



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tereza Cristina Sader Vilar

**CRITÉRIOS METAJURÍDICOS DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE COMO ÓBICE À
APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS**

Belo Horizonte

2016

Tereza Cristina Sader Vilar

**CRITÉRIOS METAJURÍDICOS DA FIXAÇÃO DA PENA BASE COMO ÓBICE À
APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Klélia Canabrava Aleixo
Área de concentração: Direito Penal

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

- V697c Vilar, Tereza Cristina Sader
Critérios metajurídicos da fixação da pena-base como óbice à aplicação das penas alternativas / Tereza Cristina Sader Vilar. Belo Horizonte, 2016.
106 f.
- Orientadora: Klélia Canabrava Aleixo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.
1. Penas alternativas. 2. Juízes. 3. Decisão (Direito). 4. Conduta. 5. Valores.
6. Prisões. I. Aleixo, Klélia Canabrava. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.24

Tereza Cristina Sader Vilar

**CRITÉRIOS METAJURÍDICOS DA FIXAÇÃO DA PENA BASE COMO ÓBICE À
APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Prof. Dra. Klélia Canabrava Aleixo - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Henrique Viana- PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa- FASASETE (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2016

AGRADECIMENTOS

Início meus agradecimentos por DEUS, ele colocou pessoas tão especiais a meu lado, sem as quais certamente não teria dado conta! Além de ter me dado força diariamente desde início do curso, para que esse sonho pudesse se tornar realidade.

Ao meu amado esposo, Clécio, por ser tão importante na minha vida. Sempre ao meu lado, me colocando para cima e me fazendo acreditar que posso mais que imagino. Devido a seu companheirismo, amizade, paciência, compreensão, apoio, alegria e amor, este trabalho pôde ser concretizado. Quando pensava em desistir ele me incentivava, não permitindo meu desânimo. Meu Amor, obrigada por ter feito do meu sonho o nosso sonho!

Ao meu príncipe Gustavo, meu amado filho, que, no último ano, esteve tão próximo (literalmente) de mim, que foi tão presente no desenvolvimento deste trabalho e que, agora, me inspira a querer ser mais que fui até hoje!

A minha mãe Cristina, meu infinito agradecimento. Sempre acreditou em minha capacidade. Isso só me fortaleceu e me fez tentar, não ser melhor, mas a fazer o melhor de mim. Obrigada pelo amor incondicional e pelo exemplo de luta e força de vontade! Sou grata por tudo que é pra mim.

Ao meu pai Rêmulo, meus irmãos, Alexandre e Ana Flávia e minha cunhada Fabiana, que sempre se orgulharam de mim e confiaram em meu trabalho. Obrigada pela confiança!

À professora Klélia, que acreditou em meu potencial de uma forma a que eu não acreditava ser capaz de corresponder. Sempre disponível e disposta a ajudar, querendo que eu aproveitasse cada segundo dentro do mestrado para absorver algum tipo de conhecimento.

Ao meu coordenador Álvaro e aos meus colegas de trabalho das Faculdades Santo Agostinho, pelo incentivo e apoio.

RESUMO

A abordagem desse tema para a discussão no presente trabalho foi motivada pela falência do sistema carcerário brasileiro e a necessidade de aplicação das penas alternativas como substitutivas. Isso pode ser observado que uma falha motivada por uma decisão, arraigada por preceitos axiológicos e metajurídicos, afetando diretamente a possibilidade de aplicação de penas alternativas. O resultado desse ciclo-vicioso pode chegar a ter reflexos em decisões dos magistrados totalmente subjetivas e metajurídicas, em que imputam à conduta e não ao fato - objeto do Direito Penal - um etiquetamento da conduta delituosa. Esse vício reflete diretamente no sistema carcerário uma vez que se observam a usurpação das fases do devido processo legal que podem culminar em decisões injustas, que afetam a população carcerária. Tal equívoco está inserido em um rol complexo, que culminam vícios desde as fases primárias da dosimetria da pena, ou seja, no momento em que o magistrado analisa subjetivamente a primeira fase dessa dosimetria, tendo como resultado a impossibilidade de aplicação das penas alternativas como substitutivas, e sendo aplicadas como aditivas e castigo. Refletindo na superlotação das penitenciárias bem como na constante usurpação dos direitos e garantias fundamentais dos apenados. E a descaracterização da função ressocializadora da pena, passando a ter a alcunha de punição e castigo por parte do Estado.

Palavras chave: Penas alternativas. Metajuridicidade. Apriorísticos. Carga. Axiológica.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the alternative penalties in the Brazilian penal system. This work was motivated by the bankruptcy of the Brazilian prison system. Actually, the changes in the system can be noticed at a decision-driven fault, based on axiological and metajuridic precepts, that directly affects the possibility of applying alternative penalties. The result of this vicious cycle can have repercussions in the decisions of the magistrates totally subjective and metajuridics, in which they impute to the conduct and not to the fact - object of the Criminal Law - what becomes a labeling of the criminal conduct. Such behavior reflects on the prison system, once I can be seen the usurpation of the stages of due process that can culminate in unfair decisions that affect the prison population. Such a mistake is part of a complex role, culminating in vices from the primary stages of the dosimetry of the sentence, that is, at the moment when the magistrate subjectively analyzes the first phase of this dosimetry, resulting in the impossibility of applying alternative sentences. Thus, it is applied as additives and punishment, which is directly related to the overcrowding of penitentiaries, as well as on the constant usurpation of the fundamental rights and guarantees of the victims. In this context, the system doesn't allow the resocialization function of the sentence, as consequence the is the punishment by the State, how it is known this kind of punishment

.

Keywords: Alternative penalties. Metajuridicity. A priori. Charge. Axiological

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DAS TEORIAS DA PENA.....	15
2.1 Origem das penas	15
2.1.1 <i>Penas privativas de liberdade</i>	17
2.2 Origem e evolução histórica das penas alternativas no direito brasileiro.....	20
2.3 Função e necessidade de aplicação das penas alternativas.....	27
2.3.1 <i>Função das penas</i>	28
2.3.2 <i>Prevenção Geral Negativa</i>	31
2.3.4 <i>Prevenção Geral Positiva</i>	31
2.3.5 <i>Prevenção Especial</i>	32
2.3.6 <i>Prevenção Especial Negativa</i>	33
2.3.7 <i>Prevenção Especial Positiva</i>	33
2.4 Teorias mistas ou unificadoras.....	34
2.4.1 <i>Teorias funcionalistas</i>	35
2.4.2 <i>Teoria Agnóstica da pena</i>	43
3 FIXAÇÃO DA PENA BASE E SEUS JUÍZOS APRIORÍSTICOS	47
3.1 Sistema atual: método trifásico de cálculo da pena e estágios de aplicação da pena. 47	
3.2 Princípio da individualização da pena, proporcionalidade, intervenção mínima e segurança jurídica.	50
3.3 Finalidade das penas alternativas e a necessidade de implementação das mesmas ...	54
3.4 Sociedades de controle.....	58
3.4.1 <i>Cárcere: meio eficaz para dominação e violação dos direitos e garantias fundamentais</i>	58
3.4.2 <i>Os Juízos apriorísticos e seletividade do sistema</i>	64
3.5 Direito penal do fato e direito penal do autor	67
3.6 Penas alternativas aplicadas como aditivas e castigo	70
3.7 O cárcere como instrumento punitivo e de vingança	75
3.8 A limitação do poder punitivo pelo Direito Penal	76
4 METAJURIDICIDADE DA PENA BASE COMO ÓBICE DA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS	81
4.1 A Imparcialidade Do Juízo e a Subjetividade Do Julgador	81
4.2 Metajuridicidade e Movimento do Direito Livre.....	83
4.3 As decisões judiciais, e os juízos apriorísticos.....	85
4.4 Atividade subjetiva do magistrado em face da aplicação das penas alternativas	89
4.5 A imparcialidade do juízo e a necessidade de aplicação das penas alternativas como substitutivas.....	92
5 CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento deste trabalho tem por objetivo discutir sobre aplicação de penas alternativas, que seriam substitutivas, que foi motivado pelo esgotamento do sistema carcerário Brasileiro. Nesse passo, Michel Foucault¹ demonstra a relação que a sociedade atual instituiu com o cárcere: uma total dependência apesar do reconhecimento de seus tortuosos resultados e até mesmo sua inutilidade.

Com o passar do tempo a sociedade conhece cada vez mais os inconvenientes da prisão, e sabe-se que essa é perigosa quando não inútil, entretanto não vislumbramos acerca do que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.² Cumpre ressaltar que essa sociedade tem uma cultura extremamente punitivista, crendo que o encarceramento é a solução para a criminalidade, o que será discutido nesse trabalho e demonstrado que tal argumento não deve prosperar.

Desta feita, fica difícil ajustar o fundamento do Direito Penal a um verdadeiro Estado Democrático de Direito em virtude de diversas violações de direitos e garantias fundamentais, principalmente no que tange às classes sociais menos favorecidas.

O presente trabalho tem a pretensão de demonstrar que as penas alternativas devem ser aplicadas com substitutos penais e não como penas aditivas, posto que essa cultura punitivista – de prisão como primeira opção – não tem relação com o Direito Penal atual e vigente, pois este é baseado em princípios de liberdade e igualdade de todos, podendo-se afirmar que essa cultura de castigar utilizando prisão como instrumento principal deve ser extremamente refutada, pois tem consequências extremamente negativas.

Sendo que os resultados podem ser decisões axiológicas, em que os magistrados as fundamentam de forma totalmente subjetiva utilizando critérios metajurídicos em que imputam à conduta e não ao fato – objeto do Direito Penal – um etiquetamento da conduta delituosa.

Isto, por mais que pareça difícil observar inicialmente reflete na superlotação das penitenciárias bem como na constante usurpação dos direitos humanos dos apenados. E a descaracterização da função ressocializadora da pena, passando a ter a alcunha de punição e castigo por parte do Estado.

¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991

² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 218

Foram analisadas bibliografias atinentes ao tema para que se chegasse à conclusão de que existe a necessidade de aplicar as penas alternativas como substitutivas e não como aditivas e instrumento de castigo.

A dissertação encontra-se organizada da seguinte maneira.

No segundo capítulo são discutidos os Fundamentos jurídicos e filosóficos da teoria penal. Para tanto faz-se uma breve retrospectiva histórica das penas privativas de liberdade, da fundação e desenvolvimento do sistema punitivo brasileiro. Ademais discute-se a função das penas, especialmente a necessidade da instituição penas alternativas, em crimes leves, especialmente diante da crise do sistema carcerário., e conclui-se apresentando as teorias que justificam e embasam as penas.

A seguir, no terceiro capítulo se discorre sobre o sistema atual penal, que se configura como um método trifásico de cálculo da pena e estágios de aplicação da pena. Nesse capítulo ainda se discute o princípio da individualização da pena, a necessidade intervenção mínima e segurança jurídica para o estado de direito democrático. Por fim, discute-se a finalidade das penas alternativas e a necessidade de implementação da mesma sociedade de controle, e ainda o lugar dessas no direito penal, de fato ou do autor. No entanto, mostra-se que o cárcere não pode ser apenas um instrumento punitivo ou de vingança, e que o poder punitivo precisa ter limites. Desse modo, mostra-se como a punição alternativa, se configura como uma punição que possibilita a reabilitação, ao contrário do modelo baseado na vingança.

A seguir, o 4º capítulo defende-se a punição que não seja, exclusivamente, tem por objetivo analisar a metajuridicidade da pena base como óbice da aplicação das penas alternativas. Defende-se ainda a necessidade da imparcialidade do juízo, tanto quando, a subjetividade. Discute se que o princípio visa à garantia de que cada indivíduo violador do ordenamento jurídico penal tenha uma pena aplicada de acordo com a gravidade de sua conduta e as circunstâncias a ela atreladas. E por fim, mostra o lugar da visão subjetiva e imparcial do juiz.

Por fim, conclui-se esta dissertação no capítulo 5.

2 FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DAS TEORIAS DA PENA

Inicialmente, pretendemos fazer uma análise histórica acerca da origem e desenvolvimento das penas, para que fique clara a necessidade de aplicação das penas alternativas como substitutos penais, coibindo cada vez mais a carga axiológica utilizada pelos magistrados, demonstrando ainda que estes devem deixar de utilizar juízos apriorísticos no momento de aplicação das penas restritivas, aplicando-as como aditivas e castigo.

