sup>. Pois, como poderia o réu tentar ao mínimo obter uma garantia constitucional, quando não é possível submeter ao judiciário a apreciação adequada de sua defesa, quer por sua ausência ou por sua ineficiência.

Creio que a crise que os juristas hoje enfrentam não se retira, apenas, ao aspecto *substancial do crime*, na elaboração e interpretação da norma penal, mas é, na verdade, de natureza diversa, apesar de igualmente profunda e angustiante. Trata-se, a meu ver, de uma tomada de consciência dos valores e da necessidade do Direito Penal revestir-se, também, de eficiência e funcionalidade<sup>194</sup>.

O Estado não está ao alcance de todos os réus, principalmente dos necessitados. Por outro lado, os demais são protegidos pelo próprio sistema. Assim, a simples ausência da consciência de valores a um direito individual acaba por cercear o direito a uma defesa justa àquele que efetivamente necessita. O cárcere tem nos demonstrado a conseqüência de todas essas omissões.

A capacidade postulatória e recursal no processo penal brasileiro ainda é exclusividade de réus que encontram em uma situação financeira privilegiada<sup>195</sup>. Sem acesso à justiça ou em situação desprivilegiada, o réu pobre ainda ocupa a maioria dos espaços do sistema penitenciário brasileiro e, por vezes, se vê condenado pela ausência da chamada “ampla defesa”.

---

<sup>193</sup> Vale isto dizer que no processo criminal de um paiz que vive a trombetear pelo mundo afora o liberalismo da sua legislação e das suas tradições jurídicas, os réus, em sua grande maioria, formada de gente pobre, não têm oportunidade para uma defesa eficiente, não se abrindo uma phase em que possam produzir provas nos próprios autos da causa (AZEVEDO, op. cit. p. 171).

<sup>194</sup> (JÚNIOR, op. cit. p. 25).

<sup>195</sup> Pobres e ricos, brancos e pretos, altos e baixos, quando entram em contato com o Judiciário devem esperar, no mínimo, imparcialidade, independência e apoliticidade. Sem isso, o risco de completa deslegitimação da função judicial é mais do que evidente (CAMPILONGO, op. cit. p. 112).



## 4.2 A PRISÃO COMO “*ULTIMA RATIO*”

O avanço de políticas criminais voltadas a redução da criminalidade, a diminuição da população carcerária, da reincidência e da adoção de medidas ressocializadoras são essenciais ao direito penal moderno<sup>196</sup>.

Entretanto, merece destacar que a prisão não é a solução para a redução da criminalidade, uma vez que a criminalidade é composta por diversos níveis de ilícitos penais, os quais devem ser analisados de modo individualizado. Eugênio Raúl Zaffaroni destaca que a criminalidade acaba por atingir a todos.

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado<sup>197</sup>.

A submissão do infrator ao cárcere deve ser analisada de forma objetiva, ou seja, o simples fato de cometer um ilícito penal não significa subterfúgio para o aprisionamento.

Nilo Batista, em seu livro “*Introdução crítica ao direito penal brasileiro*”, conceitua que a ciência do direito penal tem por finalidade permitir aplicar a pena de forma equitativa e justa, ou seja, casos semelhantes soluções semelhantes<sup>198</sup>.

A forma objetiva requer uma ligação complexa entre infrator e infração, pois, o simples fato de ser infrator não necessariamente deve resultar na pena de prisão<sup>199</sup>.

Cezar Roberto Bitencourt reitera seu posicionamento em relação à história da pena de prisão onde o seu objetivo não é sua abolição e sim sua permanente reforma<sup>200</sup>.

A aplicação de uma pena de prisão acarreta em conseqüências diretas e relevantes para a sociedade, ofendido, ofensor e o Estado. Por isso, é

---

<sup>196</sup> A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas (ROXIN, op. cit. p. 33).

<sup>197</sup> (ZAFFARONI, op. cit. p. 26).

<sup>198</sup> (BATISTA, op. cit. p. 117).

<sup>199</sup> A pena de prisão nos livros de direito e *ultima ratio*, só deve ser aplicada em último caso, mas na prática os tribunais têm privilegiado essa forma de punir, principalmente quando se fala na punição antecipada que é a prisão preventiva (VALOIS, op. cit. p. 79).

<sup>200</sup> (BITENCOURT, op. cit. p. 1).

extremamente importante identificar quais os crimes que efetivamente são passíveis da pena de prisão.

Winfried Hassemer deixa claro seu posicionamento contrário ao abolicionismo em especial ao destacar que a penalidade contém valores e regras de convivência social, das quais a sociedade não quer se separar<sup>201</sup>.

Nesse sentido, alguns crimes merecem uma atenção maior, como os crimes de violência ou grave ameaça a pessoa, os homicídios dolosos contra a vida e o estupro, bem como o crime organizado e a corrupção. São reprováveis pela sociedade e pelo Estado em razão da forma que são cometidos e a consequência que geram a toda uma sociedade, em destaque a corrupção, pelo desvio de dinheiro público.

Crimes estes cuja pena de prisão se faz necessária de modo a restringir o convívio social do infrator pela gravidade do delito<sup>202</sup>, e a consequência devastadora de seus atos para toda a sociedade. Portanto, no momento, é relevante, destacar a importância da pena de prisão para esses infratores específicos.

Dois interesses igualmente poderosos, igualmente sagrados, desejam ser ao mesmo tempo protegidos: o interesse geral da sociedade, que deseja a repressão justa e rápida dos crimes; O interesse do acusado, que também é um interesse social e que exige uma garantia completa dos direitos da cidade e dos direitos da defesa. Este é um dos problemas mais difíceis que a legislação tem que resolver. (tradução nossa)<sup>203</sup>.

O estudo realizado não exclui a possibilidade da pena de prisão, e sim a mantém como uma última alternativa do Estado, pontualmente nos crimes descritos anteriormente, os quais, por suas características próprias, acabam por serem punidos com uma pena mais complexa.

---

<sup>201</sup> (HASSEMER, 2003, p. 34).

<sup>202</sup> Homicídio e lesões corporais, furto e estelionato têm de ser punidos, porque, se tais fatos não fossem considerados criminosos, seria impossível a convivência humana. Uma sociedade moderna também necessita, p. ex., de uma justiça que funcione e de uma moeda intacta (ROXIN, op. cit. p. 34).

<sup>203</sup> *Deux intérêts également puissants, également sacrés, veulent être à la fois protégés : l'intérêt général de la société, qui veut la juste et prompte répression des délits ; l'intérêt des accusés, qui est bien aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la cité et des droits de la défense. De là l'un des problèmes les plus difficiles que la législation ait à résoudre* (HÉLIE, op. cit. p. 4).

A realidade a ser abordada nas penas de prisão é justamente identificar quais crimes são compatíveis com a pena<sup>204</sup>. A sua aplicabilidade, como citado, depende exclusivamente de requisitos objetivos, que evidenciam a necessidade da pena de prisão, não simplesmente submeter ao cárcere todo e qualquer crime.

Afastar a pena de prisão do regramento penal é amplamente debatido no mundo jurídico, mas também, é importante destacar que a realidade do sistema penal de cada país é diversa dos demais, principalmente quando existem, por parte dos governos, investimentos consideráveis na formação do cidadão, como na educação e no trabalho.

Apesar dos esforços de grande parte dos países na busca por soluções que amenizem e contribuam com a diminuição da criminalidade, por vezes não são eficazes. As pessoas não aceitam as regras impostas pelo Estado. Para Raffaele Garofalo, o crime, para determinadas pessoas, não é um fato isolado, mas resultado de uma anomalia moral<sup>205</sup>.

Em consequência, as regras continuam a ser violadas e o direito penal<sup>206</sup> permanece em risco para sua aplicação. Tobias Barreto, em 1926, afirmou que a forma de equilíbrio do Estado está na pena:

Todo systema de forças vae atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é tambem um systema de forças, e o estado de equilíbrio que ella procura, é justamente um estado de direito, para cuja consecução ella vive em continua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas, segundo os rigorosos principios humanitarios, porém que devem ser sempre efficazes, Entre estas armas está a pena<sup>207</sup>.

Indiscutivelmente, a pena de prisão não deixará de existir, pois, as regras continuarão a ser violadas e o Estado tem o dever de reprimir os infratores que

---

<sup>204</sup> O Estado tem de recorrer à pena para reforçar as proibições, indicar o que é permitido e mostrar aos cidadãos que a observância aos mandamentos legais é absolutamente necessária para evitar, na medida possível, ações ou omissões que ataquem as bases da convivência social. É a dosagem de vigor da pena que desperta na consciência de cada um o efeito inibidor da norma penal imperativa (OLIVEIRA, op. cit. p. 15).

<sup>205</sup> (GAROFALO, 1925.).

<sup>206</sup> Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua (BATISTA, op. cit. p. 23).

<sup>207</sup> (BARRETO, 1926. p. 178-179).

cometem crimes completamente inaceitáveis pela sociedade e pelo Estado, como é o caso dos crimes violentos<sup>208</sup>.

A violência usada no cometimento dos crimes é amplamente reprovada. Em suma, a pena de prisão, no momento, ainda é extremamente necessária para os infratores violentos. O cerne de toda questão da pena de prisão é justamente procurar separar a quais crimes o cárcere se justifica<sup>209</sup>.

Ao identificar esses crimes, bem como a personalidade do infrator, é possível traçar as regras a serem aplicadas para a pena de prisão. Desse modo, a pena de prisão será única e exclusivamente para crimes e infratores determinados, alinhado a um sistema prisional adequado a realidade carcerária.

Ao estabelecer critérios para as penas de prisão, automaticamente, inicia-se o processo de exclusão dos crimes de menor gravidade, os não violentos, e aqueles relacionados ao crime organizado e a corrupção.

A separação desses crimes permite ao Estado a possibilidade de adotar medidas alternativas à pena de prisão, em ato contínuo proporcionar ao infrator uma pena adequada ao crime cometido. Posicionamento ratificado por Germano Marques da Silva, como “*princípio da necessidade*”:

O *princípio da necessidade*, que se concretiza no princípio da intervenção mínima, significa que as sanções devem revelar-se necessárias, porque os fins prosseguidos pela lei não podem ser obtidos por outros meios menos onerosos<sup>210</sup>.

Os crimes não violentos e de menor gravidade analisados conjuntamente com os antecedentes criminais e a personalidade do infrator<sup>211</sup>, notadamente, possuem características que proporcionam a aplicação de medidas alternativas diversas da pena de prisão.

---

<sup>208</sup> Não devemos desejar prisões parecidas com os antigos porões medievais ou calabouços sombrios. O objetivo da pena é fazer o infrator refletir acerca de seus atos, e não fazer com que o mesmo fique, de fato, selvagem completo (CARNELUTTI, op. cit. p. 11).

<sup>209</sup> A pena deve ser merecida, referida ao comportamento passado e proporcional à gravidade do crime. A pena não é somente um meio para prevenir a delinquência, mas também uma resposta merecida à ação do delinquente, reequilibrado a balança e exprimindo uma reprovação pelo acto cometido (DA SILVA, op. cit. p. 42).

<sup>210</sup> (Ibid., p. 26)

<sup>211</sup> Não é desejável a abolição das diferentes penas privativas da liberdade, de qualquer duração, atualmente em uso, para substituí-las por uma pena única, e sim, para substituí-las por penas diferentes, quer quanto à qualidade (caracterizada pelo regimen adequado à sua peculiar finalidade), quer quanto à duração (ALMEIDA, op. cit. p. 97).

Inobstante, essas penas alternativas devem estar previstas no ordenamento pátrio, ao alcance do julgador no momento de aplicação da pena. Como leciona Celso Fernando Campilongo, “*A independência do judiciário tem por preço sua dependência à lei*”<sup>212</sup>.

#### 4.3 ALTERNATIVAS PENAIS: SUBSTITUTA PRISIONAL

Conforme abordado no tópico anterior, a pena de prisão ainda faz parte do sistema penal, mas sua aplicação deve estar limitada a crimes violentos, ao crime organizado e a corrupção, ou seja, infratores determinados.

A pena de prisão, nas palavras de Francesco Carnelutti, serve para dar ao infrator novamente sua liberdade, pois, se bem aplicada, recupera sua vida moral e social<sup>213</sup>.

Por conseguinte, a pena de prisão é a exceção a regra das demais penas devendo ser tratada pelo Estado como “*ultima ratio*”. Contrariamente, os crimes não violentos, privilegiados pela personalidade do infrator, não podem ser submetidos à pena de prisão, e sim, a alternativas penais substitutas da prisão<sup>214</sup>.

O princípio fundamental do modelo de uma política criminal alternativa não é a criminalização alternativa, mas a descriminalização, a redução mais rigorosa possível do sistema penal. Isso não significa, é útil repeti-lo, um desinteresse por problemas sociais “objetivos”, mas uma forte relativização do momento “penal” ou “correcional”, uma construção alternativa com vistas a intervenções institucionais e comunitárias mais adequadas às necessidades e interesses. importante em uma sociedade em transição. (tradução nossa)<sup>215</sup>.

Em suma, ao acompanhar o pensamento majoritário em defender a pena de prisão como forma de exceção a crimes determinados, e não como regra a

<sup>212</sup> (CAMPILONGO, op. cit. p. 35).

<sup>213</sup> (CARNELUTTI, op. cit. p. 12-13).

<sup>214</sup> O reconhecimento de que as sanções penais tradicionais privativas de liberdade têm falhado a finalidade de reintegração social do delinquente, muitas vezes com efeitos perversos, tem fomentado a procura de sanções alternativas (DA SILVA, op. cit. p. 298).

<sup>215</sup> *El principio cardinal del modelo de una política criminal alternativa no es la criminalización alternativa, sino la descriminalización, la más rigurosa reducción posible del sistema penal. Esto no significa, resulta útil repetirlo, un desinterés por los problemas sociales “objetivos”, sino una fuerte relativización del momento “penal” o “correcional”, una construcción alternativa con vista a intervenciones institucionales y comunitarias más adecuadas a las necesidades y a los intereses importantes en una sociedad en transición* (BARATTA, op. cit. p. 237).

todo e qualquer crime Louk Hulsman e Jacqueline Bernaí de Celis lecionam: *“Questionar o direito de punir dado ao Estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal”*<sup>216</sup>.

As alternativas penais tornam-se essenciais na defesa desse posicionamento, entretanto, em ato contínuo, o Poder Legislativo, como representante da sociedade, tem o dever e, ao mesmo tempo, a responsabilidade, em apresentar, ou aceitar, novas propostas de alternativas penais.

Para isso, a contribuição dos operadores do direito é essencial na elaboração de projetos de lei que aprimorem as questões relacionadas à substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito.

O código penal brasileiro, no art. 43, estabelece as penas restritivas de direito aplicadas atualmente, em substituição às penas de prisão, o que permite ao julgador decidir (art. 59 do CP) quais penas são mais adequadas ao caso concreto<sup>217</sup>. Por analogia, as palavras de Liberato Barroso, em 1866, refletem a realidade atual e a importância do juiz no momento de analisar a pena.

Para resolver o difícil problema em direito criminal de proporcionar as penas á natureza e gravidade dos delictos, não seguio o Código Criminal Brasileiro o systema da legislação franceza, que confere ao juiz o direito de attenuar a pena, quando reconhece, que o factio criminoso foi acompanhado de circumstancias, que modificão a sua moralidade, revelando da parte do agente menos perversidade<sup>218</sup>.

Assim, fica evidente a importância do magistrado na substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito. O juiz<sup>219</sup> é o grande coadjuvante no processo de aplicação da pena restritiva de direito, pois as medidas restritivas adotadas em sua decisão influenciam sobremaneira nas conseqüências do retorno do infrator ao convívio social.

---

<sup>216</sup> (HULSMAN; CELIS, op. cit. p. 86-87).

<sup>217</sup> Toda a lei que não é uma solução precisa d'uma questão especial é especulativa ou aleatória, porque se encontra, pela generalidade da sua fórmula, aplicável a uma multidão de hipóteses em que o legislador não pensára (CRUET, op. cit. p. 136).

<sup>218</sup> (BARROSO, 1866. p. 8).

<sup>219</sup> A independência da autoridade judiciária do magistrado consiste na faculdade que ele tem, e que necessariamente deve ter de administrar a justiça, de aplicar a lei como ele exata e conscienciosamente entende, sem outras vistas que não sejam a própria imparcial justiça, a inspiração do seu dever sagrado. Sem o desejo de agradar ou desagradar, sem esperanças, sem temor algum (BUENO, 1978).

Portanto, é extremamente importante destacar que, para maior eficácia na reabilitação do infrator, novas alternativas penais são primordiais, contribuindo sobremaneira no processo de reeducação e ressocialização<sup>220</sup>.