2.1 Origem das penas

A princípio pode-se afirmar que a origem das penas antecede à própria criação da constituição da sociedade, elevando grupamentos de homens que lhe atribuíam um caráter divino, pois o descumprimento às obrigações devidas a divindades merecia graves castigos, como por exemplo a tortura e a morte.

A concepção da pena girava em torno da prevalência da lei do mais forte, também conhecida como Lei de Darwin, que estabelecida à auto-composição ou autodefesa, apresentada como vingança privada, utilizada pela vítima em busca de solucionar o conflito, sendo a resposta da solução dada a sua força própria, grupo ou família, para assim conseguir exercê-la em desfavor do infrator.³

Desde os primórdios as penas contrariavam os princípios da proporcionalidade e pessoalidade, vez que eram desproporcionais ao mal ocasionado, e a forma de aplicação com intuito de vingança declinava à família do infrator.

Se o infrator fizesse parte da mesma família da vítima, a sanção penal visava condenado-lo à perda da paz ou banimento do membro de tal grupo, tendo como consequência a perda da proteção do grupo ao que pertencia – podendo esse ser atacado por qualquer pessoa se se encontrando vulnerável em relação a opositores, podendo acarretar até mesmo em sua morte.⁴

Havia uma grande necessidade dos homens ainda não civilizados em confiar em um poder superior, sobrenatural, quando ainda não havia uma organização social. Sendo assim, cultuavam esculturas denominadas totens que exigiam respeito e comprometimento, e o

³ GIUSEPPE apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 31.

descumprimento dessas regras por qualquer indivíduo ocasionavam sanções à sociedade, enquanto que à obediência incidia recompensa.

Dessa maneira, a pena tinha um caráter sacro e essa vingança pessoal não era tida como punição, mas como um meio de restauração da integridade coletiva perante a divindade cultuada.

Os povos indígenas no Brasil seguiam valores culturais de punição semelhantes à regra de Talião – a perda da paz, a pena de morte através de tacape (arma indígena de ataque) e as penas corporais, sob a concepção de suas crendices⁵.

Segundo MARQUES, as "práticas punitivas desses povos indígenas em nada influíram na legislação brasileira." ⁶René Ariel Dotti afirma:

Ter encontrado sinais de punição na forma do talião e da vingança do sangue para as lesões cometidas nas tribos indígenas brasileiras. Acrescenta que a perda da paz também era utilizada, porém predominavam a pena de morte (através do tacape) e as penas corporais.⁷

Nota-se que havia prática desproporcional em relação à ofensa e falta de pessoalidade da pena, pois a sanção atingia não só o ofensor, como também todo o seu grupo familiar.

Com a necessidade de evitar genocídios, com a evolução social, passou a existir a conhecida Lei de Talião, chamada também como Lei Mosaica; a partir de então surge o primeiro rastro de proporcionalidade entre pena e delito. Ao prescrever a máxima “sangue por sangue, olho por olho, dente por dente”, a referida Lei de Talião dava ao infrator exatamente aquilo que ele tinha causado, portanto, restringindo-se à retribuição proporcional ao mal causado.

Como aponta Cezar Roberto Bitencourt⁸, a legislação penal das civilizações antigas foi marcada pela natureza religiosa de suas normas sob os ritos para apaziguar a ira dos deuses ao condenado e, assim, reconquistar a benevolência desses deuses. A prática da Lei de Talião foi adotada pelo Código de Hamurabi, no século XXIII a C; na Babilônia, pela legislação hebraica – Êxodo; e pela Lei das XII Tábuas, em Roma.

Nilo Batista elucida a proporcionalidade utilizada pelo rei Hamurabi:

Na antiga legislação babilônica editada pelo rei Hamurabi, verifica-se que se um pedreiro construísse uma casa e esta desabasse, matando o morador, o pedreiro seria morto; no entanto, se também morresse o filho do morador, o filho do pedreiro haveria de ser

⁵ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 115-116.

⁶ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 115-116.

⁷ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 44.

⁸ BITENCOURT *apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 47.

sacrificado. De nada adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico (uma acomodação do terreno, por exemplo). Seria, sempre, objetivamente responsável; ele e sua família, dependendo da extensão do dano causado.⁹

Nessa época, surge a composição, quanto aos delitos privados, utilizava-se a composição e a faida, ou seja, a inimizade contra o infrator e sua família, que deveriam sofrer a vingança do sangue.¹⁰ Na fase da composição havia a substituição do cumprimento da pena pelo pagamento (moeda, gado, vestes etc.), e consequente reparação do dano causado.

O Império Romano cai, no século IV, no que sobreveio o direito germânico, sob considerável influência da igreja, e o direito canônico, pela qual a vingança divina era exercida com a devida proporcionalidade do pecado cometido contra Deus em relação ao acusado.¹¹

A partir de então, a igreja começa a se opor em relação à prática individualista da vingança privada ou autodefesa utilizada, conforme já dito. Entretanto, as interpretações das escrituras sagradas eram corrompidas, e as maneiras de averiguar a culpabilidade emanavam de uma revelação divina inquestionável que impunha sacrifícios dos mais variados, com o fito de corrigir o infrator.

Os conceitos de Estado e igreja eram confundidos em relação ao exercício de poder, havendo uma evolução no sentido da prisão-pena, a partir de então vista de duas maneiras: custódia e eclesiástica, utilizada para punir sacerdotes faltosos, com penas em celas ou a internação em mosteiros com a finalidade de fazer com que o recluso meditasse, refletisse e se arrependesse da infração cometida.

Dessa feita dentro desta fase da história surgiu a privação de liberdade do indivíduo como pena, sendo o cárcere uma penitência e meditação, originando, deste modo, a palavra penitenciária como local de se cumprir tal ritual.

Essa vingança divina foi seguida em várias regiões, especialmente na Índia (Código de Manu), Babilônia (Código de Hamurábi), Israel (Pentateuco), Egito (Cinco Livros), Pérsia (Avesta), China (Livros das Cinco Penas) etc.

2.1.1 Penas privativas de liberdade

⁹ BATISTA Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. São Paulo: Revan, 2001, p. 102.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89

¹¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 115-116.

As penas privativas de liberdade tiveram início a partir do século XVI, quando em 1595 foi construído o estabelecimento carcerário Rasphuis, em Amsterdã, para a execução das condenações.

Cumpre notar que os primeiros indícios de possibilidade de flexibilizar as penas surgem ainda no Direito Romano quando o pretor podia substituir, nos crimes de incêndios, provocados por negligência, a pena de fustigação pela *Severa Interlocutio*, o simples surgimento da Admoestação Judicial, preconizada por Justinianus.¹²

Tal Admoestação Judicial foi substituída pelo *Monitio Canônico*, que consistia em uma advertência na medida para prevenir o crime ou como um substituto para a punição pelo qual as decisões dos juízes eclesiásticos, apesar de não terem nenhuma fundamentação em diploma legal, tinham força de lei em função de legado papal. Importante destacar que pelo fato do *Monitio canônico* não ser um instituto jurídico foi abolido com o lapso temporal.

Sendo assim, os juízes eclesiásticos tinham autoridade para determinar a suspensão de todas as penas temporais e espirituais impostas aos condenados que retornassem à sua presença, pedindo o perdão, desde que não mais praticassem os atos delituosos ou repudiados, anteriormente cometidos, correndo o risco das penas suspensas serem executadas.¹³

Posteriormente, surge então o humanismo e as ideias iluministas dentre os quais as penas permaneciam no debate entre os racionalistas e contratualistas que passaram exigir que as leis definissem, imparcialmente, as punições.

As ideias humanitárias do iluminismo no Estado Moderno e, posteriormente, no Estado-Nação Liberal, a razão prevalecia, e sendo assim, os governantes deveriam agir com fundamento no racionalismo humano, dentro da lei. Dando continuidade com o caminho humanitário as penas começam a serem flexibilizadas a partir de sanções a menores, na Inglaterra, no período republicano, sendo que os primeiros vestígios dessa flexibilização são revelados ainda no Direito romano quando o pretor podia substituir, nos crimes de incêndios, provocados por negligência, a pena de fustigação pela *Severa Interlocutio* e desta o simples surgimento da Admoestação Judicial, preconizada por Justinianus.¹⁴

¹² COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas**: Reeducação adequada ou estímulo à impunidade? 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 56.

¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

¹⁴ COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas**: Reeducação adequada ou estímulo à impunidade? 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 56.

Com o funcionamento do Instituto *Juvenile Offenders* em 1847, o juiz tinha a faculdade de omitir a sentença de condenação para apenas declarar a culpabilidade, com simples admoestação, ou censura, podendo ainda substituir a pena corporal pela pecuniária.

Após 32 anos, na Inglaterra, com a criação do *Summary Jurisdiction Act*, foi criada a suspensão condicional da pena, mas cabia ao infrator a obrigação de pagar as causas processuais ao juiz e a segurança de manter uma conduta ilibada, realizando o pagamento das despesas processuais corretamente e ressarcimento dos danos que resultaram da infração penal.

Com a aprovação do *Probation of First Offenders Act*, a partir de 1886, o benefício da suspensão da pena foi estendido a delitos não somente culposos, desde que a pena não ultrapassasse a dois anos de reclusão e que fosse prestada uma caução e estabelecida uma conduta idônea do infrator durante o período estipulado pelo tribunal. De 1.907 em diante, o último instituto passou a ser o único válido na Inglaterra, sendo revogados todos os outros anteriores com relação à suspensão da pena¹⁵.

Insta anotar que, nos Estados Unidos, encontram-se os fundamentos jurídicos para a suspensão condicional das penas numa legislação de correção também de menores, por meio do Reformation and Industrial School. Nessas escolas industriais, os menores infratores primários, conforme convencimento do juiz, podiam continuar gozando da liberdade, só que mediante vigilância de um Conselho de Administração.

Diante de resultados positivos do *Reformation and Industrial School*, em 1878, através do *Probation Office for Adults*, as regras da liberdade vigiada aos menores foram estendidas também aos infratores primários adultos, mediante severa fiscalização em torno da vida pregressa dos infratores e de suas capacidades de recuperação sem a necessidade da pena de reclusão.

Essa inovação na legislação penal dos Estados Unidos foi tão significativa que foi reconhecida e divulgada tornando-se obrigatória a sua aplicação pelos magistrados em todo o território do Estado de Massachusetts, por força de lei, em 18 de maio de 1891.

Com os exemplos da Inglaterra e Estados Unidos, demais países do continente europeu adotaram em seus ordenamentos jurídicos tal flexibilização no âmbito penal, concedendo, gradativamente, a suspensão condicional das penas privativas de liberdade.

¹⁵ COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas**: reeducação adequada ou estímulo à impunidade? 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 49.

Foi o caso da Bélgica, através do Ministro da Justiça Jules de Jeune, em 31 de maio de 1888; a França, com a Lei Bérenger, de 26 de março de 1891; a Suíça, com o Código de Neuchatel, de 29 de maio de 1891; Portugal, a partir de 1893; a Noruega, a partir de 1894; Espanha, 1907; e assim por diante.

A adoção de Suspensão Condicional da Pena no Brasil passou a vigorar à partir do Decreto nº. 16.588, de 06 de setembro de 1924, tendo como base a Lei Bérenger adotada na França desde 1891.¹⁶ Sendo que a amenização nas penas privativas de liberdade que possibilitou, progressivamente, o advento das penas alternativas.

A partir da segunda metade do século XX, com a Escola da "Nova Defesa Social" liderada pelo Francês Marc Ancel, buscou-se a recuperação dos direitos fundamentais atrelada à uma crise que passava o Direito Penal, no sentido de manter as penas privativas de liberdade, o que foi ponto chave para a instauração definitiva das penas alternativas,

A Rússia foi precursora a introduzir em sua legislação penal as penas alternativas, com a prestação de serviços à comunidade.

No Brasil, adoção de penas alternativas surge a partir do Decreto-Lei n.º 2.848/40 (atual Código Penal).

2.2 Origem e evolução histórica das penas alternativas no direito brasileiro

Para a plena compreensão do surgimento e atuação desempenhada pelas penas alternativas no direito penal brasileiro, é necessário um regresso histórico, buscando inicialmente a sua origem e seu papel na sociedade no decorrer do tempo.

No período Colonial, na ocasião do descobrimento do Brasil, em meados de 1.446 a 1.447, vigorava em Portugal, explorador do Brasil colônia, as Ordenações Afonsinas que muitos diziam ser “um acontecimento notável na legislação dos povos cristãos. Foi um incontestável progresso, e revela os adiantamentos que Portugal tinha em sua jurisprudência, como a outros respeitos.”¹⁷

Segundo Joaquim Augusto Camargo “(...) foram compilados e traduzidos muitos títulos e uma parte considerável das leis de Justiano, com várias declarações tiradas das glosas

¹⁶ COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas**: reeducação adequada ou estímulo à impunidade? 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 98.

¹⁷ PINHO, Ruy Rebello. **História do direito penal brasileiro**: período colonial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973, p. 5.

de Acúrsio, das opiniões de Bártolo e das doutrinas dos sabedores antigos que as interpretavam e explicavam.”¹⁸

O que mais marcou das Ordenações Afonsinas em matéria de sanção eram as vinganças arbitrárias, terror, ódio, infâmia, o sangue, o confisco de bens, as torturas, as mutilações e a mortes para os mais leves crimes.

Adiante, no Brasil colônia, a justiça penal existia sob a vontade dos donos das capitanias, que tinham o poder para processar e julgar, sem discussão, aplicando até mesmo a pena de morte.¹⁹

Por sua vez, nas Ordenações Manuelinas, as penas tinham as mesmas características cruéis das sanções anteriormente aplicadas nas Ordenações Afonsinas, tais penas eram aplicadas aos pobres e àqueles que não tinham qualquer influência quanto ao reino, bem como às capitanias.

Com a promulgação em 1.603 das Ordenações Filipinas, houve a revogação das Ordenações Manuelinas. As Ordenações Filipinas, também conhecidas como Libris Terribles, eram marcadas pela intimidação pelo terror tendo como punição mais frequente a pena de morte.

José Frederico Marques destaca que:

Era no famoso Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o procedimento penal. Sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas, sobretudo nas tristemente famosas inquirições devassas.²⁰

Tal livro não observava valores fundamentais humanos, fazia previsão de condutas proibidas e punições totalmente cruéis.

As Ordenações Filipinas refletiam, portanto, um Direito Penal medieval, no sentido de que o crime era confundido com o pecado e a ofensa moral, punindo-se os hereges, as apóstatas, os feiticeiros e os benzedores.

As penas eram desproporcionais e cruéis, tais como: perda ou confisco de bens, multas, prisão simples e prisão com trabalhos forçados, às galés temporárias ou perpétuas, o desterro (condenação de deixar o local do crime), o banimento ou exílio (degredo perpétuo), os açoites, a decepção de membros e as várias formas de pena de morte: morte simples (sem

¹⁸ CAMARGO, Joaquim Augusto. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: RT Clássicos, p. 88.

¹⁹ LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 58.

²⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2000, p. 96.

tortura), morte natural (forca), morte para sempre (com exposição do cadáver exposto na forca), morte atroz (com cadáver esquartejado) e morte cruel (tortura prévia).²¹

Ressalte-se que, as condições pessoais do réu tinham grande relevância para determinar o grau de punição, pois aos indivíduos de classes sociais desfavorecidas ficavam reservadas às punições mais severas, já à nobreza, ficavam garantidos certos privilégios, como punições mais brandas.

Essa ordenação é apontada pela desproporção entre o delito praticado e a pena. Magalhães Noronha descreve também algumas modalidades de pena aplicadas aos indivíduos à época.

*O morra por ello se encontrava a cada passo. Aliás, a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela confraria da misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito pó.*²²

Além das penas corporais, havia castigos infames, em que o indivíduo era exposto de forma vexatória, colocando fim na sua moral e boa fama.

Até o momento fica claro que não se falava no princípio da pessoalidade da pena, posto que, a infâmia daquele que sofreu a humilhação era suportada por várias gerações, passando, assim, a pena muito além do indivíduo. Fato relevante que ocorreu nesta época foi a do mártir da inconfidência mineira, José da Silva Xavier, ou como bem conhecido Tiradentes.

René Ariel Dotti, sobre esse assunto, traz um trecho da sentença, que condenou Tiradentes, da maior da crueldade das penas em tal momento histórico:

Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu.²³

Em 1.824, com a proclamação da independência do Brasil, houve ratificação quanto à vigência do Livro V das Ordenações Filipinas, sendo mantidas todas aquelas penas sangrentas

²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 248 -249.

²² NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. 84.

²³ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 27.

e cruéis, acrescentada ainda a possibilidade de degredo perpétuo para a África, a Índia, a Couto de Castro Marim, para o reino ou fora da vila.²⁴

Ressalta-se que punição não existia só pelos crimes propriamente ditos, mas por condutas imorais e pecadoras, um exemplo era pena de morte imposta a quem dormisse com mulher casada.²⁵ Além de tais penas cruéis, na maioria das vezes seguidas de morte, eram impostas com total arbítrio pelo julgador.

Essa ordenação fazia previsão dos tipos penais e suas respectivas sanções, entretanto carecia uma parte geral para regular os procedimentos de tais sanções, sendo que a única sanção que tinha características de parte geral era a agravante de pena de vários crimes. Tratava-se de uma forma de traição cometida em uma relação de amizade.

Iniciando o período Imperial, em 1.830 entra em vigor o Código Criminal do Império, que representou um considerável avanço, fazendo com que o Brasil ficasse no grupo das nações vanguardistas em matéria legislativa. Posteriormente evoluiu, sendo o Código penal conduzido pelos ideais iluministas, com ideias de Beccaria e Betham.

Alguns fatos marcaram a elaboração desse novo Código Criminal, o primeiro diz respeito a necessidade de rompimento com sistema colonial em relação à Portugal, e as necessidades de existir um sistema de regras compatível com o que ocorria aqui. De outro lado, havia a necessidade de ajustar o direito aplicado no país, ao movimento iluminista, onde novas doutrinas e pensadores surgiam.

José Salgado Filho contribui para compreensão:

[...] começavam a surgir os grandes movimentos de renovação das idéias jurídicas e políticas. As obras dos enciclopedistas franceses defendiam a filosofia política do individualismo. A revolução francesa universaliza os direitos do homem e do cidadão. Nesse clima de inquietação espiritual, afirmava-se a autonomia do indivíduo contra todas as formas de opressão. (...) Os estadistas brasileiros do 1.º império também sentiram a mesma inquietação e se preparavam para dotar o país com as leis que a sua nova estrutura social e política exigia, de modo que os fatos encontrassem, em ordenamento jurídico mais adequado, as condições que propiciassem o desenvolvimento pacífico do país e as manifestações do espírito e das peculiaridades nacionais.²⁶

Concomitantemente, surge a Constituição de 1.824, outorgada por D. Pedro I. Tal Constituição foi uma grande e verdadeira baliza, penas sangrentas e cruéis, foram abolidas, com a previsão de direitos e garantias para os cidadãos brasileiros. Ainda percebendo a necessidade de se organizar um Código Civil e Código Criminal com base em justiça e equidade. Dessa feita passou a existir o Código Criminal de 1.830

²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 249 -250.

²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 250.

²⁶ MARTINS, José Salgado. **Sistema de direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1974, p. 96.

Roberto Lyra trás algumas das características marcantes desse Código:

No esboço de indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando já os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda, e depois, na Itália e na Noruega; 2) na formula da cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traço do que viria a ser a teoria positiva a respeito; 3) na previsão da circunstâncias atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa e napolitana, e adotadas muito tempo após; 4) no arbitro judicial, no julgamento de menores de 14 anos; 5) na responsabilidade sucessiva, nos crimes por meio de imprensa, antes da lei belga e, portanto, é esse sistema brasileiro e não belga, como é conhecido; 6) a indenização do dano ex delicto como instituto de direito publico, também antevisão positivista; 7) na imprescritibilidade da condenação.²⁷

O código diminuiu os delitos que eram apenados com morte, bem como a extinguiu as penas infamantes, e surgiu a pena de privação de liberdade, na qual substituiria as penas corporais.²⁸

A prisão passou a ter uma função de correção e reforma moral do condenado, com o passar do tempo, ainda na vigência do império, a pena de morte, fora abolida por completo, devido a um deslize judicial, em que o fazendeiro Manoel da Mota Coqueiro, teria sido condenado à forca por homicídio, e após execução da pena descobriu-se o erro.²⁹

Não obstante aos pontos positivos, o Código Criminal de 1.830, ainda tinha algumas influências das antigas ordenações portuguesas.

Em suma, o Código Criminal do Império, consistia em reforçar a obediência a autoridade, muito embora por meio de uma legislação mais humanitária.

No entanto, no Brasil República, com a abolição da escravidão em 1888, tornou-se necessário, a descriminalização dos crimes praticados na condição de escravos, e nessa toada foi recomendado no parlamento imperial que fossem feitas algumas edições no Código Criminal. Assim, foi com a proclamação da República em 1889, que efetivamente tornou-se necessário a reformulação do direito positivo existente.

Surge, então, o Código Penal de 1.890. O decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890, o novo Código Penal de 1.890, ou também conhecido como Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, possuía penas mais brandas e com caráter de correção. Apesar de muitas modificações, as penas guardavam seu caráter “instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social”.³⁰

Todavia, vale ressaltar a celeridade para criação desse novo Código Penal, que implicou em uma ausência de discussão necessária para que o resultado fosse positivo,

²⁷ LYRA, Roberto. **O centenário do código criminal**. São Paulo: RT. v. 77, p. 19.

²⁸ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998, p. 53.

²⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998, p. 54.

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 189.

ocasionando uma série de distorções. A maior prova de tais problemas, foi o fato de tão logo em vigor o referido código, várias propostas de mudanças e alterações surgiram.

Adiante, o Código Penal da República foi alicerçado em princípios da escola clássica, estabelecendo estrita proporcionalidade entre o delito e a pena cominada, adotando, na determinação da pena, um critério de absoluta rigidez, com o fim de excluir qualquer arbítrio judicial, tendo a pena caráter eminentemente retributivo.³¹

Com a promulgação da Constituição da República em 1934, são extintas as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada a pena capital.

Todavia, com as mudanças na área política em 1937 com o início do Estado Novo influenciaram a lei penal. A Constituição Federal foi outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, sob o prisma do poder autoritário e militar. O congresso foi fechado, os crimes políticos foram criados, enquanto a figura da pena de morte aparece novamente. Nessa toada, os direitos e garantias individuais foram limitados pelo bem público e a segurança do Estado.

É importante ressaltar que o novo ministro da justiça, Francisco Campos, indicou o professor Alcântara Machado para examinar as mudanças na lei penal, e realizar as devidas alterações. O anteprojeto do professor fazia a previsão de penas de reclusão, detenção, segregação e multas, adotando ainda o sistema dualista (penas e medida de segurança), além dos efeitos da condenação, como registro e a publicação da sentença, o confisco e a inabilitação.³²

Ainda no Estado novo, após as movimentações do começo do século XX, entra em vigor em 1942 o novo Código Penal de 1940, advindo do Decreto-lei n.º 2.848 de 7.12.1940, tal código, fora elaborado na vigência da Constituição de 1937, classificando-o a doutrina como eclético, pois conciliava o pensamento neoclássico e o positivismo.

Nesse contexto ao Direito Penal atribuíam-se finalidade retributiva e preventiva. Houve a adoção do sistema duplo binário, com a aplicação de medidas de segurança aos casos de crime impossíveis e a participação impunível.

Novamente promulgada em 1946 a Constituição Federal, limitava o poder punitivo do Estado e “consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a Lei n.º 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena”³³. Nesse

³¹ MARTINS, José Salgado. **Sistema de direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1974, p. 99.

³² DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-66.

³³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002., p. 44.

momento, a finalidade da sanção penal estava centralizada na prevenção especial, objetivando a recuperação social do condenado.

Em 1964 houve o golpe militar, e com isso as garantias formais da legislação não tinham eficácia, frente à ação da polícia armada, influenciada pela ditadura militar.

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da marinha, do exército e da aeronáutica, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional. A pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos reapareceram, e as garantias processuais foram reduzidas.