Apesar de a legislação penal brasileira contemplar penas restritivas de direito, ainda ocorre uma limitação de alternativas penais, o que impede o avanço de propostas mais eficazes na educação e socialização do infrator. Porque o Código Penal Brasileiro permanece estagnado com penas restritivas de direito inseridas no texto penal em 1998.

O avanço da criminalidade no tempo caminha em paralelo com a evolução da sociedade, haja vista, o surgimento de novos crimes e diversos *modus operendi*. Por conseguinte, o Estado tem o dever de reprimir-los por meio de novas legislações e automaticamente novas sanções (penas).

Ao passo que, toda e qualquer mudança legislativa tem de estar adequada ao seu tempo, não pelo simples fato de prever novas sanções, mas, acima de tudo, despenalizar ou descriminalizar alguns crimes<sup>221</sup>.

Nessa perspectiva, o Poder Legislativo, em conjunto com os operadores do direito, tem o dever de apresentar novas propostas de modo a diminuir o regramento punitivo do Estado.

Sem irem tão longe, alguns sociólogos pensam, todavia, que a criminalidade deriva em grande parte de *factores sociaes* e que está nas mãos do legislador o transformar o ambiente colectivo por forma a diminuir o numero de crimes<sup>222</sup>.

Logo, a alternativa penal em substituição a prisão torna-se a melhor proposta, com 3 (três) eixos fundamentais relacionados às penas restritivas de direito do art. 44 e incisos do Código Penal Brasileiro: 1) A despenalização permitirá a diminuição da pena máxima cominada ao crime; 2) O aumento da pena não superior a 4 (quatro) anos do art. 44, inciso I do Código Penal; e, 3) A inclusão de novas penas alternativas no rol do art. 43 do Código Penal.

---

<sup>220</sup> A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamento que se fazem a prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, op. cit. p. 1).

<sup>221</sup> A feitura da lei é um processo de equiparação entre a idéia de direito e as possíveis futuras situações de vida; a determinação do direito é um processo de equiparação entre a norma legal e a situação de fato real (KAUFMANN, 2004. p. 187).

<sup>222</sup> (GAROFALO, op. cit).

Inobstante, todas as formas apresentadas afastam a pena de prisão, e possibilitam ao magistrado, quando presentes os requisitos legais, a aplicação da pena restritiva de direito em substituição à pena de prisão.

Destaco que os eixos fundamentais relacionados são hipóteses importantes a serem pesquisadas e concretizados pelo Poder Legislativo<sup>223</sup>, em especial o primeiro e segundo eixo por estabelecerem medidas concretas no avanço em políticas criminais voltadas às penas alternativas.

Entretanto, a sua efetividade carece da alteração do Código Penal Brasileiro. O terceiro eixo está sendo desenvolvido na presente tese, e será tratado de maneira específica em capítulo próprio.

#### 4.4 JUSTIÇA NEGOCIAL: UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA E EFICAZ

A Constituição Federal de 1988 sinalizou a intenção do constituinte originário no sentido da criação de uma “justiça criminal consensual”<sup>224</sup>, com a competência de julgar os crimes de menor potencial ofensivo.

Tendo como finalidade a celeridade<sup>225</sup> do processo e a possibilidade de conciliação das partes. Na esfera cível, por meio da reparação dos danos, e, na esfera penal, pela transação penal.

Com o advento da Lei 9.099/95<sup>226</sup> foi possível concretizar a proposta do constituinte, com a criação dos juzizados especiais criminais em todo o país.

---

<sup>223</sup> A consequência é que a efetivação dos direitos fundamentais fica subordinada à aprovação de leis definindo direitos e obrigações, o que só ocorrerá quando a maioria governante considerar que é conveniente e oportuno, ficando tal decisão subordinada a critérios de conveniência política (DALLARI, 2010. p. 27).

<sup>224</sup> A norma constitucional que determina a criação de juzizados especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal. E se insere no rico filão que advoga a manutenção como regra geral, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, abrindo, porém, espaço à denominada discricionariedade regulada, contida pela lei e submetida a controle jurisdicional (BRASIL, 1989).

<sup>225</sup> A celeridade acompanha a oralidade, pela desburocratização e simplificação da justiça. Ademais, um procedimento sumaríssimo, que não sacrifique as garantias processuais das partes e da jurisdição, é o que melhor se coaduna com causas de menor complexidade. (BRASIL, 1989).

<sup>226</sup> A Lei nº 9.099/1995 trouxe **quatro institutos despenalizadores**, entendidos como medidas alternativas que visam evitar a aplicação da pena privativa de liberdade: (1) transação penal (art. 76); (2) suspensão condicional do processo (art. 89); (3) reparação do dano, implicando renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único); (4) necessidade de representação nos crimes de lesões corporais culposos e dolosos leves (art. 88) (BADARÓ, 2015, p. 626).



A partir dela, e como alternativa ao modelo condenatório de processo, cuja característica é a imposição das penas, existe outra solução para determinadas infrações penais. Podemos, então, falar em um modelo consensual de Justiça e de processo penal, por meio do qual a escolha da sanção estatal poderá contar com a participação do acusado, desde que com a intervenção, indispensável, de um advogado, constituído ou designado pelo Estado<sup>227</sup>.

Desse modo os crimes de menor potencial ofensivo passaram a ser julgados nos juizados especiais criminais, e a justiça negocial passou a grande coadjuvante na busca da solução pacífica na área criminal.

A referência a Constituição Federal e a Lei 9.099/90 é extremamente importante na análise de novas tendências no direito penal moderno<sup>228</sup>. Precipualemente, nas questões relacionadas à justiça negocial, ou seja, desde 1988 o Brasil sinaliza um direcionamento sobre a importância do tema. Contudo não houve um avanço significativo por parte da legislação penal.

A Lei 9.009/95, sem sombra de dúvidas é uma solução alternativa e eficaz nos temas relacionados à justiça negocial. Então, deve ser o alicerce para a construção de novas políticas criminais voltadas a conciliação no direito penal brasileiro.

Sem dúvida, a Lei n. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência<sup>229</sup>.

Os crimes de menor potencial ofensivo previsto na lei e que perduram até hoje merecem um maior estudo e uma proposta legislativa de mudança, pois mais crimes poderiam ser recepcionados pelo Juizado Especial Criminal<sup>230</sup>.

A justiça negocial é uma política criminal de fundamental importância no estudo de qualquer tema que envolva as penas alternativas, tratar de penas

---

<sup>227</sup> (OLIVEIRA, op. cit., p. 751).

<sup>228</sup> O Direito Penal moderno tem se proposto seguir esta orientação. “Os novos penalistas entendem que o tratamento penal precisa ser individualizado, isto é, que é indispensável adaptar-se o mesmo a cada delinqüente” (GOULART, op. cit., p. 11).

<sup>229</sup> (LOPES JUNIOR, 2018. p. 753).

<sup>230</sup> O Juizado Especial Criminal (procedimento comum sumaríssimo) é criado e desenhado dentro da idéia de microcriminalidade. Durante muito tempo imaginou-se que todas as infrações penais deveriam receber o mesmo tratamento do sistema. No entanto, percebeu-se que infrações menos graves deveriam ter tratamento menos severo. Isso levou o constituinte a fixar o art. 98, I, da previsão do Juizado Especial Criminal (DEZEM, 2015, p. 736).

alternativas sem fazer uma abordagem crítica à justiça negocial, e eximir-se da responsabilidade de que a solução pacífica de resolver os conflitos em toda e qualquer área do direito é fundamental.

Os anteprojetos do Código Penal e do Código de Processo Penal mencionados no capítulo 1, contemplam em seus textos a justiça negocial.

O primeiro permite à defesa e à acusação celebrar acordo para a aplicação imediata da pena “barganha e colaboração com a justiça”.

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de uma lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§1º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no §1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal<sup>231</sup>.

O Segundo também prevê que Ministério Público, Defesa e Infrator celebrem acordo pela aplicação imediata da pena, nas hipóteses previstas.

Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, desde que:

I – haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – a pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal;

§1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código;

<sup>231</sup> (BRASIL. 2012).

§2º A pena poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) da pena mínima prevista na cominação legal, se as circunstâncias pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§3º O acusado estará isento das despesas e custas processuais<sup>232</sup>.

A proposta de uma justiça negocial no Brasil já faz parte dos países dos sistemas jurídicos “*Civil Law*” e “*Common Law*”.

A exemplo no *Civil Law* na Itália, o Código Penal prevê expressamente a possibilidade da “*Applicazione della pena su richiesta delle parti*” (*patteggiamento*). Na sua tradução, “Aplicação da pena a pedido das partes” (barganha/negociação)<sup>233</sup>. Do mesmo modo no *Common Law* dos Estados Unidos da América, com o “*Plea Bargaining ou Plea Negotiation*” (Negociação/acordo da partes/barganha)<sup>234</sup>.

Em ambos os institutos é permitida a negociação entre Ministério Público, Advogado e as partes na aplicação da pena. Os métodos alternativos de solução ou resolução de conflitos em matéria penal são uma realidade indispensável no direito penal moderno, e o primeiro grande passo no sistema penal brasileiro foi a criação dos Juizados Especiais Criminais.

Uma justiça criminal consensual com a finalidade de evitar o processo criminal, por meio da aplicação de alternativas consensuais, ou seja, a negociação entre as partes.

Cabe, em fim, dentro desta tarefa de uma política criminal alternativa em matéria de direito penal desigual, uma profunda reforma do processo, da organização judiciária e da polícia, a fim de democratizar estes setores do aparelho punitivo do Estado, e para também neutralize, dessa forma, os fatores de criminalização

---

<sup>232</sup> (BRASIL. 2010).

<sup>233</sup> O CPP italiano de 1988 prevê, expressamente, as modalidades de consenso sobre a pena (*patteggiamento sul rito*), [...] A lei nº 689/1981 já havia introduzido o instituto do *patteggiamento* no sistema italiano, sob a justificativa de aceleração dos procedimentos, de fornecer um tratamento diferenciado à pequena criminalidade e de evitar a estigmatização do recolhimento ao cárcere, [...]. O consenso acerca da pena é permitido nos crimes apenados com multa ou pena privativa de liberdade que, diminuída de 1/3, não ultrapasse cinco anos de privação de liberdade (GIACOMOLLI, 2015, p. 291).

<sup>234</sup> A *Plea Bargaining* é a negociação entre o infrator (podendo ser representado por seu advogado), o representante do Ministério Público e o juiz, às vezes até com a participação da própria vítima, para encontrar uma conclusão-solução em torno do objeto da acusação. A *Guilty Plea* é a confissão do culpado, que se constitui no ponto axial do processo jurídico-penal. Nos países do *Common Law* e nos Estados Unidos muitas das confissões são precedidas, via de regra, pela *Plea Bargaining*, o que pode gerar, se houver interesse do juiz e do representante do Ministério Público, o encerramento do caso com a negociação (OLIVEIRA, op. cit., p. 25).

seletiva que operam nesses níveis institucionais. (tradução nossa)<sup>235</sup>.

Nessa esteira, no final do ano de 2019, oriunda do Projeto de Lei 10.372/2018, conhecido como “**pacote anticrime**”, passou a vigorar no Brasil a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019<sup>236</sup>, que introduziu modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

Assim, surge na legislação brasileira, especificamente no Código de Processo Penal Brasileiro, uma nova proposta de política criminal negocial, voltada ao “**acordo de não persecução penal**”, ou seja, desde que o investigado tenha confessado o crime, a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal nos termos do Art. 23-A do Código de Processo Penal.

Hoje, há uma divisão em 3 partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos no Brasil: 1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas. Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas. Para tanto, indica-se a adoção de “acordos de não persecução penal”, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por

---

<sup>235</sup> Cabe, en fin, dentro de esta tarea de una política criminal alternativa respecto del derecho penal desigual, una reforma profunda del proceso, de la organización judicial y de la policía, con el fin de democratizar estos sectores del aparato punitivo del Estado, y para contrarrestar también de ese modo aquellos factores de la criminalización selectiva que operan en estos niveles institucionales (BARATTA, op. cit., p. 216).

<sup>236</sup> O combate ao crime organizado exige racionalidade instrumental e priorização de recursos financeiros e humanos direcionados diretamente para a persecução da macro criminalidade. As organizações criminosas ligadas aos tráficos de drogas e armas têm ligações interestaduais e transnacionais e são responsáveis direta ou indiretamente pela grande maioria dos crimes graves, praticados com violência e grave ameaça à pessoa, como o homicídio, latrocínio, roubos qualificados, entre outros; com ostensivo aumento da violência urbana. Esse quadro tornou imprescindível uma clara e expressa opção de combate a macro criminalidade, pois seu crescimento é atentatório à vida de dezenas de milhares de brasileiros e ao próprio desenvolvimento socioeconômico do Brasil (BRASIL, 2018).

iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial<sup>237</sup>.

A título de exemplo e, em consonância com o disposto no parágrafo anterior, a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil Brasileiro), em sua parte geral, cria um capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil, e dentre elas destaca dois parágrafos relacionados ao tema em discussão.

Primeiro, o § 2º do art. 3º: “*O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”. Segundo, o § 2º do art. 3º: “*A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”.

Posto isso, o Novo Processo Civil Brasileiro evidencia, de maneira clara e objetiva, a promoção, por parte do Estado, da necessidade de adotar medidas para solucionar consensualmente os conflitos entre as partes, estimulados por todos que compõem a lide processual<sup>238</sup>.

Assim, a inovação trazida no Processo Civil Brasileiro é um avanço significativo para novas conquistas no sistema penal. Não deixando de exemplificar e citar que o primeiro passo foi dado pelos Juizados Especiais de Pequenas Causas, trazendo benefícios à denominada “*justiça menor*”, buscando a agilização e desburocratização da justiça<sup>239</sup>.

Todavia, com base no processo civil brasileiro e, de modo à concretização de políticas criminais, é imprescindível apresentar novos métodos de justiça negocial, como os supracitados.

Os modelos consensuais da atualidade, portanto, estão em um meio caminho. Inspirados, por um lado, na ideologia da inquisitorialidade, organizam o procedimento de sorte a torná-lo mais célere, para tanto requisitando o consentimento do próprio suspeito ou acusado. Limitados, por outro lado, pelas garantias constitucionais acima referidas, só servem ao direito processual penal do Brasil para evitar a aplicação de pena de prisão e, assim,

---

<sup>237</sup> (BRASIL, 2018).

<sup>238</sup> Há de se destacar o impacto do novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016 e tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Em três anos, o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu 5,6%, passando de 3.680.138 no ano de 2016 para 3.887.226 em 2019. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 228.782 sentenças homologatórias de acordo (6,3%) (BRASIL. CNJ. 2020, p. 171).

<sup>239</sup> (BRASIL, 1989).

reduzem o nível de violência que normalmente marca o funcionamento dos Sistemas Penais da periferia<sup>240</sup>.

Visto que, o progresso da justiça negocial, em matéria penal, depende tão somente de propostas legislativas adequadas ao tempo atual, o primeiro passo foi dado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, bem como pela aprovação dos anteprojetos do Código Penal e Processual Penal Brasileiro.

#### 4.5 TRÁFICO PRIVILEGIADO

Não há como negar que a alteração em 2012<sup>241</sup> da suspensão da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto 2006 (Lei de Drogas)<sup>242</sup>, proporcionou uma nova tendência no direito penal moderno, ao tornar legal a hipótese de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos ao tráfico privilegiado.

A alteração legislativa foi significativa para o ordenamento jurídico brasileiro, ao afastar o caráter de hediondez do crime, e permitir ao traficante eventual ou pequeno traficante a possibilidade dos benefícios da redução da pena.

Entretanto, é necessário que o infrator seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, requisitos que serão analisados pelo magistrado de acordo com o caso concreto.

EMENTA-REVISÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE DE ARMA DE FOGO - PEDIDO de aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/06 - POSSIBILIDADE - REQUERENTE PREENCHE OS REQUISITOS PARA O TRÁFICO PRIVILEGIADO - PRETENDIDO O AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ - NÃO ACOLHIMENTO - PRIVILÉGIO QUE

<sup>240</sup> (PRADO, 2005).

<sup>241</sup> Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" [do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006](#), declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS (BRASIL. 2012).

<sup>242</sup> § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL. 2006).

NÃO PASSA DE SIMPLES CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA - PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITO - ADMISSIBILIDADE - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DOS ARTS. 33 E 44 DO CÓDIGO PENAL - PRECEDENTES DO STF E STJ - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO DECRETO PRESIDENCIAL N. 7.473/2001 - CONDUTA ACOBERTADA PELA ABOLITIO CRIMINIS - REVISÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA<sup>243</sup>.

Assim, durante a análise do caso concreto, o juiz, após a fixação da pena e suas circunstâncias judiciais nos termos do art. 59 do Código Penal Brasileiro<sup>244</sup>, tem o dever de aplicar os requisitos do art. 42 da Lei de Drogas<sup>245</sup> os quais prevalecem sobre aqueles, em dissonância com a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Apesar da pena mínima cominada ao crime do tráfico de drogas do art. 33 da Lei de Drogas<sup>246</sup>, a redução da pena de um sexto a dois terços no tráfico privilegiado é fundamental para a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Porém, a dosimetria da pena é de responsabilidade do magistrado<sup>247</sup> o qual se torna o autor principal na aplicação efetiva da pena restritiva de direito. Como, por exemplo, na sentença proferida no juízo da 2ª Vara Criminal de Campo Grande, Autos 0004032-74.2019.8.12.0001:

---

<sup>243</sup> (TJMS, 2012).

<sup>244</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;  
 II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;  
 III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;  
 IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940).

<sup>245</sup> Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (BRASIL, 2006).

<sup>246</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

<sup>247</sup> Ao juiz é dado, quanto à aplicação da pena, um leque de possibilidades. Cabe, na verdade, ao magistrado, não só escolher a pena aplicável e sua quantidade, bem como o regime inicial em que será cumprida eventual pena privativa de liberdade (JUNIOR, op. cit., p. 50).

Finalmente, face à Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal, publicada em 15 de fevereiro de 2012, que suspendeu a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS, **substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos**, tendo em vista que o réu cumpre os requisitos do art. 44, I, II e III, do Código Penal<sup>248</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho evidencia essa grande responsabilidade quando atribui ao juiz "*a missão de proteger os direitos individuais, inclusive os fundamentais*"<sup>249</sup>.

A individualização da pena, e a forma de sua aplicação garantem, sem sombra de dúvidas, a efetividade dos direitos fundamentais ao infrator, o que compete apenas ao magistrado.

Assim, a decisão proferida pelo Poder Judiciário tem por base o tráfico privilegiado passa a ser uma alternativa penal de grande eficácia como uma política criminal que permite a redução ao cárcere, bem como a possibilidade que o juiz tem de aplicar a pena de maneira proporcional ao crime cometido, ou seja, com menor rigor aos neófitos ou traficantes eventuais.

O "acordo de não persecução penal", previsto no Art. 28-A do Código Penal Brasileiro (Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019), não vedou tácita ou expressamente o alcance dos Crimes de Tráfico Privilegiado, uma vez que, a previsão contemplada no Inciso "V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada".

Não há vedação expressa para a figura do tráfico de drogas privilegiado previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06. Duas posições devem se formar aqui. Primeira no sentido da vedação perante a alegação do caráter hediondo e da gravidade do delito. Discordamos dessa posição desde que se fixou de maneira clara que tráfico de drogas não é crime hediondo nos termos da jurisprudência do STF e do STJ. Dessa forma, em tese, é possível a aplicação do acordo de não persecução penal para os casos envolvendo tráfico privilegiado e sua recusa deve ser feita de maneira motivada<sup>250</sup>.

<sup>248</sup> (TJMS, 2019).

<sup>249</sup> (FERREIRA FILHO, 2005. p. 212).

<sup>250</sup> (DEZEM, op. cit.).



Nesse sentido, o acordo de não persecução penal é compatível com os crimes de tráfico privilegiado (Art. 28-A, Inciso V). Do mesmo modo, contempla de maneira clara e objetiva, a substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direito (Art 44 do Código Penal). Conseqüentemente, a proposta apresentada na presente tese é uma nova possibilidade de alternativa penal e vai ao encontro do acordo de não persecução penal.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento Habeas Corpus nº 596.603-SP, na relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, concedeu o Habeas Corpus aos presos por tráfico privilegiado para cumprirem a pena em regime aberto.

6. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, é clara e reiterada a dicção de enunciados sumulares dos Tribunais Superiores, segundo os quais "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Sum. 718 do STF), "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Sum. 719 do STF) e "É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito" (Sum. 440 do STJ)<sup>251</sup>.

Apesar de tudo, ainda se fazem necessárias novas propostas de penas restritivas de direito, as quais se encontram limitadas em seu alcance desde o ano de 1998. Por conseguinte, e, de modo a contribuir em novas alternativas penais, diversas da prisão, será apresentada uma nova proposta.

#### **4.6 ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO**

No capítulo 1 da presente tese procurei demonstrar uma visão crítica do sistema prisional brasileiro, com a apresentação de dados estatísticos sobre o perfil do preso no Brasil. Ao traçar esse perfil, foi possível reconhecer que a população carcerária brasileira é composta, na sua maioria, por pessoas vulneráveis, condenadas pelo crime de tráfico de drogas<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> (BRASIL, 2020).

<sup>252</sup> O horizonte da política criminal que se segue como desdobramento da deslegitimação e crise estrutural do sistema é um horizonte político criminal que transita entre o miminismo-garantismo e o abolicionismo, discutindo metodologias de redução e abolição da violência punitiva, e sua

As políticas criminais atuais não são suficientes para deter o avanço da criminalidade no Brasil. Porém, surge a questão, o que fazer? Primeiramente, é indispensável adotar medidas preventivas para evitar o avanço da criminalidade, como a criação de políticas públicas voltadas a esse perfil de presos.

A educação e o trabalho são vitais, por a maior parte da população carcerária brasileira ser de pessoas de 18 a 24 anos, o que demonstra a falha do Estado na educação básica, a ausência de qualificação profissional, e, conseqüentemente, a falta de trabalho.

A educação, antes de tudo, deve ser entendida no sentido de educação social; essa educação, ou seja, do cidadão, que corresponde ao nível de ação educacional realizada pelo Estado. Não se pode esperar que o cidadão seja educado se o estado não o educar. Pode-se dizer: todo estado tem os cidadãos que merece! (tradução nossa)<sup>253</sup>.

Todos esses fatores comprovam a importância de políticas públicas essenciais na formação dos jovens brasileiros. Entretanto, ainda estamos diante de um problema, quando efetivamente serão aplicadas pelo Estado, surtirão efeito em longo prazo, enquanto isso, a criminalidade continua a avançar.

Automaticamente, ocorre o aumento diário do número de presos no Brasil. Como parar ou amenizar toda essa engrenagem de multiplicação de presos?

O Brasil encontra-se, portanto, em uma encruzilhada e deve escolher entre a amplificação dos “controlados pelo sistema” ou a adoção de estratégias que façam recuar estes números de forma significativa, mediante procedimentos que evitem a todo o custo a intervenção penal, o processo criminal, a aplicação imediata ou postergada de sanções penais de qualquer natureza<sup>254</sup>.

Como já exemplificado no presente capítulo, a pena não pode ser atribuída a pessoas determinadas, pelo simples fato de ser ou de existir<sup>255</sup>. A pena tem que ser a “*ultima ratio*” de todo e qualquer sistema penal.

substituição por mecanismos não violentos de respostas aos problemas e conflitos sociais (BRASIL – DEPEN, 2011. p. 154).

<sup>253</sup> *L'educazione, anzitutto, deve essere intesa nel senso di educazione sociale; quella educazione, cioè, del cittadino, che corrisponde al livello dell'azione educativa svolta dallo Stato. Non si può pretendere che il cittadino sia educato, se lo Stato non lo educa. Può bem dirsi: ogni stato ha i cittadini che si merita!* (GRAMATICA, 1956, p. 37).

<sup>254</sup> (PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012. p. 57).

<sup>255</sup> O fato de que as Leis identifiquem como aqueles que é preciso combater não aos terroristas, mas ao terrorismo, de modo semelhante à luta contra a cólera ou o analfabetismo, não altera em

Estabelecer o público alvo na aplicação da pena é completamente repugnante. Se há pena e consequência de um crime, o alvo não pode estar em seus operários, e sim, em quem financia a parte principal do contrato<sup>256</sup>.

Os operários do crime aqui são o que chamamos de “boi de piranha” (o sacrifício de um pela sobrevivência dos demais), ou seja, submete-se à pena aquela parte que não afeta a grande empresa<sup>257</sup>, porque, perder vários operários do crime, não inviabiliza o grande negócio, mas cria obstáculos ao Estado pela quantidade de operários submetidos a sua tutela “por meio da prisão”.

Refiro-me ao crime de tráfico de drogas, isto é, as grandes empresas do tráfico não estão preocupadas com quem transporta 100 Kg de maconha amarrados em uma bicicleta na fronteira entre o Brasil e o Paraguai. Essas pessoas fazem parte do grupo determinado, aqueles sujeitos aos ditames exclusivos da lei por cometer crime certo e pena específica.

Nesse sentido, partindo das palavras de BECCARIA<sup>258</sup> “*Se as leis punissem mais severamente os executores do crime do que os simples cúmplices*”, por analogia a preocupação maior do Estado deve estar voltada “aos executores do crime” e não aos “simples cúmplices”.

As penas previstas hoje no Brasil têm alcance limitado, o que impede toda e qualquer forma de aplicação da pena às pessoas que efetivamente deveriam sofrê-las.

Eles são classificados sob o termo <população criminal>. Mas isso é pomposo demais, porque a maioria dos criminosos de verdade, os exploradores, os cruéis, os assassinos inteligentes, os bandidos espertos e os criminosos de colarinho branco escapam dos rigores da prisão e de nossas investigações. Portanto, é antes <populações prisional> que é, ou, para usar a expressão, jogo de prisão (tradução nossa)<sup>259</sup>.

---

nada os fatos: tratam-se de Leis penais, e a pena, como se sabe, não se aplica ao terrorismo, mas sim aos terroristas (JAKOBS, op. cit.).

<sup>256</sup> Se os grandes e os ricos podem escapar a preço de dinheiro às penas que merecem os atentados contra a segurança do fraco e do pobre, as riquezas, que, sob a proteção das leis, são a recompensa da indústria, tornar-se-ão alimento da tirania e das iniquidades (BECCARIA, op. cit.).

<sup>257</sup> A igualdade perante as leis não destrói as vantagens que os príncipes julgam retirar da nobreza: apenas impede os inconvenientes das distinções e torna as leis respeitáveis, tirando toda esperança de impunidade (Ibid.).

<sup>258</sup> (Ibid.).

<sup>259</sup> *On les range sous le vocable < population criminelle >. Mais ceterme est trop pompeux, car la plupart des vrais criminels, les exploiteurs, les vicieux, les meutriers intelligents, les escrocs habiles et les malfaiteurs en col blanc échappent aux rigueurs carcélares et à nos investigations. C'est donc plutôt de < populations pénitentiaire > qu'il s'agit, ou, selon l'expression, de gibier de prison* (GRAMATICA, 1956, p. 49-58).

O sistema penal encontra-se em colapso, as penas não atingem a finalidade proposta pelo Estado: o arrependimento, e a ressocialização do apenado<sup>260</sup>. No século XVI, Hugo Grotius tinha essa mesma preocupação *“Quando um homem pune o homem, que é seu igual de natureza, deve se propor algum fim”*<sup>261</sup>.

A finalidade da pena sempre esteve presente desde o início dos tempos, assim fica evidente que o seu fim deve ser alcançado. Se o fim proposto pela pena encontra-se inerte, o Estado tem o dever de retomar a sua finalidade, pois, um sistema sem fim é inócuo.

No entanto, ao analisar o alcance da pena no Brasil, observa-se que não está contemplado numa mera análise combinatória de dados. Ou melhor, o alcance da pena vincula todo um sistema penal, desde a raiz do crime, suas ramificações e frutos, como principalmente os atores envolvidos nos crimes.

Ao desmistificar todo esse aparato de problemas, ao legislador<sup>262</sup> é atribuída a responsabilidade de reformular a legislação penal, as decisões dos tribunais, bem como suas jurisprudências, de modo a contemplar de forma eficaz as matérias referentes ao alcance das penas. Por isso, a fragilidade do sistema requer uma legislação adequada à realidade atual.

Dois interesses igualmente poderosos, igualmente sagrados, desejam ser ao mesmo tempo protegidos: o interesse geral da sociedade, que deseja a repressão justa e rápida dos crimes; O interesse do acusado, que também é um interesse social e que exige uma garantia completa dos direitos da cidade e dos direitos da defesa. Este é um dos problemas mais difíceis que a legislação tem que resolver (tradução nossa)<sup>263</sup>.

---

<sup>260</sup> De fato, um dos fatores que contribuem para a crise da pena de prisão e o descrédito na eficácia de suas finalidades é o efeito criminógeno deflagrado com o encarceramento e o subsequente convívio com uma nova realidade dentro do ambiente prisional (CORRÊA JUNIOR,; SHECAIRA, 2002. p.157).

<sup>261</sup> (GROTIUS, 2004, p.789).

<sup>262</sup> Todo legislador, verdadeiramente prudente, há de procurar impedir o mal. A boa legislação é a arte de garantir aos homens o maior bem-estar possível. Não haverá necessidade de clemência e perdão, se as penas forem moderadas e estabelecidas de modo a permitir julgamento pronto e regular (LYRA, op. cit., p. 38).

<sup>263</sup> *Deux intérêts également puissants, également sacrés, veulent être à la fois protégés : l'intérêt général de la société, qui veut la juste et prompte répression des délits ; l'intérêt des accusés, qui est bien aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la cité et des droits de la défense. De là l'un des problèmes les plus difficiles que la législation ait à résoudre* (HÉLIE, op. cit.)

Nessa realidade, como já observado no capítulo 1, as estatísticas são claras ao reiterar que vivemos um grande problema no sistema prisional brasileiro, desde a lei penal, e, em especial, a lei processual penal<sup>264</sup>.

As classes sociais fragilizadas economicamente são destaques em toda e qualquer pesquisa como réus de processos criminais. Por Aristóteles, na Constituição dos atenienses, a massa dos pobres não tomava parte de coisa alguma<sup>265</sup>.

Desde os primórdios não houve mudança significativa, as penas ainda são aplicadas a determinada classe social, sem demérito as pessoas menos favorecidas, mas é uma realidade que os atinge, e, ao mesmo tempo, nos preocupa.

Enquanto houver pessoas subordinadas e dispostas a serem operárias dos grandes traficantes, os verdadeiros ilícitos não serão desvendados. A classe operária do tráfico de drogas é como a classe operária de uma empresa, influencia completamente em seu lucro.

É cômodo ao Estado acreditar que o sistema penal funciona por apreender operários do tráfico com dezenas de tabletas de maconha, ou quantidade ínfima de cocaína, enquanto os verdadeiros operadores do tráfico ultrapassam as fronteiras brasileiras com toneladas e toneladas de drogas e armas<sup>266</sup>.

O reflexo da pena de um “operário do tráfico” não é nada para os operadores do sistema, é apenas mais um que será substituído nas próximas horas. Entretanto, para o Estado é “mais um” a compor as estatísticas relacionadas ao crime de tráfico de drogas, e para aumentar a população carcerária.

A continuidade delitiva de determinados crimes sobrepõe a qualquer medida penalizadora, visto que a raiz do problema está na parte contrária da estrutura.

---

<sup>264</sup> A lei é uma regra igual para todos, mas para ela também é uma necessidade reconhecer que há desigualdades sociais atualmente indestrutíveis (CRUET, op. cit., p. 235).

<sup>265</sup> (ARISTÓTELES, 2003. p. 22).

<sup>266</sup> Assim, podem justificar modelos de direito penal máximo ou mínimo, dependendo das razões mais ou menos genéricas ou complexas por meio das quais venham justificados o poder de punir, de proibir e de julgar do Estado, bem como os limites as quais se sujeita referido poder na ausência de razões que justifiquem o seu exercício (FERRAJOLI, op. cit., p. 218).

A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz a prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado<sup>267</sup>.

O meio utilizado pelo Estado continua a ser ineficaz. Em síntese, o Estado cumpriu seu dever ao impor a sanção ao réu<sup>268</sup>. Contudo, a consequência da pena é a submissão do réu ao seu devido cumprimento.

O cárcere torna-se, ao operário do tráfico, sua nova morada, com apenas um agravante, agora se encontra desamparado por seu empregador, conseqüentemente, vulnerável ao recrutamento pelas facções criminosas.

O que, há tempos, tem sido objeto de estudo de GAROFALO<sup>269</sup> “*O individuo, segregado da sociedade e longe das continuas tentações da vida ordinária, sentiria emmudecer dentro de si os impulsos criminosos*”. Imaginar a possibilidade de ressocialização do apenado, diante do atual cenário carcerário é completamente contrário, a todo e qualquer sistema.

O cárcere não atende aos fins que um dia lhe foram propostos. A ressocialização está longe da finalidade da pena, bem como de qualquer sistema prisional moderno. O sistema prisional está em colapso e novas propostas são primordiais para o início de um novo ciclo de ressocialização.