No mesmo ano, foi promulgada uma emenda à constituição de 1967, que previa de forma expressa em seu artigo 37 a finalidade de prevenção especial, “proclamando que a execução penal deve ser promovida de maneira a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social”.³⁴

Dessa feita, o Código Penal de 1969 ficou conhecido pelo *vacatio legis* mais longo da história do nosso país, sendo revogado pela Lei n.º 6.578/78.³⁵

Em outubro de 1978, a Emenda Constitucional 11, impediu novamente a pena capital, a prisão perpétua e o banimento.

Segundo entendimento de Ariel René Dotti:

Novos caminhos se abriram às ciências penais com o retorno da criminologia e a maior atenção dada para a política criminal. Era o retorno às discussões teóricas do crime e da pena como fato social, visando o processo de elaboração normativa, que se encontrava mais democrático graças ao enfraquecimento político da “linha dura” governamental.³⁶

Sendo assim ocorreram as reformas legislativas de 1984, originando expressivas modificações para o panorama do Direito Penal brasileiro. A reforma ocorrida em 1984, através da Lei n.º 7.209/84, possibilitou alterações da parte geral do Código Penal em vigor, com objetivo de adequar a dogmática vigente.

Insta ressaltar, no entanto, que o finalismo contribuiu com tal reforma, uma vez que foi conferida às penas o papel de ressocialização, tendo como maior demonstração dessa inspiração a concepção do sistema progressivo de cumprimento de penas privativas de liberdade.

Importante frisar que a partir de tal reforma, ocorreu a abolição das penas acessórias e o sistema do duplo binário, passando o nosso sistema a ser regido pelo sistema vicariante,

³⁴ DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79.

³⁵ DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79.

³⁶ DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45.

respondendo o infrator com a pena criminal ou medida de segurança, ficando o último reservado para os inimputáveis.

Da mesma maneira, ocorreu a extinção da publicação da sentença para todos indistintamente, por seu caráter infamante e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação criminal. O exílio local também foi extinto em virtude do caráter infamante.

René Ariel Dotti nos informa que “o Anteprojeto de revisão da Parte Geral do Código Penal brasileiro adotou algumas ideias básicas em torno das quais se desenvolveria todo o esquema proposto das reações criminais.”³⁷, tais como: o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, as novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança.

Francisco de Assis Toledo, que fez parte da comissão de elaboração de tal reforma, evidenciou que a sociedade não tem apenas o direito de castigar, tem o dever de que tal castigo seja forma de ressocialização do infrator³⁸,

Importante ressaltar que o que mais contribuiu para possibilidade de efetivação da ressocialização em termos legislativos foram as normas inseridas na Lei n.º 7.210/84, disciplinando a execução penal, pois dão fundamentos para o cumprimento da sentença judicial, visando proporcionar a harmônica reintegração social do infrator.

Essa reforma foi extremamente considerável, pois foi a direção para implementação efetiva das Penas Alternativas. Dessa feita, a referência de política criminal alternativa no Brasil foi ancorada na Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Como exemplo dessas novas penas alternativas constantes da Lei n.º 9.099/95, tem-se o instituto da transação penal que alcança os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a dois anos.

Posteriormente com resultados positivos, outras penas alternativas na legislação brasileira foram acrescentadas na legislação. Em 1998 houve a criação da Lei n.º 9.714 alterando significativamente as penas alternativas no Brasil.

2.3 Função e necessidade de aplicação das penas alternativas

Após discorrer sobre evolução das penas, pretende-se demonstrar a necessidade de aplicação das penas alternativas, deixando o magistrado de utilizar juízos apriorísticos, ou

³⁷ DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

seja, abandonar a carga axiológica no momento da fixação da pena base, como óbice à aplicação das penas alternativas como substitutos penais.

Atualmente o sistema penitenciário brasileiro está passando por momentos de déficit e por isso, as penas alternativas, que aparentemente mostram-se menos onerosa, além de representarem maior efetividade nos cumprimentos das determinações judiciais, também apresentam como a melhor forma de se prevenir o crime, uma vez que possuem caráter ressocializador e educativo.

Essas penas geralmente devem serem aplicadas àqueles que cometeram atos infracionais e crimes de menor potencial ofensivo e, também aos que receberam penas de dois até quatro anos de reclusão a tempo de ser passível a substituição por restritiva de direito, como por exemplo, infrações de trânsito, crimes ambientais, delitos de menor potencial ofensivo (lesões corporais leves, desacatos, ameaças, atos obscenos, pequenos furtos) entre outros.

Ou seja, a pena alternativa é aplicada àquele que menos traduz perigo à sociedade, sendo a menos penosa e que possui maior cumprimento, logo, não justifica o magistrado deixar de aplicá-las utilizando juízos apriorísticos, que tem uma consequência negativa para sociedade e para o condenado.

Alguns exemplos citados nos subitens a seguir.

2.3.1 Função das penas

Após análise histórica, importante refletir acerca da função das penas e os castigos impostos pelo Estado àqueles transgressores das normas, na medida que se justifica a utilização das penas restritivas de direito como alternativas e não aditivas.

De certa maneira, pode-se afirmar que as penas evoluíram em virtude de um sentido maior de humanização. A partir da obra de Beccaria, intitulada "Dos delitos e das penas", as penas desumanas e degradantes do primitivo sistema punitivo, cederam seu espaço para outras, com senso mais humanitário, cuja finalidade irrefutável é a recuperação e ressocialização do infrator.

Sendo assim, as penas corporais foram substituídas pelas penas privativas de liberdade, persistindo este objetivo de humanização das penas, ainda nos dias de hoje, apesar da dificuldade encontrada para manter tal proposta.

Não podemos afirmar, no entanto, que as penas têm uma definição imutável, válida para qualquer lugar e qualquer momento, consistindo em um conceito legal de cada código

penal em particular, em que se são elencadas sanções, cujas variações refletem as mudanças vividas por cada determinado Estado.

Nesse passo, a pena, é um episódio jurídico extremamente relevante e problemático, envolvendo o Direito Penal e a necessidade de sua própria existência, que se vale de tal instrumento, para ser justificado.

Dessa feita, a maneira pela qual podemos definir a função das penas é a seguinte: trata-se de um instrumento formal de controle social, conforme será demonstrado.

De acordo com toda trajetória, a forma de manifestação da pena variou consideravelmente, principalmente do ponto de vista axiológico, posto que, ao rememorar as diversas modalidades de penas impostas nessa história, passando desde os dolorosos suplícios desumanos aplicados durante a Idade Média, até modernas penas restritivas de direito.

Entretanto, podemos afirmar que em se tratando da questão valorativa que diz respeito à pena, forçoso remeter ao fato de que ela é pautada pelas disputas políticas e ideológicas em todos os momentos históricos, reafirmando as noções fundamentais que regem uma sociedade e um Estado, refletindo nas forças de poderes ligados a sociedade.

As teorias que creditam apenas às organizações do Sistema de Justiça Criminal, a responsabilidade pelo controle da criminalidade, estão sendo repensadas com consideráveis censuras. Para García-Pablos De Molina:

Mais e melhores policias, mais e melhores juizes, mais e melhores prisões [...] significa mais infratores na prisão, mais condenados, porém, não necessariamente, menos delitos. Uma substancial melhora da efetividade do sistema legal incrementa, desde logo, o volume do crime registrado, se apuram mais crimes e reduz a distância entre os números “oficiais” e os “reais” (cifra negra). Porém, não por isso se evita mais crime nem se produz ou gera menos delitos em idêntica proporção: só se detecta mais crimes.³⁹

Assim, pode-se afirmar que são atribuídas basicamente duas funções à pena, quais sejam a de prevenção e retribuição, que serão dispostas conforme a teoria correspondente.

De início, em relação à Teoria Retributiva ou absoluta, prudente analisar o conceito de retribuição, que incide numa reação estatal em relação ao delito cometido baseado na culpabilidade do agente. Portanto, o *jus puniendi* atua como forma de retribuir o mal que o criminoso causou, amparado na proporcionalidade estrita, segundo o princípio da justiça distributiva, a ideia era de proporcionalidade entre o delito cometido e a pena imposta em decorrência dele.

³⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos, trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Pode ser afirmado, ainda, que tal retribuição foi amparada nas ideias desenvolvidas durante o movimento Iluminista, frente aos abusos cometido pelas monarquias do Antigo Regime, conforme demonstrado anteriormente.

Assim, tal teoria almeja que o ato injusto cometido pelo sujeito deste, seja retribuído através do mal que constitui a pena. Ensina HASSEMER e MUÑOZ CONDE que existe uma variante subjetiva da Teoria Retributiva que considera que a pena deve ser também para o autor do delito uma forma de "expiación", ou seja, uma espécie de penitência que o condenado deve cumprir para purgar (expiar) seu ato injusto e sua culpabilidade pelo mesmo. Tal teoria considera ainda que a exigência de pena deriva da idéia de justiça.

Por fim, a pena retributiva exaure o seu sentido no mal que se impõe ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime, podendo afirmar que assim é um preceito puramente social-negativo que acaba por ser contrária a de qualquer tentativa de ressocialização do delinquente e de restauração da paz jurídica em relação a determinada sociedade. Opositora de qualquer atuação preventiva bem como da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade.

Assim, cabe nesse momento discutirmos sobre as Teorias Preventivas ou relativas como justificação da pena, como meio de observar a necessidade da aplicação das penas alternativas como substitutos efetivos, justificando a necessidade de minimizar a carga axiológica utilizada pelos magistrados no momento da aplicação das mesmas, fazendo com que essas sejam aplicadas como aditivas e mero castigo.

Para Luiz Flávio Gomes, “o princípio da prevenção (diferentemente do que propugna a retribuição) olha para o futuro, isto é, a pena teria finalidade de evitar a reincidência ou novos delitos (do próprio agente ou de outras pessoas).”⁴⁰

Assim, tal teoria tem o objetivo de prevenir a criminalidade influenciando em quem já cometeu certo delito, fazendo com que o mesmo, através da ressocialização não o cometa novamente, e também junto aos possíveis delinquentes, para que os mesmos, intimidados pelas consequências dos delitos, não cometam infrações.

É importante ressaltar que as teorias preventivas defendem que, a pena se traduz num mal para quem a sofre, mas, como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode a pena subsistir com tal característica. Para como tal se justificar, a pena tem de usar

⁴⁰GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablo. **Direito Penal Parte Geral**. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 472

desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente, a prevenção ou a fiscalização criminal.

A crítica geral proveniente dos adeptos das teorias absolutas, é a de que, aplicando-se as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar no contexto social, elas transformariam a pessoa humana em objeto, e nesta medida, violariam a sua absoluta dignidade.

São criticadas ainda pelo fato de justificarem a necessidade da pena para que ocorra a redução da violência e a prática de novos crimes. Dessa maneira, não existiria limites ao poder do Estado, com certa finalidade ao "Direito penal do terror". Ou seja, quem pretendesse intimidar mediante a pena, tenderia a reforçar essa tendência, castigando tão duramente quanto presumível.

As teorias da prevenção se dividem em: prevenção geral e especial, constituindo ainda uma modalidade positiva e outra negativa.

2.3.2 Prevenção Geral Negativa

A. Feuerbach (1775-1833) formulou inicialmente tal matéria. E teve uma considerável preocupação em distinguir, metodologicamente, a prevenção geral da especial. Para ele, o Estado tinha a missão de impedir a violação do ordenamento jurídico. Contudo, tal atribuição não podia ser alcançada por meio da presença dos mecanismos de controle estatais, senão por meio de uma ampla intimidação da sociedade.⁴¹

Tal ameaça era propiciada pela coação psicológica antecipada da cominação da pena em abstrato e sua consequente potencial capacidade de implementação, assim consistia, na visão de Feuerbach, a prevenção geral negativa.

Assim, a pena pode ser concebida como forma e intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se confere ao delinqüente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais.

2.3.4 Prevenção Geral Positiva

⁴¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter V. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 415.