Nesse sentido, leciona PUIG, sobre o Princípio da Ressocialização:

A exigência democrática de que seja possível a participação de todos os cidadãos na vida social conduz à exigência de que o direito penal evite a marginalização indevida dos condenados ou sujeitos a uma medida de segurança. Isso torna as penalidades e medidas que não impliquem a separação da sociedade tão preferíveis quanto possível. No entanto, quando a privação da liberdade é inevitável, sua execução deve ser configurada de modo a evitar, na medida do possível, seus efeitos dessocializantes, promover certa comunicação com o exterior e facilitar uma adequada reincorporação do preso à vida em liberdade. É assim que o princípio da ressocialização em um estado democrático deve ser entendido, não como uma substituição coercitiva dos valores do sujeito, nem como uma

---

<sup>267</sup> (BITENCOURT, op. cit., p. 154).

<sup>268</sup> Pode valer a pena pôr em risco a liberdade fazendo com que ela beneficie também o seu inimigo, se a única alternativa possível for restringi-la até o ponto de fazê-la sufocar, ou, pelo menos, de não lhe permitir dar todos os seus frutos. É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão (BOBBIO, 2004. p. 91).

<sup>269</sup> (GAROFALO, op. cit.)

manipulação de sua personalidade, mas como uma tentativa de ampliar as possibilidades de participação na vida social, uma oferta de alternativas para comportamento criminoso. (tradução nossa)<sup>270</sup>.

Para a ressocialização não se faz necessário a separação do apenado da sociedade, e sim permitir seu convívio efetivo na sociedade, pois, somente próximo aos seus, é possível manter o distanciamento necessário da escola do cárcere, propiciando a retomada de seus princípios, e o conseqüente retorno em definitivo na sociedade.

---

<sup>270</sup> *La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho penal evite la marginación indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad. Ello hace preferibles en la medida de lo posible las penas y medidas que no entrañen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal (PUIG, 2006. p. 129).*

## 5. A RESSOCIALIZAÇÃO PELA EDUCAÇÃO PROFISSIONAL, CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA

### 5.1 POLÍTICA CRIMINAL POR MEIO DE UMA AÇÃO INTEGRADA

Ao identificar os problemas relacionados ao sistema penitenciário brasileiro<sup>271</sup> temos desde o crescimento da criminalidade, o aumento da população carcerária, o alto índice de reincidência, o perfil do apenado no Brasil e, no Estado de Mato Grosso do Sul, o avanço e retrocesso da legislação penal e processual brasileira em políticas criminais, e as novas tendências no direito penal e processual moderno.

Contudo, conclui-se a necessidade da convocação de todos os atores envolvidos no processo, desde os pesquisadores dos temas, os poderes constituídos e os entes federativos, de modo a atribuir-lhes responsabilidades na adequação da proposta e, por fim, com a finalidade de ratificar a política criminal apresentada<sup>272</sup>.

Nesse mesmo viés, Alessandro Baratta contribui com seu pensamento em uma política criminal alternativa e eficaz, em paralelo a forma proposta:

Como tal, uma política criminal alternativa consistente com sua própria base teórica não pode ser uma política de "substitutos penais" limitados em uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas alternativas e mais humanas de vida comunitária e civil e do contra-poder proletário, tendo em vista a transformação radical e a superação das relações sociais capitalistas de produção (tradução nossa)<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> As circunstâncias sociais determinam mais o "como" do que o "se" da criminalidade: quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar, relacionada ao desejo de sempre aumentar as posses e, através disso, destacar-se na sociedade. Isto não implica que não devamos esforçar-nos por um aumento do bem-estar geral. Mas não se espere daí uma eficaz diminuição da criminalidade (ROXIN, op. cit., p. 4).

<sup>272</sup> Art. 11. O CNJ e os tribunais articular-se-ão com o Poder Executivo, com o Ministério Público, com a Defensoria Pública, com a Ordem dos Advogados do Brasil e com os demais órgãos e entidades envolvidas com execução penal e política de alternativas penais, incluída a sociedade civil, com o objetivo de assegurar a ação integrada no fomento à aplicação das alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade (BRASIL – CNJ, 2019).

<sup>273</sup> *"En tal virtud, una política criminal alternativa coherente con su propia base teórica no puede ser una política de "sustitutivos penales" que queden limitados en una perspectiva vagamente reformista y humanitaria, sino una política de grandes reformas sociales e institucionales para el*



A construção de uma nova política criminal voltada a uma alternativa penal em substituição a pena privativa de liberdade em restritivas de direito. Faz-se imperiosa no cenário atual do Brasil.

As perspectivas são negativas em relação aos institutos penais por se encontrarem desatualizados e alguns sem uma aplicabilidade eficaz, como é o caso da Lei de Execuções Penais<sup>274</sup>.

Como pesquisador, minha contribuição é no sentido de reforçar os estudos já realizados e ratificar que o atual sistema prisional está em colapso, não atende a finalidade da pena, primeiro por não existir separação dos infratores pelos crimes praticados e por sua personalidade. Segundo, por não ter caráter ressocializador, terceiro, a constância na reincidência dos apenados, e, por fim, a omissão do Estado.

Dentre esses motivos apresentados, em 25 de junho de 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução nº 288, definiu a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade<sup>275</sup>.

Art. 2º Para os fins desta Resolução, entende-se por alternativas penais as medidas de intervenção em conflitos e violências, diversas do encarceramento, orientadas para a restauração das relações e a promoção da cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade, decorrentes da aplicação de:

I – penas restritivas de direitos;

A sinalização dada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2019, ratifica em grau, número e gênero a presente pesquisa, em relação à urgência de alternativas penais diversas ao cárcere, e, ao mesmo tempo, reitera a importância de uma ação integrada<sup>276</sup>.

---

*desarrollo de la igualdad, de la democracia, de formas de vida comunitaria y civil alternativas y más humanas, y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superación de las relaciones sociales de producción capitalistas"* (BARATTA, op. cit., p. 214).

<sup>274</sup> Fundamental, portanto, avaliar a idoneidade dos instrumentos de garantia estabelecidos pela LEP para efetivação dos direitos dos presos contra os poderes irracionais. Sobretudo porque existe um consenso no Brasil que entende que o problema da execução penal é meramente administrativo, isto é, se fossem cumpridos pelo Estado-administração os preceitos da LEP, estariam resguardados em sua plenitude os direitos ao apartado (CARVALHO, op. cit., p. 154-155).

<sup>275</sup> (BRASIL – CNJ. 2019).

<sup>276</sup> Art. 11. O CNJ e os tribunais articular-se-ão com o Poder Executivo, com o Ministério Público, com a Defensoria Pública, com a Ordem dos Advogados do Brasil e com os demais órgãos e entidades envolvidas com execução penal e política de alternativas penais, incluída a sociedade

Mas as prisões sempre foram assim?

Aurelino Leal, ao narrar a história constitucional do Brasil, relatou que o regime das prisões era humanista, onde as penas eram “individualíssimas”, aplicadas somente para “estorvar os crimes”. As prisões seriam seguras, visitadas todos os anos por uma comissão, responsável por verificar as condições de legalidade nas prisões, informando ao parlamento, após suas visitas, e, ao preso, seria garantida sua apresentação a seus familiares<sup>277</sup>.

Seria a prisão ideal!

Por conseguinte, a realidade é outra, onde todos são submetidos ao mesmo ambiente prisional sendo obrigados a conviver de forma pacífica em um local dominado pelas facções criminosas<sup>278</sup>.

Não há qualquer possibilidade de ressocialização onde o espaço comum é território de criminosos da mais alta periculosidade. Nesse lugar não há presença do Estado. Todos os estudos sobre o tema apontam, de maneira unânime, a fragilidade do sistema prisional brasileiro. Nesse cenário atual, nos encontramos impossibilitados de reverter o sistema.

A falta de racionalidade no funcionamento do sistema prisional brasileiro gera sérios efeitos perniciosos. Além do domínio de facções criminosas, muitas unidades prisionais se tornam verdadeiras escolas do crime, em que pessoas acusadas de delitos pouco graves, cometidos sem a utilização de violência ou sem gerar danos coletivos graves, acabam sendo cooptadas por redes do crime organizado. Além disso, o sistema não garante as condições mínimas de ressocialização e de acesso a direitos por parte das pessoas presas<sup>279</sup>.

A ausência efetiva do Estado no sistema prisional brasileiro contribui na ineficácia da finalidade da pena. É impossível evitar que pessoas que cometam infrações não violentas, quando presas, não se submetam às regras e disciplinas propostas e/ou impostas pelas facções criminosas.

A alternativa é única, ou seja, “aderir ao sistema”.

---

civil, com o objetivo de assegurar a ação integrada no fomento à aplicação das alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade (BRASIL – CNJ, 2019).

<sup>277</sup> (LEAL, 1915. p. 61).

<sup>278</sup> Ainda que não seja possível estabelecer relação causal entre a superlotação carcerária e a ocorrência de rebeliões, o excesso populacional nas unidades prisionais prejudica a atuação do Estado na garantia da ordem e da segurança dos indivíduos encarcerados, como também favorece a atuação de facções criminosas dentro desses estabelecimentos (BRASIL – 2017).

<sup>279</sup> (FBSP, 2018)

Por esse ângulo, a substituição das penas privativas de liberdade em restritivas de direito, vem sendo uma solução alternativa que evita a submissão do infrator ao sistema prisional, o que, aparentemente, reduz a possibilidade de adesão às facções criminosas, conseqüentemente, viabiliza a ressocialização do infrator com seu retorno à sociedade, evitando a reincidência<sup>280</sup>.

Entretanto, tudo isso será possível através de uma Política Criminal de forma integrada entre todos os órgãos mencionados, como assim estabelece o seguinte estudo, a saber:

Manual de Gestão para as Alternativas Penais:

1. DIRETRIZES PARA UM MODELO DE GESTÃO EM ALTERNATIVAS PENAIS

Diretriz Nº 17: O Poder Executivo nos estados, distrito federal e municípios, articulado com o Sistema de Justiça e a sociedade civil, deve buscar constituir redes amplas de atendimento e assistência social para a inclusão das pessoas a partir das demandas acolhidas e sentidas na aplicação e execução das penas e medidas, com destaque para as seguintes áreas:

**c. trabalho, renda e qualificação profissional; (g.n.)**

c) A parceria entre o Poder Executivo Estadual e o Sistema de Justiça O Poder Executivo estadual deve firmar um Termo de Cooperação com o Sistema de Justiça considerando o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando a efetividade do Programa de Alternativas Penais no Estado, com recorte específico sobre os fluxos relativos a cada uma das modalidades de alternativas penais. Esta parceria deve se desdobrar em integração efetiva desta rede em todas as comarcas, consolidando os fluxos e as metodologias. Através do diálogo contínuo entre os atores desta rede pode-se melhor estruturar os serviços e a relação com a sociedade civil, a partir da constituição de projetos, redes e intervenções conjuntas, potencializando as ações e qualificando o trabalho de execução e acompanhamento às pessoas em alternativas penais, com recorte para os serviços disponibilizados para atendimento do público<sup>281</sup>.

As novas tendências do direito penal e processual penal, apresentadas no capítulo 3, são políticas criminais essenciais no avanço das questões relacionadas às alternativas penais.

Raymond Saleilles, no livro “*A individualização da pena*”, de 1898, reverencia o título de seu livro ao dizer que a fórmula do direito penal moderno

<sup>280</sup> Quanto ao conteúdo da decisão definitiva, os apenados reincidentes foram mais condenados a penas privativas de liberdade. Mais de 75% dos casos envolvendo o universo total da pesquisa revelam condenação a penas privativas de liberdade e 8,9% de condenação a penas alternativas. Entre os reincidentes, apenas 6,6% foram condenados a penas alternativas, enquanto 89,3%, a penas privativas de liberdade (IPEA, 2015).

<sup>281</sup> (BRASIL - CNJ, 2020).

tem como responsabilidade fundamental a individualização da pena como critério para sua aplicação<sup>282</sup>.

No ponto de vista de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, a pena é um fenômeno independente de sua forma jurídica e seus fins sociais, entretanto, não pode ser entendida única e exclusivamente a partir de seus fins<sup>283</sup>.

A individualização da pena<sup>284</sup> é essencial nos dias de hoje, o que garante ao infrator uma análise pormenorizada da infração cometida, logo, toda forma legal de evitar o cárcere é de grande relevância, principalmente às pessoas mais vulneráveis<sup>285</sup>.

A dosagem de toda e qualquer pena deve estar limitada à capacidade de reagir, se arrepender, e voltar ao convívio familiar e social, ou seja, a ressocialização.

No instante em que a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direito não proporcione ao infrator o seu retorno à sociedade, estamos diante de um grande problema. Destaco, também a ausência de um acompanhamento<sup>286</sup> adequado no cumprimento das penas.

O Poder Executivo, nos três níveis de governo, deve instituir órgão responsável pela gestão da política de alternativas penais, bem

---

<sup>282</sup> (SALEILLES, op. cit., p. 107).

<sup>283</sup> (RUSCHE, 2004. p. 19).

<sup>284</sup> 11. A individualização da sanção penal (alçada a direito fundamental, inscrito no art. 5º, XLVI da Constituição da República) não se limita à quantidade da pena; o seu regime e a modalidade da reprimenda imposta também compõem essa ideia, que carrega em si a proporcionalidade da pena. Se o Código Penal determina que, fixada a sanção em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial de pena há de ser o aberto quando as circunstâncias forem todas favoráveis ao agente (art. 33, § 2º c/c 59, do CPB), permitindo também substituir a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CPB), não há razão para impor-se a condenados pela modalidade mais tênue do crime de tráfico de entorpecentes o mesmo regime de pena que, *ex vi lege*, se costuma impingir somente a quem é condenado por outros crimes, ou mesmo por tráfico, a mais de 8 anos de pena, ou a reincidentes ou portadores de circunstâncias desfavoráveis (BRASIL – STJ, 2020).

<sup>285</sup> Se com relação ao crime cometido o perfil dos apenados por penas alternativas e o dos encarcerados se diferencia, no que toca aos dados socioeconômicos, seus perfis se assemelham estreitamente. Dados como raça ou cor, escolaridade, idade, estratificação ocupacional e renda indicam que a seleção promovida pelo sistema penal não se distingue em um ou outro caso. As informações obtidas demonstram que o controle exercido por meio das penas alternativas também incide mais intensamente sobre o homem jovem, pardo ou negro, com baixa escolaridade, proveniente de estratos sociais mais baixos, no desempenho de atividades que demandam pouca qualificação e são mal remuneradas e, ainda, em situação de trabalho vulnerável (BRASIL - ILANUD. 2006. p. 18).

<sup>286</sup> Dentre as mudanças da política de alternativas penais, destaca-se uma alteração na abordagem dos serviços de acompanhamento desenvolvidos pelas Centrais Integradas de Alternativas Penais. Esta alteração propõe uma nova linguagem, mais condizente com os objetivos da política, antes focados em monitoração e fiscalização, bem como identificação da pessoa em cumprimento como “beneficiário”, “cumpridor” ou “apenado” (BRASIL – CNJ, 2020).

como construir ou fortalecer mecanismos de participação e controle social para a formulação, execução e monitoramento dessa política, com a presença de representantes do governo e da sociedade civil, conforme consagrado pela Constituição de 1988<sup>287</sup>.

O retorno à sociedade de um infrator requer uma análise complexa, ou seja, a simples aplicação de uma pena restritiva de direito, não garante a sua ressocialização, muito menos o seu retorno ao mercado de trabalho que é fundamental.

A pena deve operar como essa renovação da alma, para que a libertação se torne novamente uma consagração da honra restaurada: uma reabilitação social que começa e que a provação da vida deve tornar definitiva (tradução nossa)<sup>288</sup>.

Logo, a pena restritiva de direito deve ser adequada ao perfil do infrator, o caráter individual da pena torna-se o requisito inicial, em consequência, qual pena restritiva de direito deva ser aplicada.

Com tudo isso, ainda é necessário estabelecer de que modo será realizado o acompanhamento de seu cumprimento<sup>289</sup>. A eficácia da pena restritiva de direito está inteiramente ligada a sua finalidade, caso contrário, torna-se sem efeito concreto.

Pela mesma razão, a política criminal a ser adotada tem que envolver o infrator e o Estado, por meio de uma ação integrada que permita aprimorar e adequar quais medidas ressocializadoras são necessárias para que o infrator que cumpre uma pena restritiva de direito retorne a sociedade e, de maneira gradual, ao mercado de trabalho.

---

<sup>287</sup> (BRASIL – DEPEN, 2011. p. 17).

<sup>288</sup> *“La peine doit opérer comme ce renouveau de l’âme, pour que la libération redevienne une consécration de l’honneur restitué : une réhabilitation sociale qui commence et que l’épreuve de la vie doit rendre définitive”* (SALEILLES, op. cit., p. 239).

<sup>289</sup> **Diretriz N° 16.** Ao Poder Executivo nos estados e Distrito Federal competirá estruturar programas de acompanhamento às alternativas penais, com equipes qualificadas, número de profissionais graduados adequado, saberes especializados, direitos trabalhistas assegurados, além de se considerar a adequada separação institucional e funcional com a administração penitenciária e os demais órgãos da segurança pública e da justiça criminal, bem como garantir a interdisciplinaridade como método de trabalho no acompanhamento das alternativas penais (BRASIL – CNJ, 2020, p. 48).

Releva ainda salientar que, a par dos efeitos deletérios causados pelo uso abusivo ou problemático das drogas, o tratamento institucionalizado pelo sistema de justiça criminal produz identidade negativa do usuário e do pequeno traficante com o mundo do crime, causando-lhes, amiúde, a exclusão social e familiar, a perda de saúde, a redução de habilidades e potencialidades individuais e o distanciamento do mercado formal de trabalho<sup>290</sup>.

A ação integrada mencionada no presente capítulo se oficializa no momento em que o pesquisador apresenta a proposta, o Poder Legislativo a torna lei, o Poder Executivo a sanciona, e o Poder Judiciário a aplica, em ato contínuo, surge o ente da federação (Estado) a quem cabe o dever de proporcionar o efetivo cumprimento da pena em estabelecimento adequado.

Penso que intelectuais, inclusive criminologistas radicais, podem dar sua contribuição para esse fim de diferentes maneiras, escrevendo, falando e contribuindo a organizar dentro e fora das prisões, participando dos diferentes níveis da vida política e apoiando alternativas concretas que garantam a redução da população carcerária. (tradução nossa)<sup>291</sup>.

Por fim, a preocupação na presente tese foi justamente apresentar uma proposta de nova pena restritiva de direito (pena alternativa) aos crimes de tráfico privilegiado, permitindo ao magistrado, ao analisar o caso concreto, designar ao infrator uma alternativa diversa das atuais. A Pena está voltada à ressocialização do infrator pela educação.

## 5.2 DIREITO AO ACESSO À EDUCAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a educação é um direito de todos e dever do Estado, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, proporcionar meios de acesso.

---

<sup>290</sup> (STJ, 2020).

<sup>291</sup> “Pienso que los intelectuales, incluyendo a los criminólogos radicales, pueden hacer su aporte a este fin de distintas maneras, escribiendo, hablando y contribuyendo a organizar dentro y fuera de cárceles, participando en los distintos niveles de la vida política y apoyando alternativas concretas que aseguren la reducción de la población carcelaria,[...]” (HULSMAN; CHRISTIE; MATHIESEN, 1989. p. 118).

Nas palavras de Filippo Gramatica, a responsabilidade do Estado é impar diante da educação do cidadão.

A educação, antes de tudo, deve ser entendida no sentido de educação social; essa educação, ou seja, do cidadão, que corresponde ao nível de ação educacional realizada pelo Estado. Não se pode esperar que o cidadão seja educado se o estado não o educar. Pode-se dizer: todo estado tem os cidadãos que merece! (tradução nossa)<sup>292</sup>.

Da mesma forma, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) assegura ao preso a assistência educacional que compreende a instrução escolar e a formação profissional, por meio de convênios com entidades públicas ou particulares, por meio de escolas ou cursos especializados. Onde a frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional permite ao preso a remição da pena.

Em síntese, a educação é direito de todos e dever do Estado, no entanto, é assegurada ao preso o ensino regular ou a educação profissional. Nesse sentido, Zygmunt Bauman define a essência da educação:

A educação não foi uma invenção da Era da Razão; tampouco foi um artefato da revolução intelectual sobre a qual tanto lemos, afirmando-se que ela era a mãe ou pelo menos a parteira da Era Moderna, civilizada. A educação foi antes uma reflexão posterior, uma resposta do tipo "gerenciamento da crise", uma tentativa desesperada de regulamentar o desregulamentado, de introduzir ordem numa realidade social que antes já fora expropriada dos seus próprios dispositivos de auto-ordenamento. Com a cultura popular e suas bases de poder arruinadas, a educação tornou-se um imperativo<sup>293</sup>.

Por esse ângulo, destaco a relevância do tema, pois, os estudos demonstram que, para a ressocialização do infrator é importante prepará-lo para ser inserido na sociedade e no mercado de trabalho. Essa inserção somente é possível com sua capacitação profissional<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> *“L’educazione, anzitutto, deve essere intesa nel senso di educazione sociale; quella educazione, cioè, del cittadino, che corrisponde al livello dell’azione educativa svolta dallo Stato. Non si può pretendere che il cittadino sia educato, se lo Stato non lo educa. Può bem dirsi: ogni stato ha i cittadini che si merita!”* (GRAMATICA, 1956, p. 37).

<sup>293</sup> (BAUMAN, 2003. p. 101).

<sup>294</sup> Assim, outro fator comumente apontado que contribuiria para a reincidência foi a dificuldade de inserção do egresso no mercado de trabalho. Um ponto levantado foi a falta de políticas voltadas a esta problemática, de forma que seria desejável que houvesse algum programa que facilitasse essa inserção (IPEA, 2015. p. 96).

O trabalho e renda são os vínculos essenciais para a reinserção do apenado, ao mesmo tempo busca evitar a reincidência, pois, um dos fatores que contribuem na reincidência é justamente a ausência de oportunidade ao infrator na sociedade. O estigma que o infrator leva consigo, por muitas vezes, se perpetua no tempo, e, principalmente, na sociedade.

Nesse sentido, foi proposta da escola de defesa social, como destaca Germano Marques da Silva, ao atribuir seu fundador Filippo Gramatica, a herança de seus estudos na supressão da pena e sua substituição por medidas de defesas social, *“por entender que o Estado não tem o dever de punir, mas o dever de tornar sociáveis as pessoas”*, por meio de medidas educativas e curativas<sup>295</sup>.

Em consonância com a escola de defesa social, Miguel Reale Junior evidencia a Nova Defesa Social como um movimento de política criminal humanista, que previa que *“a sociedade apenas é defendida na medida em que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social”*<sup>296</sup>. Movimento esse que acabou por modificar o sistema de penas do Código Penal de 1940, com o advento da Lei 6.614/77<sup>297</sup>.

Salo de Carvalho complementa que a Nova Defesa Social *“consagrou a ressocialização do condenado como principal objetivo da pena [...] uma nova concepção de luta contra a delinquência”*. Ou seja, por *“uma pedagogia ressocializadora”* que contribuiu para a reforma do Código Penal Brasileiro de 1984<sup>298</sup>.

O perfil do preso no Brasil e no Estado de Mato Grosso do Sul, apresentado no capítulo 1, permite Identificar que pessoas em situação de vulnerabilidade fazem parte da maioria da população carcerária, com as seguintes características: infratores de 18 a 24 anos, pobres, solteiros, ensino fundamental incompleto, sem qualificação profissional e envolvidos com o tráfico de drogas.

Ao reconhecer o perfil do infrator é possível identificar que a ausência de políticas públicas como a educação, a qualificação profissional e a consequente falta de emprego<sup>299</sup>, contribui demasiadamente para que a maioria das pessoas

---

<sup>295</sup> (DA SILVA, op. cit., p. 37).

<sup>296</sup> (JUNIOR, op. cit., p. 46).

<sup>297</sup> (BRASIL, 1977).

<sup>298</sup> (CARVALHO, op. cit., p. 176-177).

<sup>299</sup> Não só a falta de emprego contribuiria para a reincidência. A baixa qualificação da população egressa foi mencionada como mais um elemento favorecedor da reincidência, isso porque ela seria acompanhada de má remuneração (IPEA, 2015. p. 96).



em situação de vulnerabilidade social acabe por se envolver na prática de ilícitos penais.

O investimento do Estado em políticas públicas preventivas é fundamental para a diminuição da população carcerária nas gerações futuras, entretanto, sem demora, são cruciais políticas criminais de ressocialização do preso.

Poderia ser por meio da educação? Em 1959 Teodolindo Castiglione respondeu a esse questionamento, com as seguintes palavras:

[...] pessoa facilmente sugestionáveis que, em lugar de uma educação apropriada que lhes poderia fornecer benefícios, recebem o influxo pernicioso de delinquentes decididos a prolongar a sua conduta nociva; assassinos, ladrões, estelionatários, falsários, incendiários, estupradores, criminosos de todos os tipos, vencidos pela prepotência do impulso sexual, entregues à prática de atos aviltantes, ou subjugados pelo assalto feroz dos mais fortes e atrevidos: todos vivendo no mesmo ambiente, na mesma estufa, em que o micróbio do mal se desenvolve, multiplica e rebaixa<sup>300</sup>.

A educação torna-se a essência para uma possível retomada do infrator ao convívio social. Mas, para isso, o avanço em novas propostas de políticas criminais ressocializadoras é extremamente prioritário na legislação penal brasileira.

Penas alternativas voltadas à educação proporcionam, sobremaneira, um investimento que garante, minimamente, uma nova chance ao infrator. Nesse sentido, Roberto Lyra foi sábio ao dizer que *o direito de punir será transformado em dever de acudir e salvar*, dentre algumas formas “*Educando*”<sup>301</sup>. Parafraseando Roberto Lyra, para que a punição seja transformada, identificar as falhas no seu nascedouro e apresentar correções é essencial.

A grande maioria dos infratores presos por tráfico de drogas não foram beneficiados com penas restritivas de direito, pelo fato de não preencherem os requisitos exigidos no tráfico privilegiado, principalmente a reincidência em crime doloso<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> (CASTIGLIONE, op. cit., p. 13).

<sup>301</sup> (LYRA, op. cit., p. 11).

<sup>302</sup> As nefastas consequências do encarceramento revelaram o fracasso do Direito Penal, que ao invés de provocar, na fase de execução, a reintegração social do condenado, promove a elevação dos índices de reincidência (JUNIOR, 1983, p. 27).

Ou seja, a ausência de uma política criminal voltada ao traficante eventual<sup>303</sup> o conduz novamente à prática indiscriminada de novos crimes.

Todavia, característica da situação de crise em que se encontra a pena de prisão é o retorno à ação criminosa, ou seja, a reincidência. São altos e desconfortáveis os índices de reincidência nos presídios, o que colabora para aumentar ainda mais o pessimismo daqueles que acreditavam no objetivo ressocializador da prisão<sup>304</sup>.

Na presente pesquisa, após análise do perfil do preso brasileiro, destaco o sul-mato-grossense, cuja reincidência ocorre em decorrência da ineficiência de políticas criminais ressocializadoras “*intramuros*”, e, principalmente, “*extramuros*”. Com isso, o trabalho tem como núcleo uma proposta de ressocialização “*extramuros*” através da educação.

Para Zygmunt Bauman, ao construir um Estado moderno, o planejamento deve estar voltado a um processo de educação organizada, formada por administradores e professores, com participação efetiva dos governantes e governados<sup>305</sup>.

Reitero que, ao definir a educação como um direito de todos e dever do Estado, a Constituição Federal de 1988, não estabeleceu limites ao acesso à educação. Assim, “*todos*”, independentemente de quem quer que seja, tem direito à educação.

A Lei de Execução Penal já assegurou ao preso a assistência educacional<sup>306</sup>. Todavia, como a proposta é de ressocialização “*extramuros*” através da educação, o disposto constitucional e infraconstitucional garante a aplicação de uma política criminal mediante uma alternativa penal efetiva, nesse caso, condicionada a uma educação profissional.

A pena aplicada tem como finalidade “a ressocialização do infrator” o que é fundamental para o seu retorno à sociedade e ao mercado de trabalho. Em ato

---

<sup>303</sup> Cumpre lembrar que os presos por tráfico de drogas, crime sem violência contra a pessoa, a maioria envolvido apenas em uma transação comercial voluntária, é o delito que mais enche as penitenciárias brasileiras e seus autores estão misturados com os que cometeram homicídio, latrocínio, estupro etc. Não é preciso muita imaginação para constatar o desserviço que o sistema penitenciário brasileiro está prestando à sociedade (VALOIS, op. cit., p. 65).

<sup>304</sup> (CORRÊA JUNIOR; SHECAIRA. op. cit., p. 158).

<sup>305</sup> (BAUMAN, 2003, p. 114 -115).

<sup>306</sup> Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (BRASIL, 1984).

contínuo na diminuição dos crimes, na reincidência e na redução da população carcerária.

É o que tem lecionado Edmundo de Oliveira ao afirmar que “*As virtudes integrativas do trabalho, a estabilização resultante da manutenção de uma vida social e familiar concorrem para a redução do risco de reincidir em uma infração penal*”<sup>307</sup>.

A ressocialização não está apenas no arrependimento do infrator pelo crime cometido, e sim na expectativa de retorno ao convívio social e, principalmente, ao mercado de trabalho, o que, no momento, não é proporcionado pelo Estado. Para Edgardo Alberto Donna:

*O objetivo da pena é ressocializar o sujeito, isso é reincorporá-lo à sociedade. Esta fase não pode ser ignorada, não faz sentido aplicar a pena apenas como retribuição, mas sim para efeito de ressocialização”* (tradução nossa)<sup>308</sup>.

A educação profissional<sup>309</sup> é a alternativa a ser efetivada pelo Estado, que irá proporcionar ao infrator seu retorno gradual no convívio social pelo estudo, ao mesmo tempo em que lhe prepara ao mercado de trabalho. O infrator necessita do seu reconhecimento pela sociedade, não mais como um infrator, mas como uma pessoa em processo de reabilitação, que clama por uma nova oportunidade.

O Estado é o grande coadjuvante desse reconhecimento, ao permitir que políticas criminais educacionais proporcionem o retorno gradual do infrator na sociedade.

[...] todas as formas de conduta humana passaram a ser vistas como produto de uma educação falha; a tarefa não consistia em apresentar processos educacionais a uma sociedade educacionalmente virgem, mas em substituir a velha educação prejudicial, administrada por professores errados, não esclarecidos ou mal-intencionados, por uma educação útil e

<sup>307</sup> (OLIVEIRA, 2012. p. 163).

<sup>308</sup> “*Por último debe tenerse en cuenta que la ejecución de la pena tiene como fin el de resocializar al sujeto, esto es reincorporar a la sociedad. Si bien esta fase no se puede obviar, no tiene sentido tampoco aplicar pena sólo como retribución, sino con el fin de resocialización*” (DONNA, 1996, p. 72).

<sup>309</sup> (BRASIL, 1996).

Art. 39. A educação profissional e tecnológica, no cumprimento dos objetivos da educação nacional, integra-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia.

§ 2º A educação profissional e tecnológica abrangerá os seguintes cursos:

I – de formação inicial e continuada ou qualificação profissional;

II – de educação profissional técnica de nível médio;

III – de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação.

benéfica do ponto de vista individual, administrada em nome da razão. Em outras palavras, a tarefa consistia na mudança das elites educadoras<sup>310</sup>.

A educação é fato.

A reabilitação do infrator inicia-se pela educação profissional a qual é à base de sustentação para sua qualificação. Permitir o acesso do infrator a uma pena restritiva de direito condicionada a sua qualificação profissional, é o início de uma política criminal inovadora que visa a ressocialização, bem como evitar a reincidência.

Winfried Hassemer, volta no tempo para evidenciar a finalidade da pena nos dias atuais:

Nerno prudens yunit quiu yeccutum est sed ne peccetur ("nenhuma pessoa razoável aplica uma penalidade pelos pecados do passado, mas para que eles não sejam cometidos novamente no futuro"). Essa fórmula, que não apenas nos afeta profundamente hoje, é tão antiga que não podemos sequer estabelecer com certeza a data em que foi escrita; sua versão em latim só poderia ser uma tradução para leitores e ouvintes que não dominavam outros idiomas antigos (tradução nossa)<sup>311</sup>.

Entretanto, para a efetivação de políticas criminais inovadoras e dirigidas a educação e qualificação profissional do infrator é necessário apresentar os meios, a forma, o pessoal e as estruturas como contrapartida do Estado, o que chamamos, no item 4.1 do presente capítulo, de "ação integrada".

Por fim, nos deparamos com um grande problema: como convencer o Estado que a proposta é viável? Retornando, ao núcleo da proposta que a Educação é um direito de todos e dever do Estado, porque não usar das instituições do Estado que já são destinadas e estruturadas para a finalidade proposta?

### **5.3 LEI N. 11.892 DE 29 DE DEZEMBRO DE 2008**

<sup>310</sup> (BAUMAN, op. cit., p. 103).

<sup>311</sup> "Nerno prudens yunit quiu yeccutum est sed ne peccetur ("ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para que no se vuelvan a cometer en el futuro") . Esta fórmula, que no solo hoy nos impacta profundamente, es tan antigua que ni siquiera podemos establecer con seguridad la fecha en la que se redactó; su versión latina podría ser solo una traducción para lectores y oyentes que no dominaban otras lenguas aún más antiguas" (HASSEMER, 1999. p. 105).

Em 2008 foi instituída pelo Governo Federal, através da Lei n. 11.892 de 29 de dezembro de 2008, a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, que cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia. Isto é, instituições de educação superior, básica e profissional, especializadas na oferta de educação profissional e tecnológica nas diferentes modalidades de ensino<sup>312</sup>.