Por outro lado, podemos falar em prevenção geral positiva, quando ocorre de fato a imposição da pena ao infrator, e sua consequente execução se dá do modo previsto pela cominação abstrata do Direito Penal.⁴²

Nesse contexto, a pena se fundamenta no fato de que a sociedade, ao presenciar a efetivação das penas previstas, do modo previsto, aos delitos cometidos durante sua vigência, abstém-se de cometer novos delitos, pelo receio de vir a ser abordado pelo *jus puniendi* e tudo o que o mesmo ocasiona. Pode-se dizer que possibilita a confiança do cidadão no sistema jurídico-penal.

2.3.5 *Prevenção Especial*

Essa tem o objetivo de atingir o delinqüente específico castigado com uma pena, tem a ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do infrator, com o fim de evitar que, posteriormente cometa novos delitos. Deste modo, deve-se falar de uma finalidade de prevenção da reincidência.

Essa teoria não busca retribuir o fato passado, senão justificar a pena com o fim de prevenir novos delitos do autor. Diversamente da prevenção geral, não se dirige a coletividade, mas ao infrator. Deste modo, tal teoria pretende evitar aquele que delinqüiu volte a delinqüir.

A prevenção especial se subdivide em duas: prevenção positiva (ou ressocializadora) e prevenção negativa (ou inocuidadora).

A prevenção positiva visa a ressocialização do delinqüente, através, da sua correção. Ela objetiva uma pena dirigida ao tratamento do próprio delinqüente, com o propósito de incidir em sua personalidade, e evitar a reincidência. A finalidade da pena-tratamento é a ressocialização.

As formas especiais de prevenção, ao contrário da geral, objetivam a atuação direta no infrator, apenado, fazendo com que o mesmo não torne à delinquir, evitando, futuramente, a reincidência.

Podemos afirmar que essa concepção, obteve sua retomada, após o idealismo retribuicionista alemão de Kant e Hegel, com a obra de Franz Von Liszt, uma vez que aqueles postulados haviam falido na missão de conter o avanço da criminalidade.

⁴² FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter V. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 417

2.3.6 Prevenção Especial Negativa

Essa teoria, por sua vez, trata do encarceramento propriamente dito através das penas privativas de liberdade, em relação ao infrator que cometeu crimes isolando o mesmo do convívio social.

Almeja tanto a intimidação ou inocuização através da intimidação – do que ainda é intimidável -, como a inocuização mediante a privação da liberdade. Para os que não são corrigíveis nem intimidáveis, e tem como fim neutralizar a possível nova ação delitiva, daquele que delinqüiu em momento anterior, através de sua "inocuização" ou "intimidação", buscando evitar a reincidência através de técnicas, ao mesmo tempo, eficazes e discutíveis, tais como, a pena de morte, o isolamento etc.

Conforme essa concepção, o criminoso não possui condições, antes desse processo de ressocialização, de conviver com harmonia na sociedade. Sendo assim, é necessário neutralizar a ameaça de periculosidade que representa o infrator frente à ordem social.

2.3.7 Prevenção Especial Positiva

A prevenção especial positiva visa atuar, como a própria denominação já nos diz, positivamente na realidade do apenado, tendo como objetivo a ressocialização eficaz do apenado.

É importante ressaltar que, na doutrina dogmática moderna, essa última teoria tem recebido maiores atenções⁴³, pois tem uma grande influência para o freio dos índices de criminalidade.

Nesse sentido, Zakidalski:

Tem-se notado que a laborterapia e a formação escolar e profissionalizante durante a prestação da pena é essencial na recuperação do agente e sua ressocialização. Elas dão ao condenado a oportunidade de ter um ofício, um passatempo, uma fonte de renda ou cultura e a diminuição da pena através do instituto da remição. Porém infelizmente, ainda que comprovada essa utilidade da laborterapia, poucas prisões dispõem de oficinas habilitadas para prover chances de trabalho ou estudos aos internos.⁴⁴

⁴³ GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablo. **Direito Penal Parte Geral**. Vol. 2. Ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 481.

⁴⁴ ZAKIDALSKI, Alberto Iván. **Pena – um estudo comparativo de suas finalidades e teorias**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acessado em: 04/04/2016

Ressalte-se também que refrear o crescimento da violência através da elaboração de políticas de segurança pública que respondam com menos repressão ao emaranhado conjunto de problemas sociais, é o grande desafio de toda sociedade democrática atual.

Atualmente, os estudos advindos da Criminologia, como pesquisas, buscam compreender o crime que tem como consequência a pena, como um fenômeno global, consequência da atuação conjunta de seus elementos (ofensor, ofendido e ambiente), com influência nos fatores sócio-econômicos, políticos e culturais.

Compreender o ciclo do delito, que tem como consequência referida sanção, não implica em identificar os locais dos crimes, seus agentes e suas características para ações repressivas, mas sim prioritariamente, compreender os processos funcionais do crime para antecipar-se à sua ocorrência, prevenindo-o, fazendo com que o Estado intervenha da forma menos violenta possível.

Nesse sentido, Karam elucida que:

A imposição da pena, vale repetir, não passa de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade. Para isso, não é necessário nem funcional acabar com a criminalidade de qualquer natureza e, muito menos, fazer recair a punição sobre todos os autores de crimes, sendo, ao contrário, imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, emprestem sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, assim possibilitando a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.⁴⁵

Sob essa análise, também a prevenção criminal deve ser compreendida e desenvolvida, de uma maneira, inter e multistitucional, inter e multidisciplinar, pois o poder do Estado deve ser redirecionado para questões positivas. E não somente para reafirmá-lo, como as penas, da maneira que são aplicadas e entendidas de um modo geral, não podendo deixar de olvidar o caos que se encontra o sistema carcerário.

2. 4 Teorias mistas ou unificadoras

Essas teorias tentam agrupar em um conceito único os fins da pena, identificando os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Deste modo, afirma MIR PUIG:

⁴⁵ Karam, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Discursos Sediosos. (a). Rio de Janeiro. ICC/Relume Dumara, 1996.

"Entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena".⁴⁶

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas (teorias absolutas e teorias relativas). Sustentam que essa unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem.⁴⁷

Esse é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena.

2.4.1 Teorias funcionalistas

As teorias funcionalistas começaram a se desenvolver a partir de 1970, tendo como principais expoentes os juristas alemães Claus Roxin e Gunther Jakobs.

Importante ressaltar que a discussão acerca desses dois autores, se justifica na medida em que a teoria de Claus Roxin pode ser entendida como a superação da metajuridicidade discutida nesse trabalho, entendendo metajuridicidade como a utilização de uma carga axiológica elevada, subjetiva. Sendo que o autor trabalha com a ideia de objetividade, deixando de utilizar a subjetividade, o que justifica o abandono da utilização da carga axiológica utilizada pelos magistrados, fazendo com que as penas alternativas deixem de ser aplicadas como substitutos penais.

Tal superação da metajuridicidade é a base de um processo penal democrático, atrelado a segurança jurídica.

O sistema funcional defendia a existência de uma unidade sistêmica entre política criminal e direito penal, idealizando que a formação do sistema jurídico penal deve ter como ponto de partida a finalidade do direito, e não realidades ontológicas previamente conhecidas.

Existem duas principais correntes sobre o funcionalismo, dois enfoques teleológico-funcionais, surgidos na Alemanha, a partir da década de 1970.

O Funcionalismo moderado, teleológico, valorativo (teleológico-racional) contextualizado pelo penalista alemão Claus Roxin, a partir do funcionalismo estrutural de Parsons, que fundamenta a ideia de necessidade de aplicação das penas alternativas como

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático**. Barcelona, Ariel Derecho, 1994.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático**, 1994, p.. 56.

substitutas, em virtude da objetividade utilizada magistrado ao aplicar a pena. Bem como o funcionalismo radical, estratégico normativo, construído pelo também penalista alemão Günther Jakobs a partir do funcionalismo sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann.

Para o funcionalismo o Direito Penal deve ser estruturado, desenvolvido, interpretado e aplicado a partir de suas finalidades precípuas. Como o próprio nome está a induzir, o funcionalismo parte dos pressupostos político-criminais ligados diretamente às funções do Direito Penal, principalmente no que diz respeito à chamada teoria dos fins da pena.

No Direito Penal, o tema se aflorou, principalmente, a partir dos fundamentos críticos de Claus Roxin ao finalismo estruturado por Hans Welzel.

Pode-se afirmar que o funcionalismo é um método, um caminho de se conhecer o objeto da investigação, em especial, de se buscar a solução justa para o caso concreto, à luz do direito posto, sobretudo o constitucional, fundamentado em direitos e garantias constitucionais, que são à base do sistema como um todo.

O Direito Penal deve ser estruturado e executado tendo em vista a sua função e, em última análise, as finalidades das suas penas ou medidas alternativas, não devendo ultrapassar seus objetivos, o que busca-se no desenvolvimento desse trabalho, a demonstração de que preenchidos os requisitos, as penas alternativas devem ser aplicadas.

Para o funcionalismo teleológico de Roxin a finalidade precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais. A política criminal tem como norte a tutela dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade.⁴⁸

Zafaroni define política criminal como: “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela”.⁴⁹

Por seu lado, Roxin desenvolve também a aplicação do princípio da intervenção mínima do Estado, considerando, em contrapartida, o princípio da insignificância na construção e interpretação dos modelos criminais.

Nesse passo, é necessária a identificação da conduta criminosa, que é tida como comportamento humano voluntário, orientado por esse já citado princípio da intervenção mínima, que causa intolerável e relevante lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.

Nesse contexto, a consequência do injusto penal que é a pena, deve assegurar a convivência com respeito aos direitos humanos e à democracia.

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 79

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** - Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 132.

Logo a novidade introduzida por Roxin é a seguinte: a pena não depende só da culpabilidade do agente, mais que isso, ela está guiada por exigências de prevenção. E só tem sentido quando necessária, não devendo ser utilizada para reafirmação de poder do Estado, o que justifica quando preenchidos os requisitos a aplicação das penas alternativas como substitutos, devendo ser abandonada a carga axiológica utilizada pelos magistrados, para deixar de aplicar as mesmas.

Devemos entender que a culpabilidade é o limite máximo da pena, sua necessidade preventiva é um dos fundamentos da sua imposição, podendo haver a substituição por uma alternativa ou até mesmo renúncia total dessa pena, quando desnecessária no caso concreto. Para ROXIN: “O direito penal é muito mais a forma através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível.”⁵⁰

Assim, retoma-se o avanço do Neokantismo na construção teleológica de conceitos, com base em valores político-criminais: considera-se o caráter positivo da pena, que é o valor da norma para proteção de bens jurídicos e prevenção geral, sendo esse o fundamento da pena; desenvolvimento do princípio da insignificância; flexibilização do sistema penal com base em valores de política criminal.

Nesse diapasão assevera ROXIN:

a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, entende-se que o Estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais.⁵¹

Na visão funcionalista teleológico-racional, Roxin trabalha com a idéia de que o Direito Penal, para atender à sua finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais (vida, saúde, patrimônio e outros), deve ser estruturado sobre o tripé: criminologia, política criminal e dogmática penal, ou seja, o conhecimento criminológico deve ser transformado em exigências político-criminais e estas em regras jurídicas.

Nessa visão, o que dá sentido à norma penal é a introdução das decisões valorativas político-criminais que ela recebe, a partir do quadro axiológico que a Constituição procurou tutelar, e não valores axiológicos definidos pelos magistrados que aplicam as sanções, pois são essas decisões que irão apontar a necessidade do recurso ao controle penal exacerbado.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Política criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82

⁵¹ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Renovar, 2000, -264

Com efeito, na ótica de Roxin, só se deve recorrer ao Direito Penal, como forma de controle social (proteção de bens jurídicos essenciais: coletivos ou individuais), como última opção (*ultima ratio*), isto é, se não for possível o controle por outro meio menos estigmatizante e desde que a pena seja necessária e adequada para tal, devendo as penas alternativas servirem como meio efetivo de substituto penal.

Nas lições de Batista observa-se que:

O princípio da intervenção mínima, se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Esta última, por seu turno, introduz o debate sobre a autonomia do direito penal, sobre sua natureza constitutiva ou sancionadora.⁵²

Em relação a realidade do sistema penal, importante colocarmos a baila a outra teoria existente, o que para nós é extremamente inviável, contrariando toda a ideia e objetivo da pena, bem como a aplicação de penas alternativas.