Atualmente, no Brasil existem 38 (trinta e oito) Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, estando presentes em todas as unidades da federação (art. 5º, Incisos I ao XXXVIII), ou seja, nos 26 Estados e no Distrito Federal, e demais *campi* ligado a cada um dos Institutos dos Estados, distribuídos em seus Municípios. Como por exemplo no Estado de São Paulo são 38 (trinta e oito) *campi*, e, no Estado de Mato Grosso do Sul 10 (dez) *campi*.

Os Institutos Federais têm por finalidade e características ofertar educação profissional e tecnológica, em todos os seus níveis e modalidades, formando e qualificando cidadãos com vistas na atuação profissional nos diversos setores da economia, com ênfase no desenvolvimento socioeconômico local, regional e nacional.

Tendo como objetivos, ministrar educação profissional técnica de nível médio; cursos de formação inicial e continuada de trabalhadores, objetivando a capacitação, o aperfeiçoamento, a especialização e a atualização de profissionais, em todos os níveis de escolaridade, nas áreas da educação profissional e tecnológica; estimular e apoiar processos educativos que levem à geração de trabalho e renda e à emancipação do cidadão, na perspectiva do desenvolvimento socioeconômico local e regional.

Diante da necessidade da oferta de educação profissional, científica e tecnológica, nas diferentes modalidades de ensino, o Brasil avança significativamente em seus objetivos econômicos e sociais, pois, a educação é a ferramenta ideal para atingir os objetivos de uma nação.

Foi o que ocorreu com a ascensão do absolutismo na Europa, narrada por Zygmunt Bauman:

---

<sup>312</sup> § 3º Os Institutos Federais terão **autonomia para criar** e extinguir **cursos**, nos limites de sua área de atuação territorial, bem como para registrar diplomas dos cursos por eles oferecidos, mediante autorização do seu Conselho Superior, aplicando-se, no caso da oferta de cursos a distância, a legislação específica (BRASIL, 2008) (grifo nosso).

Para resumir: com a ascensão do absolutismo, a hereditariedade ou nobreza de títulos (diluída, acrescentemos, além do reconhecimento atribuível à compra maciça de cargos associados a títulos) perdeu seu papel coletivo como classe política. A nobreza como ideal de excelência e legitimação da influência política pouco perdeu de seu apelo. Mas a noção fora dissociada de hereditariedade e linhagem. Em vez disso, adquiriu uma nova e íntima conexão com a educação. Para adquirir excelência, os homens precisavam ser instruídos. Eles necessitavam de professores, daqueles que sabiam<sup>313</sup>.

Alinhada ao pensamento de Zygmunt Bauman quando diz que “*Para adquirir excelência, os homens precisavam ser instruídos*”. Com o advento da Lei n. 11.892 de 29 de dezembro de 2008, a educação na área profissional e tecnológica, encontra-se a disposição e alcance de toda a sociedade, e essa formação será essencial para a verdadeira reabilitação do infrator.

Parafraseando Zygmunt Bauman, “Para adquirir o seu retorno a sociedade, os infratores precisam ser qualificados”. Assim, uma das grandes oportunidades para essa finalidade, é utilizar-se de uma estrutura que já existe e efetivamente funciona. Para isso foi necessário, dentre os diversos cursos ofertados pelos Institutos Federais, analisar quais são compatíveis com o perfil do preso em estudo, destaco:

Qualificação Profissional: a formação inicial continuada oferece cursos de capacitação e qualificação para o mundo do trabalho. Tendo como requisito ensino fundamental incompleto e completo de acordo com o curso. São desenvolvidos em regime modular e com carga horária mínima de 160 horas (curso de 5 meses).

Educação de jovens e adultos compreende ensino fundamental articulado com a educação profissional, com duração de 3 anos (6 semestres).

Cursos Técnicos Integrados nos quais o estudante cursa o ensino médio articulado à educação profissional. Os cursos têm duração média de três anos e meio e são oferecidos na modalidade presencial.

Os cursos de qualificação profissional e educação de jovens e adultos são destinados aos infratores com ensino fundamental incompleto, perfil da grande parte da população carcerária brasileira. Os cursos técnicos integrados também

---

<sup>313</sup> (BAUMAN, op. cit., p. 54).

são hipóteses que não podem ser desprezadas, por beneficiar infratores com ensino fundamental completo.

A legislação mencionada vem ao encontro da proposta apresentada, pois possibilita ao infrator que preenche os requisitos legais a concessão da pena restritiva de direito.

Tarefa agora atribuída ao juiz<sup>314</sup> como leciona Francesco Carnelutti no livro “*o problema da pena*”:

O juiz é tido como o legislador da corrente. A pena legal é semelhante a um vestido feito que o juiz, até certo ponto, pode encurtar ou alongar, alargar ou estreitar; mas fora disso, quem deve vesti-lo prefere se acomodar a ele a ir malvestido<sup>315</sup>.

No caso em tela, por meio da educação profissional, científica e tecnológica, a alternativa penal determinada pelo magistrado no momento da substituição da pena, deverá ser estabelecida de acordo com a aptidão do condenado e o tempo de sua realização, tendo por base a pena a ser aplicada.

#### **5.4 MECANISMO DE EFETIVIDADE PENAL**

No desenvolvimento do presente trabalho restou evidente que, ao longo dos tempos, houve alguns avanços na legislação penal brasileira, entretanto, as políticas criminais adotadas não foram suficientes para evitar o alto índice de criminalidade, e, principalmente, o aumento significativo da população carcerária brasileira<sup>316</sup>.

A evolução histórica é fundamental para a análise de propostas concretas em relação a sanção penal, como menciona Winfried Hassemer:

Quando, diante de uma questão fundamental para o direito penal e a filosofia do direito, se olha para a sua evolução histórica e se revisa para extrair uma consequência para o futuro, a melhor maneira de alcançar esse objetivo é atendendo às conclusões

<sup>314</sup> Em terceira etapa, tornada concreta a pena privativa de liberdade e o seu regime de cumprimento, cabe ao julgador decidir acerca da possibilidade da sua substituição por alguma das penas restritivas de direitos, denominadas penas alternativas ao regime carcerário. Há, ainda, a viabilidade de ocorrer a substituição por pena pecuniária (NUCCI, op. cit., p. 186).

<sup>315</sup> (CARNELUTTI, op. cit., p. 112-113).

<sup>316</sup> A “política criminal” é, por um lado, parte de uma política social mais ampla, mas, por outro lado, ela precisa reter uma certa autonomia com relação a este campo mais amplo. Uma abordagem útil, neste caso, é considerar a “política criminal” como uma “política em relação a sistemas de justiça criminal” (HULSMAN, s/d, p. 202).

que, depois de um exame aprofundado, foram derivadas de abordagens semelhantes. Este caminho também é aplicável quando se trata de refletir sobre a sanção penal, seu conceito, significado, objetivos e justificativa (tradução nossa)<sup>317</sup>.

Ao traçar o perfil do preso no Brasil, observa-se o alto grau de vulnerabilidade dos infratores, com uma alta tendência a criminalidade, primeiro pela sua faixa etária, que compreende dos 18 aos 24 anos, segundo pelo grau de instrução uma vez que, na sua maioria, possuem o “ensino fundamental incompleto”. E, por fim, a ausência do Estado.

A idade é um fator determinante, pois, toda pessoa ao completar 18 anos, tende a buscar uma independência financeira, na grande maioria por meio do estudo e qualificação profissional. Também são os que mais morrem, como retrata o Atlas da Violência 2020, como uma “juventude perdida”.

No Brasil, os homicídios são a principal causa de mortalidade de jovens, grupo etário de pessoas entre 15 e 29 anos. Esse fato mostra o lado mais perverso do fenômeno da mortalidade violenta no país, na medida em que mais da metade das vítimas são indivíduos com plena capacidade produtiva, em período de formação educacional, na perspectiva de iniciar uma trajetória profissional e de construir uma rede familiar própria<sup>318</sup>.

Porém, as situações econômicas das pessoas são completamente diferentes, as oportunidades de uma parte da sociedade é diferente da outra<sup>319</sup>. Consequentemente, a ausência do Estado conduz essa juventude à criminalidade, em ato contínuo o grande número de homicídios faz parte dessa grande realidade social.

A vulnerabilidade que assola grande parte dos infratores é determinante. A ausência de políticas públicas<sup>320</sup> voltadas à educação e qualificação profissional, ligados a ausência de trabalho digno, conduzem, na sua grande

<sup>317</sup> “Cuando al enfrentarse a una cuestión fundamental para el derecho penal y la filosofía del derecho se vuelve la mirada hacia su evolución histórica y se revisa con el fin de extraer una consecuencia para el futuro, el mejor camino para alcanzar este objetivo es atender a las conclusiones que entonces, tras un examen a fondo, se derivaron de planteamientos parecidos. Este camino es también aplicable cuando se trata de hacer una reflexión sobre la sanción penal, su concepto, su sentido, sus fines y su justificación” (HASSEMER, 1999. p. 105).

<sup>318</sup> (IPEA, 2020, p. 20).

<sup>319</sup> Historicamente, porém, é uma ideia falsa: o direito nunca foi outra coisa senão uma organização das desigualdades (CRUET, op. cit., p. 139).

<sup>320</sup> No Brasil e nos países periféricos, a política criminal do Estado não inclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade (SANTOS, 2014, p. 423).



maioria, os jovens a pratica de ilícitos penais<sup>321</sup>. Em especial, ao tráfico de drogas.

Contudo, o que mais preocupa é saber que o sistema prisional brasileiro, bem como muitas das penas restritivas de direito, não surtem mais o efeito necessário. Para reabilitar o infrator, em consequência seu convívio social é inerte. Uma vez não ressocializado passa a percorrer o seu caminho inicial, ou seja, voltar à criminalidade.

Imaginal uma grande prisão, em que moços e velhos vivam em promiscuidade: criminosos primários e reincidentes; trabalhadores honestos segregados do convívio social em virtude da irreflexão ou fraqueza de um momento, e vagabundos estéreis calejados na senda do crime; homens que medem a extensão de sua desgraça<sup>322</sup>.

Como avançar em políticas criminais efetivas, se a ressocialização não tem funcionado no Brasil? O infrator é devolvido à sociedade da forma que entrou, e, na grande maioria, agora formado pela escola do crime, muitas vezes integrante de uma facção criminosa<sup>323</sup>. O retorno do infrator à sociedade, sem a interferência eficaz do Estado, é inócua.

Nesse sentido, se faz necessário um mecanismo de efetividade penal, o que está sendo construído na presente tese. Com uma política criminal ressocializadora por meio da educação e qualificação profissional, com o objetivo de inserir, de maneira gradual o infrator ao convívio social e seu retorno ao mercado de trabalho.

Assim como o arquiteto, antes de construir um grande edifício, sonda e examina o solo para ver se este pode sustentar o peso, o sábio instituidor não começa redigindo leis boas em si mesmas, mas verifica antes se o povo, ao qual são destinadas, está apto a suportá-las<sup>324</sup>.

Ante o exposto, a concretização de uma política criminal ressocializadora nos moldes apresentados deve ser pactuada através de uma proposta legislativa inovadora, capaz de minimizar o avanço desenfreado da criminalidade, e, a

---

<sup>321</sup> O individuo, segregado da sociedade e longe das continuas tentações da vida ordinária, sentiria emudecer dentro de si os impulsos criminosos (GAROFALO, op. cit.).

<sup>322</sup> (CASTIGLIONE, op. cit., p. 12).

<sup>323</sup> Em poucas palavras, a prisão *prisonaliza* o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior (SANTOS, op. cit., p. 423).

<sup>324</sup> (ROUSSEAU, 1989, p. 52).

mesmo tempo, proporcionar aos infratores uma reabilitação adequada, de acordo com as características de cada infrator, com uma participação mais efetiva por parte do Estado.

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma as leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas<sup>325</sup>.

Ronald Dworkin tem essa resposta formatada quando atribui ao governo a responsabilidade de respeito pelo direito, desde que a lei seja respeitada, pois, no momento em que deixar de levar o direito a sério, também não levará a lei<sup>326</sup>.

## 5.5 POR UMA MUDANÇA LEGISLATIVA

As estatísticas demonstram que a grande preocupação dos pesquisadores está nas questões relacionadas ao sistema penitenciário brasileiro. Ademais, existe um empenho significativo desses profissionais no estudo do avanço da criminalidade, da super lotação dos presídios, na reincidência, e do retorno do infrator para a sociedade.

Em outras palavras, Teodolindo Castiglione traduz o motivo de todos esses problemas, ou seja, as prisões:

Prisões assim não educam: corrompem; não diminuem: aumentam os reincidentes; não elevam a conduta de criminosos: rebaixam, aviltam; não robustecem a força moral que, pequena que seja, se esconde em todos os homens; dificultam uma possível recuperação; não preparam uma reintegração harmônica na sociedade e, por vezes, chegam a esfacelar a personalidade do delinqüente<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> (RAWLS, 2002, p. 143).

<sup>326</sup> (DWORKIN, 2002, p. 314).

<sup>327</sup> (CASTIGLIONE, op. cit., p. 12).

As propostas discutidas são extremamente relevantes ao apontar os aspectos negativos e positivos no sistema prisional, ou seja, especificar as preocupações e as possíveis soluções<sup>328</sup>.

Ainda assim, surgem obstáculos que inviabilizam a instituição de políticas criminais inovadoras, uma vez que a preocupação desses pesquisadores não é a mesma do Estado, em especial do Poder Legislativo.

O Poder Judiciário<sup>329</sup> tem procurado amenizar algumas questões pontuais em relação à execução penal por meio de decisões pautadas nos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana.

6. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, é clara e reiterada a dicção de enunciados sumulares dos Tribunais Superiores, segundo os quais "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Sum. 718 do STF), "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Sum. 719 do STF) e "É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito" (Sum. 440 do STJ)<sup>330</sup>.

Contudo, a interpretação da legislação penal é limitada ao dispositivo legal, o que acaba por impedir uma decisão mais próxima ao caso concreto<sup>331</sup>. A lei permitirá de uma maneira mais palpável sua aplicabilidade, Antônio de Paula Ramos Junior, oriundo das arcadas, em 1875, ao comentar o Código de Criminal Brasileiro, deixou que "*As legislações de todos os povos modificão-se e aperfeçoão-se no correr das idades (sic)*"<sup>332</sup>.

A grande verdade já discutida é que, hoje, as penas restritivas de direito previstas não são suficientes para uma efetiva ressocialização do infrator. O Art.

<sup>328</sup> Para respeitar e reintegrar o paradigma da sua própria legitimidade, o direito penal vê-se chamado a uma autoavaliação contínua, a fim de apurar se responde à exigência do <<mínimo dano social>> ou da <<mínima violência>> (RODRIGUES, op. cit., p. 34).

<sup>329</sup> Ainda que a legislação seja vaga, contraditória, passível de várias interpretações ou omissa, o juiz está sempre obrigado a decidir os casos que se lhe apresentam com fundamento no ordenamento jurídico. Ora, esse procedimento ganha uma dimensão política ainda mais importante num contexto em que a Constituição incorpora um extenso elenco de direitos fundamentais (CAMPILONGO, op. cit., p. 61).

<sup>330</sup> (BRASIL – STJ, 2020).

<sup>331</sup> [...] o legislador e o juiz devem estar atentos aos princípios norteadores da sanção penal em um Estado Democrático de Direito, máxime na imposição da pena privativa de liberdade que, não obstante seja a de maior utilização, é a que menos tem auferido resultados no sentido de satisfazer as aspirações de um moderno Direito Penal Democrático (CORRÊA JUNIOR; SHECAIRA, op. cit., p. 48).

<sup>332</sup> (JUNIOR, 1875.).

43 do Código Penal Brasileiro, prevê seis penas restritivas de direito: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço a comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semanas.

Das 6 (seis) penas restritivas de direito, a limitação de fim de semana é de 1994 e as outras 5 (cinco) foram incluídas pela Lei nº 9.714, de 25 de outubro de 1998. Logo, observa-se que as referidas penas estão estagnadas no tempo, não houve qualquer avanço em novas penas alternativas, o que se faz necessário, após 22 (vinte e dois) anos da última mudança.

A doutrina brasileira ainda não se deteve suficientemente no terreno das alternativas válidas para corrigir as distorções a que conduziu um sistema fundado prioritariamente na pena contínua de prisão. Em outros países o assunto vem sendo tratado em nível ainda empírico diante da arrancada de movimentos penitenciários guiados pelo humanismo e a esperança<sup>333</sup>.

A busca constante por alternativas penais eficazes é primordial, principalmente, por meio de novas formas de inclusão do infrator na sociedade. Para tanto, requer uma política criminal eficiente com a participação de todos os Poderes e Entes da Federação, como já mencionado, uma ação integrada voltada para a verdadeira inclusão social<sup>334</sup>.

A criminalidade está em constante avanço tecnológico e pessoal, como uma grande empresa necessita de trabalhadores, mas de mão de obra barata, assim, o recrutamento das pessoas mais vulneráveis, sem necessidade de estudo ou qualificação profissional, conduz as pessoas menos favorecidas a se tornarem reféns do sistema<sup>335</sup>.

A inércia do Estado é fator determinante para a falência do sistema prisional brasileiro como um todo. Destaco a ausência de políticas criminais voltadas ao retorno do infrator na sociedade.

Uma das principais tarefas do Estado Democrático de Direito aspecto que diferencia de outras formas de Estado, no plano

---

<sup>333</sup> (DOTTI, op. cit., p. 477).

<sup>334</sup> Na democracia vale a lei da maioria. A democracia pode tudo, só não pode suas coisas: não pode suprimir o princípio da maioria, e com isso a própria democracia, e não pode abolir os direitos humanos e fundamentais, pois eles são prévios ao Estado, que não os concede, mas apenas protege (KAUFMANN, op. cit., p. 442).

<sup>335</sup> A crise perpassa pelos problemas do Estado com a segurança pública e a crescente violência urbana com a expansão das facções criminosas, dentro e fora das penitenciárias, com aumento da exclusão social e incremento das desigualdades (GONÇALVES, op. cit.,)

penal reside na constante revisão da função punitiva, vale dizer, a observação de critérios restritivos da necessidade ou não de punir. Para que o sistema penal não sofra distorções autoritárias, que possam ferir a dignidade humana, deve-se ter em conta, dentre outros, o movimento de descriminalização<sup>336</sup>.

Por conseguinte, a ausência de uma proposta legislativa<sup>337</sup>, com esse viés, impede a reversão gradual desse cenário. Juan Cruet em seu livro “*A vida do direito e a inutilidade das leis*”, de 1908, destacou: “*Em caso de “fato novo”, o legislador tem o dever de fazer revisão das leis [...]*”<sup>338</sup>.

Identificado o problema, é o momento de o Estado atuar e do Poder Legislativo legislar por meio da apresentação da proposta de uma nova alternativa penal voltada ao tráfico privilegiado. Ao destacar “ao tráfico privilegiado” não significa dizer que o alcance da pena está limitado ao tráfico de drogas.

O tráfico privilegiado é o núcleo do tema e faz parte da presente pesquisa pois o perfil dos infratores e seus crimes estão relacionados ao tráfico de drogas. Por esse motivo, a pesquisa volta os olhos a essa infração. Entretanto, todo e qualquer crime que preenche os requisitos do Art. 44 do Código Penal Brasileiro poderá ter as benesses da nova alternativa penal.

No mesmo sentido, os crimes contemplados pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, onde o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, nos termos do Art. 28-A, inciso V do Código de Processo Penal Brasileiro.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:  
V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada<sup>339</sup>.

<sup>336</sup> (CORREIA JUNIOR, SHECAIRA, 2002. p. 157).

<sup>337</sup> A consequência é que a efetivação dos direitos fundamentais fica subordinada à aprovação de leis definindo direitos e obrigações, o que só ocorrerá quando a maioria governante considerar que é conveniente e oportuno, ficando tal decisão subordinada a critérios de conveniência política (DALLARI, op. cit., p. 27).

<sup>338</sup> (CRUET, op. cit., p. 195).

<sup>339</sup> (BRASIL, 2019).

Em síntese, a concretização dessas políticas criminais por meio de alternativas penais substitutivas da prisão, só será executada no momento em que se tornarem lei<sup>340</sup>.

Como bem lembra Francesco Carnelutti *“Uma causa e um efeito não se podem dar sem uma lei”*<sup>341</sup>. No mesmo sentido leciona Franz Neumann:

Se a lei, e apenas a lei, provê as regulações para as relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado; se a lei emitida é o único meio de transformação social; isso naturalmente não significa que palavras escritas produzem essas transformações, mas que a aplicação dessas palavras por órgãos do Estado, na esfera das relações sociais, cumpre aquelas tarefas que são atribuídas à lei<sup>342</sup>.

Ao Poder Legislativo cabe o dever de implantar essas propostas legislativas, pois, o sistema penal brasileiro carece de dispositivos legais para uma solução mais célere nas decisões judiciais. O acordo de não persecução penal é um passo importantíssimo em todos os sentidos, de celeridade e de justiça negocial, o que acaba por influenciar diretamente na proposta da tese.

Contudo, como lecionou João José de Andrade Pinto, em sua obra *“Constituição da República do Brazil”*, em 1890, *“A bondade das leis depende principalmente da vontade dos homens”*<sup>343</sup>.

## 5.6 UMA NOVA MEDIDA ALTERNATIVA

Dentro do que foi descrito no presente trabalho, surge o momento de apresentar de maneira clara e objetiva a proposta da nova alternativa penal ao tráfico privilegiado. Com uma abordagem geral sobre os motivos da proposta, suas razões, especificidades, finalidade, sujeito, principal crime e alcance horizontal.

O princípio fundamental do modelo de uma política criminal alternativa não é a criminalização alternativa, mas a

---

<sup>340</sup> Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia (HABERLE, 1991. p. 49).

<sup>341</sup> (CARNELUTTI, op. cit., p. 32).

<sup>342</sup> (NEUMANN, 2013. p. 373).

<sup>343</sup> (PINTO, 1890. p.63).

descriminalização, a redução mais rigorosa possível do sistema penal. Isso não significa, é útil repeti-lo, um desinteresse por problemas sociais "objetivos", mas uma forte relativização do momento "penal" ou "correcional", uma construção alternativa com vistas a intervenções institucionais e comunitárias mais adequadas às necessidades e interesses importantes em uma sociedade em transição. (tradução nossa)<sup>344</sup>.

Primeiro, o sistema penitenciário brasileiro está em colapso, a crítica é reflexo dos estudos realizados por pesquisadores do tema sem exceção<sup>345</sup>. As estatísticas comprovam o aumento da criminalidade no Brasil, em consequência, ocorre o aumento desenfreado da população carcerária.

O fracasso do sistema penitenciário brasileiro é fato incontroverso, no qual o Estado não tem respostas, e nem propostas a fim de amenizar o problema. Nesse sentido, é o posicionamento de Tobias Barreto *“Quem procura o fundamento jurídico das penas, deve também, procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”*<sup>346</sup>.

Segundo, com os mesmos dados estatísticos<sup>347</sup> que apontam o aumento da criminalidade e da população carcerária, foi permitido identificar o perfil de grande parte da população carcerária. Os infratores têm uma faixa etária entre os 18 e 24 anos, analfabetos ou com ensino fundamental incompleto, solteiros e presos por tráfico de drogas.

Cada categoria de criminosos representa para mim uma verdade de fato observada nas prisões; Para negar sua existência, é necessário se opor a outros fatos, outras observações antropológicas capazes de retificar e completar as observações e fatos precedentes. (tradução nossa)<sup>348</sup>.

---

<sup>344</sup> *“El principio cardinal del modelo de una política criminal alternativa no es la criminalización alternativa, sino la descriminalización, la más rigurosa reducción posible del sistema penal. Esto no significa, resulta útil repetirlo, un desinterés por los problemas sociales "objetivos", sino una fuerte relativización del momento "penal" o "correccional", una construcción alternativa con vista a intervenciones institucionales y comunitarias más adecuadas a las necesidades y a los intereses importantes en una sociedad en transición”* (BARATTA, op. cit., p. 237).

<sup>345</sup> Como iniciamos falando de prisão, ocorre que o encarceramento, como prática de Estado, instituição, tem mais de trezentos anos, nunca cumpriu nenhum dos seus objetivos expressos – correção, ressocialização ou prevenção – mas continua válida como política pública (VALOIS, op. cit., p. 605).

<sup>346</sup> (BARRETO, op. cit., p. 178).

<sup>347</sup> Cezar Roberto Bitencourt faz um contraponto em relação a alguns dados estatísticos. “Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinqüência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinqüente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado” (BITENCOURT, op. cit., p. 161).

<sup>348</sup> *“Cada categoría de criminales representa para mí una verdad de hecho observada en las prisiones; para negar su existencia, es preciso oponer otros hechos, otras observaciones*

Esse perfil identifica a vulnerabilidade em razão da desigualdade social, pela ausência de políticas públicas educacionais e de qualificação profissional de responsabilidade do Estado, conduz o infrator a um processo de auto flagelo, por não permitir a sua ressocialização, ou seja, a pena de prisão inviabiliza qualquer forma de retorno sadio para a sociedade.

Terceiro, pelo levantamento nacional de informações penitenciárias, 22% dos presos têm idade entre 18 a 24 anos; 2,51% são analfabetos e 59,51% não concluíram o ensino fundamental. Por fim, segundo o banco nacional de monitoramento de prisões 24,74% estão presos por tráfico de drogas.

No Estado de Mato Grosso do Sul, segundo o Infopen (capítulo 1) no último semestre de 2019, foram registrados 41,28% dos presos relacionados ao tráfico de drogas, ou seja, no Estado ocorre um avanço desenfreado por fazer parte da rota de entrada para todo o Brasil, de todas as formas de ilícitos transfronteiriços, em especial as drogas.

Quarto, no relatório de pesquisa de reincidência<sup>349</sup> criminal no Brasil, estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), 70% (setenta por cento) da população carcerária são de reincidentes: 34,7% na faixa etária de 18 a 24 anos; 58,5% ensino fundamental incompleto; 6,8% analfabetos; 15,0% sabem ler e escrever; 11,9% reincidentes por tráfico de drogas e 27,5% por furto.

Para as classes mais baixas, basta uma visita às prisões. Nelas, se pergunta ao condenado por que motivo a pena não o impediu de cometer o crime, ele responde na maioria das vezes que não pensou na pena; Ou, como me respondeu um ladrão habitual em Turim, e como alguns outros me repeliram em outras prisões, que "se você tem medo de conseguir um emprego ruim, acaba não trabalhando mais" (tradução nossa)<sup>350</sup>.

---

*antropológicas capazes de rectificar y completar las observaciones y hechos precedentes"* (FERRI, 2004. p. 198).

<sup>349</sup> Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador (BITENCOURT, op. cit., p. 161).

<sup>350</sup> *"Para las clases inferiores basta con haber visitado las prisiones una vez. En ellas, si se pregunta al condenado por qué razón la pena no le ha impedido cometer el delito, responde la mayor parte de las veces que no ha pensado en la pena; o bien, como me contestó en Turin un ladrón habitual, y como algunos otros me lo han repelido en otras prisiones, que «si se tiene miedo de adquirir un mal trabajando, se acaba por no trabajar más»"* (FERRI, op. cit., p. 281).



Ante o exposto, as classes mais baixas são as mais vulneráveis, logo as mais suscetíveis a fazerem parte da criminalidade brasileira, não porque efetivamente querem, mas sim por as opções serem limitadas. Pois, a ausência do Estado na formação do cidadão, acaba por conduzi-lo às estatísticas do sistema penitenciário brasileiro.

Conseqüentemente, reforça a teoria de que as políticas criminais adotadas até o momento não conseguiram evitar o avanço da criminalidade, o aumento da população carcerária, e a redução da reincidência.

Ao lado desse caráter específico da precocidade de infratores natos e habituais está o outro, o da reincidência. O grande número de reincidentes julgados todos os anos prova que os ladrões praticam a sua indústria como profissão normal; é certo que o ladrão que gostou da prisão voltará para ela. (tradução nossa)<sup>351</sup>.

A ausência de programas de educação e trabalho tem inviabilizado completamente a possibilidade de reeducar e integrar o condenado na sociedade. O cenário como um todo nos demonstra que a educação e o trabalho são o grande desafio para a gradual reintegração social do infrator, ou seja, a sua inserção no mercado de trabalho.

Por ser uma das hipóteses de evitar que o infrator volte a cometer crimes, uma vez que, as estatísticas apontam em uma única direção ausência de políticas criminais voltadas para a educação profissional, uma nova medida alternativa é imprescindível para conter todo esse avanço.

Contudo, Luigi Ferrajoli adverte que, em um sistema de penas alternativas, a maior dificuldade é encontrar o tipo de pena a substituir e superar a pena privativa de liberdade<sup>352</sup>.

A proposta do presente estudo é justamente apresentar uma pena restritiva de direito que condicione o infrator a participar de cursos profissionalizantes. Uma alternativa inovadora que permite, de forma gradual, através da educação profissional, científica e tecnológica, a ressocialização “extra muros” do infrator.

---

<sup>351</sup> “Al lado de este carácter específico de la precocidad de los delincuentes natos y habituales se encuentra el otro, el de la reincidencia. El gran número de reincidentes juzgados todos los años, prueba que los ladrones practican su industria como una profesión regular; es seguro, que el ladrón que ha gustado la prisión volverá a ella” (FERRI, op. cit., p. 174).

<sup>352</sup> (FERRAJOLI, op. cit., p. 385).

Podemos alterar o conteúdo da pena mudando os direitos classificadamente indicados como objeto de privação ou a natureza das suas restrições: nunca a total privação da liberdade pessoal, que entrega corpo e alma a uma instituição total e é, por conseguinte, um híbrido de pena corporal e de pena disciplinária, senão somente sua parcial limitação ou, melhor ainda, a privação ou restrição de outros direitos. O que não pode ser alterado é o caráter privativo da pena, que é condição de sua certeza, legalidade e determinação<sup>353</sup>.

A efetividade da ressocialização<sup>354</sup> depende exclusivamente de políticas criminais restaurativas, ou seja, eficazes ao infrator tanto no convívio social, na possibilidade de cometer novas infrações, bem como de reincidir no mesmo crime<sup>355</sup>. A ressocialização é um ato contínuo que inicia com um processo de preparação, reinserção gradual e permanência na sociedade.

Santiago Mir Puig destaca a importância da ressocialização para o apenado: “Nas penas privativas de liberdade, a prevenção especial não é aquela pura consequência da pena imposta, mas é perseguida preferencialmente, através de uma configuração da forma de execução que tende a ressocializar o condenado”. (tradução nossa)<sup>356</sup>.

Reitera Cezar Roberto Bitencourt que a ressocialização se opera com hipóteses de trabalho, ou seja, evidências concretas de sua eficácia, não por receitas definitivas e fórmulas simplistas<sup>357</sup>.

A pena alternativa desenvolvida tem esse objetivo, por isso volta-se a pessoal vulnerável que se envolve com o tráfico de drogas, em especial no tráfico privilegiado.

Henny Goulart esclarece em seu livro “*A individualização da pena no direito brasileiro*” que, para uma melhor política criminal, a reeducação é realizada por um tratamento adequado<sup>358</sup>.

---

<sup>353</sup> (Ibid., p. 386).

<sup>354</sup> A ressocialização do delinqüente implica um processo comunicacional e interativo entre indivíduo e sociedade. Não se pode ressocializar o delinqüente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se pretende integrá-lo (BITENCOURT, op. cit., p. 152).

<sup>355</sup> Portanto, os condenados em crimes relacionados direta ou indiretamente com o tráfico possuíam, segundo parte dos atores entrevistados, maior possibilidade de reincidir em virtude da atratividade exercida pelos ganhos financeiros nessa área (IPEA, 2015, p. 97).

<sup>356</sup> *En las penas privativas de libertad la prevención especial no es esa pura consecuencia del castigo impuesto, sino que se persigue de forma preferente, a través de una configuración de la forma de ejecución que tiende a la resocialización del penado* (PUIG, 2003, p. 91).

<sup>357</sup> (Idem, 2001, p. 17).

<sup>358</sup> (GOULART, op. cit., p. 93).

Conseqüentemente, permite ao infrator a possibilidade do magistrado de substituir sua pena privativa de liberdade, em uma pena restritiva de direito que lhe permita voltar aos bancos escolares e ainda ser capacitado profissionalmente. Assim, pode ser o primeiro passo para uma pena alternativa justa e eficaz.

O sistema de penas mais utilizados em países democráticos é aquele que estabelece penas determináveis dentro de margens, no qual o legislador estabelece limites rígidos, máximos e mínimos, para que o juiz aplique a pena de acordo com as circunstâncias do caso concreto, observando-se a necessária individualização da resposta penal<sup>359</sup>.

Com isso, apesar de o estudo estar relacionado ao tráfico privilegiado, a pena restritiva de direito em questão, tem seu alcance horizontal, ou seja, atinge todos os crimes que preencham os requisitos do art. 44 do Código Penal Brasileiro, bem como no acordo de não persecução penal, nos termos do Art. 28-A, inciso V do Código de Processo Penal Brasileiro, quando aplicada ao caso concreto a nova pena restritiva de direito, em substituição da pena privativa de liberdade.

Da mesma maneira, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de Habeas Corpus nº 596.603-SP, que concedeu o Habeas Corpus aos presos por tráfico privilegiado para cumprirem a pena em regime aberto. Conseqüentemente, essa decisão vem ratificar os temas abordados na presente tese, no que se refere à prisão como “*ultima ratio*”.