Denominada pela doutrina como "radical", procede de Gunther Jakobs, vindo por consequência a se basear nos termos metodológicos do instrumental fornecido pela teoria dos sistemas sociais. Trata-se funcionalismo sistêmico com origens nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann.

Para Gunther Jakobs, a finalidade básica do Direito Penal, que o faz por meio das suas penas, é a reafirmação da autoridade da norma, justamente para fortalecer as expectativas dos seus destinatários de que aquela norma está em vigor e, logo, deve ser respeitada. Nesse sentido: “O funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”⁵³. Ocorre que essa não é a solução do problema relacionado ao contexto criminal e sua consequência: a pena, o que sabemos que é uma utopia.

Consequentemente, a proteção do bem jurídico nesse viés fica em segundo plano, como consequência. O que nos parece inviável, conforme o sistema penal. O autor afirma que o crime é a quebra da confiança da sociedade provocada pelo indivíduo, produzindo com isso a disfunção social, assim direito entra em campo para consertar essa disfunção.

Tal funcionalismo sistêmico tem uma premissa, que seria a expectativa social: maneira que as pessoas esperam que seja a conduta alheia, posto que as normas violadas geram decepção, o que não deve acontecer, sob pena de deteriorar cada vez mais o sistema penal.

⁵² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª Edição. Revan, 2011, abr. 2013.

⁵³ JAKOBS, Günter. **Sociedade, norma e pessoa**. Teoria de um direito funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 1

Importante ressaltar que essa expectativa social gera cada vez mais violações de direitos e garantias fundamentais, posto que, o Estado através do magistrado que é responsável pela aplicação da pena, objetiva cada vez mais reafirmar o poder. Isso é um grande embaraço, pois esse poder já existe, é inerente à própria ideia de Estado.

Para tal teoria, quem não obedece às normas de forma reiterada é inimigo da sociedade, aquele que viola a norma abre mão de garantias, e a pena é a demonstração de vigência da norma, tendo como função o Direito Penal, restabelecer as expectativas violadas, reafirmando a validade da norma e assumindo uma prevenção geral positiva.

Para Jakobs o recurso à sanção penal será sempre necessário na medida em que se caracterizar a infração penal, pois a função do Direito Penal e das suas penas é o de fortalecimento da autoridade da norma através da punição àquele que quebra essa expectativa. O autor diz ainda que pessoa é um conceito jurídico, sujeito de direitos e obrigações em obediência ao seu papel social. Aquele que pratica uma conduta criminosa é classificado como uma “não-pessoa“, que seria uma categoria de indivíduos que são fechados em relação às leis, e em virtude deste comportamento se deve entender que se trata de indivíduo que não aceita participar do Estado.

Nesse sentido, só estariam dispostos a participar da sociedade organizada aqueles que reconhecem e cumprem as regras sociais impostas pela própria coletividade, o que é inviável, pois, o Estado não deve excluir indivíduos da sociedade em momento nenhum, pois tal fato viola direitos e garantias fundamentais.

Nesse diapasão, o criminoso é um inimigo do Estado, e, por não se encaixar na sistemática social, a ele são negadas determinadas garantias e direitos fundamentais.

Cria-se, assim, no funcionalismo sistêmico, o Direito Penal do inimigo, que estrutura um Direito Penal mais rigoroso em razão de vislumbrar no infrator um inimigo da sociedade.

Para essa teoria, aquele que viola o sistema jurídico não aceita e não reconhece as regras sociais, não possuindo o direito de invocá-las para a sua própria proteção.

Nota-se uma clara violação de direitos e garantias fundamentais, tratar determinados cidadãos como inimigos simplesmente pelo fato de que descumpriram a norma.

Importante asseverar as lições de Greco:

A teoria dos fins da pena adquire, portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando

efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial).⁵⁴

Os direitos e garantias individuais são prerrogativas daqueles que participam do Estado, e não de todos como a lei faz previsão. Com efeito, o Direito Penal do inimigo, entre outros pontos, acaba por antecipar a punibilidade da conduta tipificando atos preparatórios, criando tipos penais que prevejam crimes de perigo e de mera conduta, prevendo penas desproporcionais, restringindo garantias penais e processuais entre outras peculiaridades.

O atributo da pessoa advém de seu papel social, criando assim, uma idéia de expectativa. No momento que o indivíduo não realiza seu papel social há uma quebra da expectativa. Havendo desestabilização do sistema, a norma é violada e, por conseguinte para a restabilização daquele aplica-se à pena.

O ponto central para a teoria da imputação de Jakobs são estes papéis, que se referem, a função que o indivíduo desempenha em um específico contrato social.

A aplicação da pena é um atestado de que a norma violada é vigente. A pena para Jakobs tem a função de prevenção geral positiva. Positiva no sentido de que não há ameaça ao indivíduo e geral porque, com a pena, se mostra à sociedade que a norma violada e sua crença estão reconfirmadas.

Em contrapartida, Queiroz afirma que:

O Estado não pode intervir quão violentamente na vida dos cidadãos a pretexto de infundir um sentimento de segurança jurídica, pois a intervenção penal, por encerrar as mais contundentes e lesivas manifestações sobre liberdade das pessoas, não pode ter lugar senão em situações de absoluta necessidade e adequação. O direito penal não pode se valer, enfim, de simbolismos que, iludindo os seus destinatários por meio de uma solução barata e, não raro, demagógica (a edição de leis penais ou o aumento de seu rigor), as raízes dos problemas sociais subjacentes a toda manifestação delituosa, sobretudo quando se sabe que a intervenção penal é a intervenção sintornatológica e não etiológica, que atinge os problemas sociais em suas consequências e não em suas causas. Daí se dizer que mais leis penais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos.⁵⁵

Por sua vez, Jakobs trabalha com a norma e com o uso desta na restabilização da sociedade. Sendo que o Direito Penal irá proteger as normas, da análise da função do Direito penal conclui-se que para ele não existe um bem jurídico. Assim, só será objetivamente típica a ação que, de um ponto de vista objetivo, viole um papel; este papel traduz-se, dogmaticamente, através da figura da posição de garantidor. O raciocínio é simples: ao autor

⁵⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista jurídica**. . Porto Alegre: Jul 2000

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. rev., atual. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53

somente serão imputados aqueles riscos, cuja prevenção cumpra a ele garantir, pouco importando se o autor provoca o resultado por ação ou omissão.

Observe a afirmação de Greco:

Numa síntese: o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano-falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do direito penal⁵⁶

Ressalte-se que a pena não pode ser compreendida como castigo, essa ideia já foi superada diante das demonstrações históricas, apresentadas inicialmente, o poder sempre existiu, não era necessário o direito para efetivá-lo. Pode-se afirmar que a sociedade já reagiu quando ocorreu o crime, não cabendo tal atitude ao magistrado que aplicará a pena, fazendo uso dessa como castigo, utilizando uma carga axiológica prejudicial.

Existem também duas outras teorias não tanto difundidas como as já apresentadas, mas importante explaná-las, pois são relevantes em relação a necessidade de aplicação de penas alternativas como substitutivas.

A primeira trata-se do funcionalismo denominado “limitado”, de Mir Puig, sendo que o Direito Penal é justificado por sua utilidade social, mas se vincula ao Estado Social e Democrático de Direito, com todos os seus limites (exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, dignidade e proporcionalidade). O Direito Penal fundamenta-se por sua utilidade social e encontra a sua própria limitação no Estado Democrático de Direito.

Assim, o princípio da legalidade limita a atuação do Estado. O princípio da razoabilidade é outro balizador das condutas entre o Estado e o indivíduo e entre os próprios indivíduos em suas relações travadas em âmbito privado. O que justificaria a aplicação das penas alternativas como substitutos, devendo o magistrado abandonar a carga axiológica no momento de aplicação da pena.

A grande crítica a esse limite social advém do próprio conceito de sociedade, pois esta é uma no Brasil e outra no oriente, assim como os seus valores.

A outra teoria funcionalista da pena que nos auxilia a fundamentar o centro da questão desse trabalho em relação à aplicação das penas alternativas como substitutiva, minimizando a carga axiológica utilizada pelo magistrado no momento da aplicação, diz respeito ao

⁵⁶ GRECO, Luis. Introdução á dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Jul. 2.000, p. 39

funcionalismo redutor de Eugenio Raúl Zaffaroni, tendo sua origem a partir da busca por uma fundamentação antropológica do Direito Penal. Segundo o autor, a lei penal tem como objetivo regular ações humanas, motivo pelo qual se torna necessário fundamentar o jurídico no antropológico na tarefa de explicitação para a aplicação da lei penal.

Desse modo, a função do Direito Penal é reduzir a intervenção do poder punitivo, isto é, atuar como filtro em relação à falta de racionalidade e violência do poder punitivo, tendo em vista a pré-existência desse.

Zaffaroni possui a clara percepção de que a solução punitiva importa num grau considerável de violência e irracionalidade e, por isso, o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima.⁵⁷

Sendo assim, o que legitima a tarefa do aplicador da lei penal é o respeito aos princípios fundamentais da dogmática jurídico-penal e da política criminal traçada pelo constituinte, harmonizando os textos legais de modo a que sejam aplicados harmoniosamente a fim de se evitar a desagregação do sistema e a corrosão da lógica jurídica, lesivas aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e provocadoras de insegurança social.

Logo, sempre que o Direito Penal não se pautar pelo mínimo indispensável para garantir a coexistência dos cidadãos deixa de ser efetivo e se transforma em simples exercício de poder. Ressalta-se que a distinção entre Direito Penal e exercício de poder exerce um papel fundamental na doutrina de Zaffaroni.

Dessa feita, é necessário que tais condições mínimas estejam presentes, posto que uma vez ausentes, o Direito Penal se transforma em puro exercício de poder.

A imediata redução do sistema penal e a criação de mecanismos garantidores de uma máxima contenção do poder punitivo do Estado são, assim, um necessário passo para uma futura superação da própria reação punitiva. Nesse sentido, percebe-se que a pena não deve ser compreendida como instrumento de poder e o castigo, possuindo outras tantas funções.

A atuação pública no sentido preventivo, de fiscalização e de educação, mais precisamente através de políticas públicas, deveria ser maciçamente aumentada, e não a severidade das penas, para simplesmente reafirmar o sistema, bem como a aplicação das penas alternativas como substitutos.

Nesse sentido, Yarochevsky, diz:

⁵⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2.^a ed., 1996.

Em tempos sombrios, de “populismo penal”; da influência midiática nos processos seletivos de criminalização e, de igual modo, nos processos penais; da prisão provisória se transformando em antecipação da pena; da prisão preventiva sendo decretada para obtenção de delação; do encarceramento em massa e da “massa”; da criminalização de movimentos sociais; de justiça; da eminência da aprovação de um desastrado, escabroso e repressor Projeto de Código Penal; de propostas indecorosas como a redução da imputabilidade penal, entre outras medidas draconianas, que somente revelam à fúria punitiva estatal.⁵⁸

Desse modo a sociedade, atuando de maneira educacional e preventiva, atingirá maturidade social e comunitária de tal nível, que os crimes poderão ter suas penas abrandadas.

2.4.2 Teoria Agnóstica da pena

Em que pese as teorias já citadas acima, apresentarem como propostas a ressocialização do condenado, sabe-se que tal fato não ocorre, logo dissertaremos sobre a teoria agnóstica que além de corroborar com nosso entendimento, demonstra a realidade do sistema de penas.

Essa teoria tem como alicerce, ideais de estado de polícia e de estado de direito. Para ela, existe uma grande dificuldade em acreditar que a pena possa cumprir, na grande maioria dos casos, as funções atribuídas a ela.

A pena está apenas cumprindo o papel degenerador da neutralização, como será demonstrado adiante, já que empiricamente comprovada à impossibilidade de ressocialização do apenado.

Ressalte-se que a finalidade de ressocializar e reintegrar o condenado ao convívio social não deva ser abandonada, mas deve ser revista e estruturada de uma maneira diferente. Para tanto, adverte-se que a reintegração social daquele que delinuiu não deve ser perseguida através da pena e sim apesar dela, vez que para efeitos de ressocialização o melhor criminoso é o que não existe, é o que se pretende aplicando as penas alternativas como substitutivas.

Em relação às críticas feitas as fundamentações doutrinárias das teorias justificadoras da pena, quer sejam absolutas ou retributivas, relativas gerais ou especiais, negativas ou positivas, gerou-se o fortalecimento de uma construção teórica acerca de um modelo garantista quanto à concepção da pena, posto que, os questionamentos e censuras às funções manifestamente oficiais da pena desconstrói a estrutura teórica de formulação da sanção penal como vingança, reafirmação da lei penal, correção moral, ou ainda como intimidação social.

⁵⁸. YAROCHEWSSKY, Leonardo Issac. **Reincidência e teoria da pena**. Mandamentos 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/leonardo-yarochewsky-trinta-anos-professor-helena-fragoso>. Acesso em 22/05/2015.

Ressaltando a seletividade existente no sistema penal, BATISTA et al⁵⁹(2003) visualizam a dispensabilidade das teorias da pena, objetivando possibilitar a reconstrução do direito penal com a finalidade de reduzir a violência do exercício do poder, o que ficará demonstrado em tópico específico posteriormente.

A teoria agnóstica da pena possui como base da sua construção doutrinária a pacífica coexistência entre os modelos ideais de estado de polícia e estado de direito (SANTOS, 2008, p. 472)⁶⁰.

O Estado de Polícia se fundamenta através do exercício do poder de forma vertical e autoritário, nos moldes de SANTOS⁶¹, solucionando os litígios existentes na sua base de incidência através da aplicação dos pressupostos declaradamente justificadores do discurso da penologia clássica - teorias absolutas e relativas, pelos possuidores da classe social hegemônica no poder.

O Estado de Direito, se baseia no exercício horizontal e democrático de poder, ocasionando a resolução dos conflitos mediante as regras existentes, consoante doutrina de Calamandrei (1995), sendo as mesmas validadas pela exteriorização dos direitos humanos, considerando estes sempre em perfeita evolução, garantindo ao acusado a máxima limitação possível ao jus puniendi (estado de polícia).

Nesse sentido referida teoria tende a negar legitimidade às doutrinas oficiais e declaradas que buscam motivos justificantes para a imposição da pena, sem, contudo, negar o próprio direito de punir.

Barreto sobre os fundamentos do direito de punir, afirma:

O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundada [...] Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica.

Diante disto, a pena readquire a sua verdadeira característica de ato de poder político e não jurídico, natureza esta que Barreto identificou em sua clássica frase: “Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”.⁶²

⁵⁹ BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, v.1, 2003.

⁶⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Dirreito Penal: Parte Geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC e Lumen juris, 2008.

⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Dirreito Penal: Parte Geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC e Lumen juris, 2008.

⁶² BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. **Revista dos Tribunais**, nº 727. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Contudo, ante à identificação da pena como ato do poder político, Zaffaroni, contestando ainda que indiretamente, as doutrinas abolicionistas por entender necessário, ao menos nos países periféricos, o estado de polícia, face a sua transcendência em relação a pena criminal para vigiar e controlar a ordem social, então, potencializa a possibilidade de restrição do exercício do poder punitivo do estado de polícia pela ampliação do estado de direito.

A teoria agnóstica, ao considerar como ilegítimas as bases oficiais que justificam juridicamente a sanção penal, tem como objetivo precípuo a realização de uma contenção máxima do poder punitivo pela maximização do estado democrático de direito, possibilitando, ao entender a pena como fonte eminentemente política, a realização de políticas criminais voltadas ao humanismo democrático.

Sendo que conforme apresentado nesse trabalho, o poder punitivo deve ser minimizado, aplicando-se quando possível as penas alternativas como substitutos efetivos. Afirma Santos⁶³:

Afinal, definir pena como ato de poder político, atribuir à pena o mesmo fundamento jurídico da guerra e rejeitar como falsas as funções manifestas ou declaradas da pena criminal significa ruptura radical e definitiva com o discurso de lei e ordem do poder punitivo

Tal teoria se funda na máxima estabelecida por Barreto⁶⁴, minudenciada por Zaffaroni⁶⁵ e exteriorizada por Carvalho⁶⁶ de que a pena é um ato político e o direito, como limite da política, é o parâmetro negativo da sancionabilidade, estruturando-a sob a negação das teorias da pena e fundando-a em critérios de limitação da sanção.

Por sua vez, Ferrajoli⁶⁷, em sua teoria do garantismo penal, atribui à pena o fundamento de prevenção à reação informal, desmedida, automática e arbitrária que a falta das penas poderia ensejar.

Assim, a pena se apresenta como guardião do direito do infrator em não ser punido senão pelo Estado, ou seja, o ideal de minimização da aflição infligida pela aplicação da pena e a refutação da violência privada como legítima confere a transmutação da ideia de pena-

⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Dirreito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. – Curitiba: ICPC e Lumen juris, 2008.

⁶⁴ BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. In **Revista dos Tribunais**, nº 727. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em Busca das Penas Perdidas: **A Perda de Legitimidade do Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

⁶⁶ CARVALHO, Salo de. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo**. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. rev. ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria Del Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

retaliação para a concepção de pena-garantia, passando esta a ser, inequivocamente, um direito do delinquente de ver-se punido somente pelas regras existentes.

Impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, o magistrado por exemplo no momento de aplicação da pena, e o excesso punitivo do Estado é o escopo deste novo modelo de direito. Sendo que a aplicação das penas alternativas como substitutivas pode impossibilitar tal excesso punitivo.

A pena apresenta-se, por derradeiro, como instrumento político de negação da vingança, como limite ao poder punitivo, como o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência. Tal característica identificadora simbolizada através da teoria agnóstica da pena, impõe uma reorientação teleológica do direito penal e do processo penal, fundamentada na rejeição dos discursos oficiais (retributivismo) ético ou jurídico e preventivismo especial ou geral, negativo ou positivo); na qualificação da pena como ato do poder político e não jurídico; na coexistência do estado de polícia e do estado de direito, pela restrição do primeiro e maximização do segundo; e na referência da sanção penal como direito do próprio ofensor em não se ver punido senão pelo Estado, justificando, portanto, uma ideia minimalista da pena.

Importante ressaltar, que de acordo com entendimento de Zaffaroni, a imediata redução de atuação do sistema penal e a criação de mecanismos visando coibir o poder punitivo do Estado podem ser uma importante etapa, para que se supere a reação punitiva, o que pode ser ocorrer com a aplicação efetiva das penas alternativas.

Entretanto é necessário que se crie mecanismos para que referida teoria se torne efetiva e prática, o qual está sendo proposto e fundamentado: a aplicação das penas alternativas como substitutos penais, coibindo a metajuridicidade e utilização de juízos apriorísticos pelo magistrado no momento de aplicação das penas alternativas, que na maioria das vezes deixa de aplicar quando possível e recomendável.

Deve-se compreender a ideia de que o Direito Penal deve ser orientado a satisfazer as necessidades de uma nova sociedade, consistindo, pois, em um sistema acessível a novas políticas criminais e proteção a direitos e garantias fundamentais.

3 FIXAÇÃO DA PENA BASE E SEUS JUÍZOS APRIORÍSTICOS

Conforme o modelo adotado atualmente, o cálculo da pena se dá em três fases, previstas no Código Penal. Trata-se do método trifásico, elaborado em função da doutrina de Nelson Hungria, e, jurisprudência da Suprema Corte.

Tal método, porém, apenas se estabeleceu definitivamente a partir da reforma da parte geral do Código (reforma de 1984), solucionando o desacerto doutrinário que existia.

Segundo expressa disposição do artigo 68 do Código Penal, o cálculo da pena-base será fixado atendendo ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; finalmente, as causas de diminuição e aumento da pena.

Quanto a isso, ainda, vale ressaltar que na exposição de motivos da parte geral do Código Penal em vigor que o projeto havia feito opção pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, permitindo o completo conhecimento da intervenção realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria da pena.

Observa-se, que a preferência pelo método trifásico, em detrimento do bifásico, defendido por parte da doutrina à época, deu-se exatamente pela facilidade de identificação dos critérios e das ponderações utilizadas pelo juiz, ao individualizar o *quantum* da pena ao caso concreto.

Ademais, ocorre que, a divisão da aplicação da pena em três momentos distintos pode acarretar problemas de ordem prática, no momento em que o juiz pondera sobre o caso. Nos dizeres de Pierangeli e Zaffaroni:

Conquanto esse sistema tenha a virtude de eliminar as discussões, até então existentes no Brasil e na doutrina comparada, ele complica muito as coisas, pois, frequentemente, pensa-se na necessidade de se construir, por primeiro, uma escala abstrata, e, em seguida, determinar a pena dentro dela.(...) Por outro lado, frequentemente se torna difícil estabelecer a pena-base no caso concreto, pois, às vezes, deve-se imaginar resultados ou efeitos que não tinham ocorrido, como no caso da tentativa.⁶⁸

3.1 Sistema atual: método trifásico de cálculo da pena e estágios de aplicação da pena.

⁶⁸ PIERANGELI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro** - parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 830

Arelado ao objetivo desse trabalho, é importante ressaltar que, o método trifásico deveria ser visivelmente mais claro em relação ao juiz que aplica a pena, permitindo o total conhecimento de todo o processo por ele utilizado na escolha daquela sanção específica, conforme fundamentação devida.

Entretanto, a possibilidade de controle, em decorrência da atividade valorativa do juiz, é bastante imprecisa, com isso, fica mais difícil garantir a proteção aos direitos do apenado, ou pelo menos a tentativa de tal proteção, e é nesse ponto que está o problema.

Não é outra a conclusão de Nucci, quando diz que:

O método trifásico foi consagrado no Código Penal, após a Reforma Penal de 1984, parecendo ser o mais adequado, pois permite ao condenado o exato conhecimento do processo pelo qual passa o juiz até concretizar a pena. Ponto por ponto, expõe o magistrado, por intermédio do raciocínio lógico-dedutivo, sua conclusão acerca da medida da sanção penal cabível, individualizando-a como determina a Constituição Federal.⁶⁹

Sendo assim, cabe discorrer a respeito da primeira fase de dosimetria, ao qual gerou objeto de discussão desse trabalho, em virtude das conseqüências enfrentadas em relação à discricionariedade do magistrado ao determinar referida pena base.

Não obstante, entendermos que o artigo 68 do Código Penal, em verdade, considera apenas o cálculo da pena, que, segundo um raciocínio mais adequado, constitui apenas uma das fases ou estágios de aplicação da pena. Entretanto há percepção, de que as fases de aplicação da pena, em verdade, são mais bem delineadas levando-se em consideração os dispositivos dos incisos do artigo 59 do Código Penal.

A primeira fase corresponde à estipulação do quantum da pena aplicável (conforme artigo 59, inciso II). Neste momento é que se utiliza a fórmula trifásica, considerando-se o regramento do artigo 68 do Código (fixação da pena base de acordo com as circunstâncias judiciais; atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição da pena).

Num próximo momento, tem-se a segunda fase de aplicação, considerar-se-á, então, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (conforme artigo 59, inciso III). Assim, de acordo com o caso, o juiz elege o regime dentre os três possíveis: fechado, semi-aberto ou aberto.

No terceiro momento de aplicação da pena, é considerada a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (conforme artigo 59, inciso IV). Assim, como se sabe, cumpridas as condições necessárias, o juiz pode eleger a substituição da

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166

pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, e, até mesmo, pela de multa (sabendo-se que as penas de multa podem ter também natureza substitutiva), dependendo da quantidade de pena aplicada ao caso.

É de se considerar, também, que esse será o momento adequado para a consideração, por parte do magistrado, a respeito da suspensão condicional da pena. Tal momento, inclusive, pode ser considerado como uma quarta fase de aplicação da pena, porém, não se vê necessidade de tal divisão, uma vez que a suspensão condicional se dá em detrimento da aplicação das penas alternativas. Assim, tem-se em verdade, uma escolha do juiz entre as duas opções disponíveis neste terceiro momento de aplicação da pena.

Note-se que tais considerações a respeito das fases de aplicação e fases de mensuração da pena, apesar de ultrapassarem o tema do presente estudo, se fazem necessárias, uma vez que terão grande influência no tópico a respeito das funções das circunstâncias judiciais, abordado à frente, pois é nesse momento que o magistrado faz uso da metajuridicidade, ou seja, utiliza juízos apriorísticos como óbice à aplicação das penas alternativas.