De fato, a exposição dos usuários e dos pequenos traficantes ao sistema prisional, a impingir-lhes o convívio com criminosos experientes e violentos, e oferecê-los como mão-de-obra barata e de livre acesso às facções criminosas que dominam o ambiente carcerário, não se mostra a alternativa mais inteligente ou racional. E não é tampouco eficaz, pois é notório o crescimento da traficância de drogas nos centros urbanos nacionais, nos quais o pequeno operário do tráfico é facilmente substituído, quando preso, na linha de produção, distribuição e comercialização das drogas, com o recrutamento de mais jovens da periferia, que, ante a ausência de oportunidades e de perspectivas, encantam-se com promessas de ganhos fáceis que a mercancia ilícita de drogas parece proporcionar<sup>360</sup>.

Em síntese, uma nova medida alternativa voltada a ressocialização do preso e, gradualmente, o seu retorno ao mercado de trabalho, está

---

<sup>359</sup> (CORREIA JUNIOR; SHECAIRA, op. cit., p. 78).

<sup>360</sup> (BRASIL – STJ, 2020).

completamente em consonância com o avanço da legislação penal e processual penal brasileiro, e a reiteradas decisões dos Tribunais Superiores. No caso em tela a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, incluir no rol das penas restritivas de direito a obrigação do infrator de participar de cursos profissionalizantes, que consiste em frequentar cursos de educação profissional, científica e tecnológica junto aos Institutos Federais (IFs) do local onde cumprirá a pena, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado à sua moradia atual, conforme estabelecido na sentença (**Proposta de Lei – Anexo 1**).

Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretantes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso<sup>361</sup>.

Reconhecer que a proposta de uma nova pena alternativa vai ao encontro de vários estudos, e pesquisas realizados, e, efetivamente, torna-se uma possibilidade impar em uma mudança completa na forma de aplicação de medidas alternativas eficazes, que beneficiarão em número e gênero os infratores submetidos a essa alternativa penal<sup>362</sup>.

Não resta dúvida que estamos diante de uma real possibilidade de ressocialização, de retorno do infrator ao mercado de trabalho e, principalmente, de modo a evitar o retorno desse infrator ao crime, bem como ao convívio direto com as facções criminais.

Por fim, essa pena passa a ter uma finalidade certa, ou seja, evitar o cárcere e permitir uma nova chance àqueles infratores que se dispuserem a arrepende-se de suas falhas e, ao mesmo tempo, estar apto a viver em sociedade, agora com trabalho e renda alcançados com dignidade.

---

<sup>361</sup> (HONNETH, 2003. p. 194).

<sup>362</sup> Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado (BECCARIA, 1949.).

## 6. CONCLUSÃO

O réu hipossuficiente (vulnerável) sempre foi e será o estereótipo do preso. O aumento da população carcerária brasileira decorre do perfil desse preso, entretanto, a responsabilidade não pode ser atribuída única e exclusivamente ao réu e sim à crise do sistema, que engloba vários aspectos.

A aplicação de penas alternativas em substituição ao cárcere ainda é uma solução viável, porém, é necessária uma alteração legislativa em razão do perfil do réu preso atualmente.

O tráfico de drogas é o exemplo apresentado na tese. “Operários do crime” ou “mulas” os quais são submetidos ao sistema, são os mais atingidos, em detrimento do crime organizado e das facções criminosas.

A resolução dos conflitos relacionados ao tráfico de drogas não está na prisão de um simples traficante e, sim, no empresário do tráfico. O problema não está na base da cadeia alimentar do tráfico e sim no ápice da estrutura.

Enquanto, as políticas criminais buscarem prender apenas os operários do tráfico, para os chefões do tráfico ainda será cômodo. Em consequência ocorrerá o aumento da população carcerária, logo, é necessária uma nova alternativa penal: “a substituição do cárcere pela educação profissional, científica e tecnológica”. “A ressocialização pela educação profissional científica e tecnológica” é o resultado da pesquisa, ou seja, a tese.

Primeiro, é necessária uma política nacional por meio de uma ação integrada, entre Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério da Educação, Secretaria de Justiça e Segurança Pública dos Estados.

O objetivo é formar as parcerias necessárias por regulamentação e termo de cooperação técnica, com a finalidade de garantir a efetividade na aplicação da nova pena alternativa (pena restritiva de direitos) em substituição à privativa de liberdade, no caso estudado aos crimes de tráfico privilegiado, com pena não superior a 4 (quatro) anos, não violentos e sem envolvimento com o crime organizado e facções criminosas.

Segundo, a Lei 11.892/2008, criou os Institutos Federais, um sistema Federal de Ensino, a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, vinculada ao Ministério da Educação. Esses Institutos Federais

serão os responsáveis em receber e formar os cidadãos beneficiados com a pena alternativa após análise dos requisitos legais da pena e decisão judicial.

O Estado de Mato Grosso do Sul, objeto do estudo, está contemplado com 10 (dez) *campi* localizados nas cidades de Aquidauana, Campo Grande, Corumbá, Coxim, Dourados, Jardim, Naviraí, Nova Andradina, Ponta Porã e Três Lagoas, ou seja, o suficiente para implantar a pena alternativa por meio da educação.

Terceiro, o único mecanismo de efetividade penal é a possibilidade de o réu que preenche os requisitos legais para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Esse mecanismo é o aprendizado, ou seja, a substituição do cárcere pela educação profissional, científica e tecnológica. É o momento de substituir, alterar e fazer presente o Estado por políticas criminais adequadas a seu tempo, como é o caso da presente tese.

Quarta, entretanto, só é possível a ressocialização pela educação profissional, científica e tecnológica, por meio da alteração legislativa. O poder legislativo tem o dever de analisar a necessidade de uma alteração legislativa no que se refere às penas restritivas de direitos.

Quinta, as justificativas apresentadas são suficientes para demonstrar a importância de uma nova medida alternativas em substituição ao cárcere. Assim, destaco a necessidade de alterações no Código Penal Brasileiro, a saber:

“Art. 43. As penas restritivas de direito são:

VII. Obrigação de participar de cursos profissionalizantes.

Art. 48-A. A obrigação de participar de cursos profissionalizantes consiste em freqüentar cursos de educação profissional, científica e tecnológica junto aos Institutos Federais (IF) do local onde cumprirá a pena, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado à sua moradia atual, conforme estabelecido na sentença.

§ 1º Os cursos profissionalizantes serão atribuídos conforme a aptidão do condenado, e o tempo de sua realização.

Art. 57-A. A pena de obrigação de participar de cursos profissionalizantes, prevista no inciso VII do art. 43 deste código terá a duração proporcional à pena cominada.”

Com isso, a **alteração legislativa**, proporcionará uma possibilidade real de evitar que réus que cometam crimes não violentos, como o tráfico privilegiado, sejam submetidos ao cárcere, e, ao mesmo tempo, seja proporcionada, desde que atendidos os requisitos do art. 44 do CP, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Entretanto, a responsabilidade do magistrado em todo esse processo é fundamental, pois, ao magistrado cabe a análise da aplicação das penas restritivas de direito, bem como da aplicação da pena aos crimes por tráfico privilegiado, dentro do limite legal para a substituição. Contudo ainda é necessário o devido acompanhamento do infrator durante o período do cumprimento da pena alternativa.

Ante o exposto, 2 (duas) conseqüências serão geradas com a alteração legislativa proposta. Primeiro, outros tipos penais também serão beneficiados desde que preencham os demais requisitos contidos no Art. 44 do Código Penal. Segundo, a aplicação do **acordo de não persecução penal** nos termos do Art. 28-A, a todos os crimes com pena cominada inferior a 4 (quatro) anos, inclusive o tráfico privilegiado.

Por fim, está demonstrado que a pesquisa é inovadora e proporcionará uma contribuição original para a área do Direito Penal, Processual Penal e Criminologia.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Contribuição do Brasil sessões e resoluções da Conferência Penal e Penitenciárias**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

AZEVEDO, Noé. **As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penaes**. São Paulo: RT, 1936.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: RT, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. 11 ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Rio de Janeiro: Editora de Paulo, 1926.

BARROSO, Liberato. **Questões práticas de direito criminal**. Rio de Janeiro: Edictor B. L. Garnier, 1866.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2003

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Atena, 1949.

BELESA, Teresa Pizarro; MELO, Helena Pereira de. **A mediação penal em Portugal**. Coimbra, 2012.

BEVILAQUA, Clovis. **Unidade do direito processual**. Recife: Imprensa Industrial, 1905.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 2000.



BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e a análise da constituição do império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de gestão para as alternativas penais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/publicacoes-e-relatorios/>> Acesso em: 10 set 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Resolução N. 288, de 25 de junho de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de gestão para as alternativas penais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais\\_ARTE\\_web.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf)> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

BRASIL. Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977 - Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1988. Lei das Penas Alternativas.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 11.892, de 29 de dezembro de 2008. Institui a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Penas Alternativas** – Série pensando o direito nº 6/2009, 2011. <[https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/06pensando\\_direito.pdf](https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/06pensando_direito.pdf)>  
Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional** – DEPEN. Disponível em:

<<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN Diretoria de Políticas Penitenciárias - DIRPP Coordenação-Geral de Fomento às Penas e Medidas Alternativas Anais VII CONEPA – **Congresso Nacional de Alternativas Penais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

BRASIL. Nações Unidas. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente - ILANUD. **Levantamento Nacional sobre Aplicação e Execução de Penas Alternativas**: relatório final de pesquisa. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.480, de 1989. Regulamenta o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 8.045, de 2010 – Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 – Anteprojeto de Código Penal.

BRASIL. Projeto de Lei nº 10.372, de 2018. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

BRASIL. Senado Federal. Resolução n. 5, de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 596.603-SP**. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Processo 2020/0170612-1. Brasília, DF, Sessão 8/9/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 596.603-SP**. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Processo 2020/0170612-1. Brasília, DF, DJ: 22/09/2020. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1979417&num\\_registro=202001706121&data=20200922&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1979417&num_registro=202001706121&data=20200922&formato=PDF)> Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria coordenada sobre o sistema prisional**. Medidas emergenciais para prevenir rebeliões. Deficiência no sistema nacional de informações penitenciárias e no acompanhamento da execução das penas. Ausência de dados referentes ao custo mensal do preso por estabelecimento prisional. Determinação. Recomendação. Ciência. Acórdão 2643/2017. Relatora Ministra Ana Arraes. 29 nov. 2017.

- CAMPILONGO, Celso. Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CAMPILONGO, Celso. Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva. 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. Trad. Júlia Jimenes Amador. Campinas: Editora Péritas. 2001. V. II.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder. 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Editora Servanda. 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Trad. Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares. 2015.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Carvalho, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASTIGLIONE, Teodolindo. **Estabelecimentos penais abertos e outros trabalhos**. São Paulo: Saraiva, 1959.
- CASTRO, Viveiro de. **Questões de direito penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1899.
- CASTRO, Viveiro de. **A nova escola penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913.
- CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO, promulgado por S.S. O Papa João Paulo II, versão portuguesa 4. Ed. rev. Conferência episcopal portuguesa-Lisboa. Braga: Editorial apostolado da oração, 1983.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: RT, 1995.
- CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos as ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002.

CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Livraria editora, 1908.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DA SILVA, Germano Marques. **Direito penal português: parte geral III teoria das penas e medidas de segurança**. 2. Ed. Lisboa: Editora Verbo, 2008.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: RT, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoria del delito y de la pena: Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad**. 2. ed. Buenos Aires: Editorialstrea, 1996. T. I.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo penal**. México: Universidad Nacional autónoma de México, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRI, Eurico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FERRI, Eurico. **Sociologia Criminal**. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2004. T. I.

FERRI, Eurico. **Sociologia Criminal**. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2004. T.II.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário brasileiro de segurança pública 2014 a 2017. São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>> Acesso em: 10 set. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Segurança Pública é a solução 2018. Disponível em: <[https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP\\_Agenda\\_prioritaria\\_eleicoes\\_2018-1.pdf](https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Agenda_prioritaria_eleicoes_2018-1.pdf)> Acesso em: 10 set. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário brasileiro de segurança pública 2017 a 2019. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>> Acesso em: 10 set. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário brasileiro de segurança pública 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>> Acesso em: 20 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 20. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**: Estudo sobre o delito e a repressão penal. 4. ed. Lisboa: Clássica editora, 1925.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Antônio Baptista. **PCC e facções criminosas** [livro eletrônico]: a luta do Estado no domínio pelo poder. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOULART, Henny. **A individualização da pena no direito brasileiro**. São Paulo: Editora brasileira de direito, 1970.

GOULART, Henny. **Penologia II**. São Paulo: Editora brasileira de direito, 1975.

GRAMATICA, Filippo. Revue internationale de défense sociale. Janvier/Juin 1956, n. 1-2. Gênês (Itália). **La prevenzione in rapporto alla valutazione “soggettiva” della colpa**. p. 20-40. (Gramatica, Filippo).

GRAMATICA, Filippo. Revue internationale de défense sociale. Janvier/Juin 1956, n. 1-2. Gênês (Itália). **Le problème de la détention et l’orientation de l’action pénitentiaire**. p. 49-58. (Anderson, Charles).

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GROTIUS, Hugo. **O direito da Guerra e Paz**. 2-Inijui (2004).

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. 1.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Persona, mundo y responsabilidad bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde y María Del Mar Díaz Pita. Colombia: Editorial Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal**. Revista Penal, nº 11.2003, págs. 31-40. Espanha: Latindex.  
<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12585/Contra%20el%20abolicionismo.pdf?sequence=2>

HÉLIE, Faustin. **Traité de L’instruction Criminelle**. Paris: Henri Plon, 1866.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HONNETH, Alex. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernaf de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Paris: Editions du centurion, 1982.

HULSMAN, Louk. CHRISTIE, Nils; MATHIESEN, Thomas. **Abolicionismo Penal**. Trad. Mariano Alberto Clafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal**, in Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva (orgs). Conversações abolicionistas uma crítica do sistema penal e da social. Verse, 3: 190-219, 2003.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa**. Brasília: Ipea, 2015. Disponível em: <  
[https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25590](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590)> Acesso em: 10 set. 2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/> Acesso em: 10 set. 2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas da violência 2020. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: < <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020> > Acesso em: 10 set. 2020.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e críticas. 6. ed. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giancomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUNIOR, Antônio de Paula Ramos. **Comentário ao Código Criminal Brasileiro**. 1875.

JUNIOR, Miguel Reale. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LEAL, Aurelino. **História Constitucional do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. 1899.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LYRA, Roberto. **Novo direito penal**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NALINI, José Roberto. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NEUMANN, Franz. **O Império do Direito**: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2013.

NEVES, Antônio Castanheira. **Entre o legislador a sociedade e o juiz ou entre sistema função e problema**. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 1998. v. LXXIV, p. 1-44.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.



PINTO, João José de Andrade. **A constituição da República do Brazil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa a vapor, 1890.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2003.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal parte general**. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pissetta e Lenita Maria Rimole Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção**. Portugal: Coimbra, 1995.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Graco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paragmática**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SALEILLES, R. **L'individualisation de la peine: Étude de criminalité sociale**. Paris : Éditeur Félix Alcan, 1898.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La Expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SECRETARIA DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN-MS). **Coordenadoria de Políticas Penitenciárias**. 2019.

SECRETARIA DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN-MS). **Núcleo de Informações Criminais**. 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - TJMS. Revisão Criminal n. 0004711-24.2012.8.12.0000, Campo Grande, Seção Criminal, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, DJE: 03/10/2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - TJMS. Ação Criminal n. 0004032-74.2019.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Vara Criminal, Juiz. Olivar Augusto Roberti Coneglian, Decisão: 15/05/2019.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo Direito**. Trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

## ANEXO 1

### PROJETO DE LEI Nº , DE 2020.

Introduz modificações no Código Penal Brasileiro para incluir uma nova pena restritiva de direito, como política criminal de ressocialização por meio do trabalho e renda.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta Lei modifica no Código Penal Brasileiro para incluir uma nova pena restritiva de direito, como política criminal de ressocialização por meio do trabalho e renda..

Art. 2º O Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941- Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 43 .....

.....

VII. Obrigação de participar de cursos profissionalizantes.

[...]

Art. 48-A. A obrigação de participar de cursos profissionalizantes consiste em freqüentar cursos de educação profissional, científica e tecnológica junto aos Institutos Federais (IF) do local onde cumprirá a pena, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado à sua moradia atual, conforme estabelecido na sentença.

§ 1º Os cursos profissionalizantes serão atribuídos conforme a aptidão do condenado, e o tempo de sua realização.

[...]

Art. 57-A. A pena de obrigação de participar de cursos profissionalizantes, prevista no inciso VII do art. 43 deste código terá a duração proporcional a pena cominada.”

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.