Em relação ao ponto principal em discussão aqui, cabe destacar que as circunstâncias judiciais cumprem uma função múltipla, haja vista que devem ser consideradas em todas as fases de aplicação da pena, seja na determinação do quantum, no cálculo da pena base, seja na determinação do regime inicial de cumprimento de pena, ou seja, na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, o que não ocorre na prática, nos levando a refletir sobre a importância de tal assunto.

Entretanto deveria haver uma direção mais adequada a ser seguida no momento da consideração de cada circunstância judicial, em relação ao qual se vinculassem para coibir juízos apriorísticos utilizados pelos magistrados em tal fase, fazendo com que as penas alternativas sejam aplicadas como aditivas e não como substitutas efetivamente.

Todas as circunstâncias judiciais deveriam ser observadas à luz destes dois elementos: necessária e suficiente reprovação e prevenção do crime, conforme demonstrado no primeiro capítulo de acordo com as teorias apresentadas. E, conseqüentemente, todas as fases de aplicação da pena devem ter em observação as circunstâncias judiciais.

Ademais, não se trata de uma hierarquia entre as circunstâncias judiciais e as finalidades da pena, elegidas pelo legislador. Trata-se de uma relação. É certo que a reprovação e a prevenção foram nitidamente elegidas como fins da pena, no Código Penal.

Não obstante, as circunstâncias judiciais têm a função de limitarem a discricionariedade judicial, ao longo da aplicação da pena, tendo-se em vista sua finalidade, o que deveria ocorrer na prática, mas não ocorre. Por tal motivo deve ser abandonada a

utilização da metajuridicidade como óbice à aplicação das penas alternativas como substitutivas às penas privativas de liberdade.

Referida metajuridicidade, gera um considerável reflexo no princípio da individualização da pena, sendo o juiz o órgão estatal responsável pela primeira fase de individualização da pena, e, sendo esta fase a que, possivelmente, envolve o maior coeficiente de discricionariedade, há que se ter em mente as limitações, os procedimentos a serem seguidos e as finalidades da pena.

A lei proporciona, ao juiz, não só a possibilidade, muitas vezes, da escolha da natureza da pena, mas a de fazê-la variar, em quantidade, entre um máximo e um mínimo, assegurando-lhe relativa discricionariedade para a perfeita individualização da medida penal à realidade do fato na sua total significação de contrariedade ao direito e do agente.

A própria lei traça a orientação que o juiz deve obedecer no exercício desse poder relativamente discricionário, determinando, circunstâncias objetivas do fato e circunstâncias subjetivas do agente reveladoras da sua culpabilidade, o que deve ser limitado, possibilitando a efetivação da aplicação das penas alternativas como substitutivas, cumprindo a função ressocializadora da mesma conforme já afirmado, apesar de que, tal função ressocializadora, é extremamente questionável, em virtude do modo de execução das penas.

Assim a pena, desde o momento em que é cominada, põe-se, ao mesmo tempo, embora de maneira abstrata, em relação com o fato e em relação com o agente, dirigindo-se a realizar a dupla função de retribuição e de segurança. E aí mesmo são postos os limites dentro dos quais pode mover-se o juiz na determinação da pena concreta para o caso concreto, e é nesse ponto que se reside o da nossa discussão.

Não obstante à visão que se tenha sobre a aplicação da pena, é de se ressaltar que as circunstâncias judiciais têm função maior do que a simples determinação da pena-base, referente à primeira fase do cálculo da pena, atuando no decorrer de todo o processo de aplicação da pena, devendo sempre serem observadas no sentido de evidenciar as funções da reprimenda e tendo o fundamental papel de limitação da discricionariedade estatal, ao longo deste difícil processo.

3.2 Princípio da individualização da pena, proporcionalidade, intervenção mínima e segurança jurídica.

Em relação à análise da aplicação da pena, não podemos deixar de fazer referência a alguns dos importantes princípios que norteiam todo o seu processo, princípios estes que se

encontram reciprocamente unidos na atividade exercida pelo magistrado, e que com tal discricionariedade e suas consequências não são exercidos efetivamente.

Em relação a individualização da pena, Luiz Luisi:

A Constituição de 1988 no inciso XLVI do artigo 5º prevê que a lei ‘regulará a individualização da pena’. Por individualização da pena deve-se entender o processo para, segundo a límpida e notória frase de Nelson Hungria, - ‘retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso’.⁷⁰

Tal princípio visa à garantia de que cada indivíduo violador do ordenamento jurídico penal tenha uma pena aplicada de acordo com a gravidade de sua conduta e as circunstâncias a ela atreladas.

Com relação a tal princípio a ideia de penas desproporcionais não mais está presente, a critério da plena discricionariedade do Estado, também não há que se falar em uma pena igual, aplicada de maneira idêntica a todos os infratores, em detrimento das mais diferentes situações em que houve a violação da ordem jurídica, bem como em detrimento das circunstâncias pessoais do acusado.

Importante percebermos que referida individualização da pena se dá em três momentos distintos. O primeiro deles ocorre com a criação da norma, momento em que o legislador estipula as penas abstratamente, bem como as imposições que deverão ser adotadas pelo juiz ao aplicá-las.

O segundo momento é a individualização feita pelo juiz, graduando a pena abstrata, dentro do limite máximo e mínimo, em relação ao caso concreto, e aplicando-a ao autor do delito, conforme previsão legal. O derradeiro momento é o da execução da pena, também referente ao sujeito particularmente considerado, após ter recebido a pena, e feita ao longo de seu cumprimento.

Nesse passo, cabe ressaltar que diante do objetivo do trabalho a fase que mais nos desperta interesse é a primeira, em relação à análise das circunstâncias judiciais, que é a partir dela que será realizada a graduação da reprimenda pelo magistrado, o que esta relacionada a necessária proporcionalidade e intervenção mínima. Esses dois elementos estão relacionados com a impossibilidade de utilização da metajuridicidade como óbice na aplicação das penas alternativas como substitutos penais.

⁷⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. Ed. Revista e Aumentada. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003, p. 52.

Referida aplicação da pena, é de suma relevância, posto que o magistrado tem a discricionariedade, mas ao mesmo passo ela, deve ser vinculada aos princípios norteadores: proporcionalidade, intervenção mínima e individualização da pena, que na maioria das vezes são descartados, em virtude dos juízos apriorísticos utilizados pelos juízes.

Conforme Luiz Luisi:

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma 'discricionariedade juridicamente vinculada'. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles, o juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina.⁷¹

A dificuldade que verificamos, é que tal discricionariedade, ultrapassa na maioria das vezes os limites e objetivos da pena, sendo que o magistrado utiliza conceitos prontos, sedimentados, enraizados socialmente, conforme sua concepção e interpretação abstrata e de forma ampla de determinados delitos, fazendo na maioria das vezes uma mera menção de artigo, contrariando o princípio da individualização da pena, causando assim um resultado extremamente prejudicial ao apenado e em segundo momento a própria sociedade.

Conforme Pierangeli e Zaffaroni:

[...] não se pode deixar de reconhecer ser bastante ampla a apreciação judicial, o que obriga a fundamentar, necessariamente, a individualização que faz da pena na sentença, não sendo, em absoluto, suficiente uma menção genérica aos artigos do código penal, que não torna perfeitamente conclusiva a razão que levou o magistrado a assim decidir, no caso concreto.⁷²

Por sua vez, Nucci⁷³ diz que o magistrado elege o *quantum* ideal da reprimenda por meio de seu livre convencimento, identificando-se, então, a discricionariedade.

Contudo, referido livre convencimento deve ser motivado, identificando-se, portanto, a vinculação da atividade jurídica, o que não ocorre efetivamente.

No entanto, deve se ressaltar que as decisões que impõem as reprimendas, devem ser devidamente fundamentadas, bem como estar de acordo com os princípios de individualização, proporcionalidade e intervenção mínima, não devendo, portanto, o magistrado trabalhar com ideia de conceitos solidificados socialmente, como ocorre na

⁷¹ LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Revista e Aumentada. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003, p. 52.

⁷² PIERANGELI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 829.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 146

prática, coibindo a aplicação das penas alternativas, contrariando a função da reprimenda, bem como sua essência ressocializadora.

Ademais, os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima devem ser observados uma vez que, o magistrado utilizando critérios metajurídicos poderá ultrapassar os limites previstos no Código Penal, fazendo com que as penas alternativas deixem de ser aplicadas, bem como, estará intervindo de forma violenta na vida do apenado.

Outro princípio que deve ser respeitado para que se justifique a aplicação das penas alternativas, quando preenchidos os requisitos é o da segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, possuindo relação com os direitos fundamentais.

Luiz Guilherme Marinoni⁷⁴ afirma que a segurança jurídica, que é vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser 'Estado de Direito'.

O autor⁷⁵ ressalta, ainda, que o cidadão necessita da certeza de que o Estado e os demais indivíduos se comportarão de acordo com o direito e que os órgãos estatais o respeitarão. Além disso, também é preciso ter a segurança de que haverá previsibilidade na consequência de suas ações, e na necessidade de a ordem jurídica possuir estabilidade.

Por seu lado, o entendimento do Ministro José Augusto Delgado⁷⁶, em seu artigo, é de que, a segurança jurídica, para ser compreendida, deve ser examinada como: garantia de previsibilidade das decisões judiciais; meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; veículo garantidor da fundamentação das decisões; obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; e fundamentação judicial adequada. Observa-se que tais características coadunam com a ideia do trabalho, qual seja, quando preenchidos os requisitos deve-se aplicar as penas alternativas, abandonando a subjetividade, conforme entendimento de Roxin que já foi explanado no segundo capítulo.

Assim, o juiz ao deixar de analisar objetivamente os critérios da primeira fase da dosimetria da pena, poderá impossibilitar a aplicação de penas alternativas, causando assim insegurança jurídica à sociedade e diretamente ao apenado.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010, pg. 26

⁷⁶ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e seus Reflexos na**. Segurança Jurídica. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br/>>. Acesso em 11 out. 2016.

3.3 Finalidade das penas alternativas e a necessidade de implementação das mesmas

Primeiramente, cumpre ressaltar que as decisões que determinam as penas, devem estar respaldadas por uma motivação idônea, diretamente conectada a individualização da pena, garantindo ao apenado um direito constitucional qual seja, cumprir uma pena com direitos e garantias individuais preservados, com decisões fundamentadas. Tudo deve considerar os limites legais. Impedindo-se que o magistrado exacerbe na dosimetria da pena, pois essa deve estar dentro dos limites para prevenção e reprovação do delito.

Nesse passo, o objetivo do Estado em relação ao cumprimento das penas, é que o indivíduo, após tal cumprimento, se torne apto ao retorno social, tendo como fundamento a ordem jurídica que consagra o direito do preso ser ressocializado caso queira, além de outros direitos e garantias fundamentais, para que posteriormente à própria sociedade possa receber esse cidadão de forma positiva, o que poderá acontecer se as penas alternativas forem aplicadas como substitutivas, uma vez preenchidos os requisitos.

Ademais, a preocupação em relação à utilização de critérios metajurídicos pelos magistrados, é que esse fato faz com que as penas alternativas deixem de ser aplicadas, como substitutos efetivos, e a consequência disso, é a situação que os presos são submetidos, que é degradante, e tal fato, demonstra que a ressocialização prevista na legislação vigente está longe de ser alcançada, marginalizando cada vez mais o indivíduo.

Contudo, não deve ser esquecer da forma maléfica em que se encontra a situação carcerária do país, a partir do instante que o preso ingressa no cárcere, ele não perde apenas o seu direito à liberdade, mas também direitos e garantias fundamentais, passando a ter um tratamento desprezível, sofrendo os mais agressivos tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua moral e personalidade, bem como a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno efetivo e saudável à sociedade.

Carvalho (2010):

Importante deixar claro que as medidas descarcerizadoras devem ser vistas como importantes mecanismos de desinstitucionalização, sendo sua aplicação inegavelmente mais vantajosa que qualquer espécie de encarceramento. O problema de pesquisa que move a investigação, porém, é até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do carcerário sobre os grupos vulneráveis, ou seja, se efetivamente são incorporados pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas ao processo criminal e à prisão ou se constituem instrumento aditivo de ampliação do controle social punitivo.⁷⁷

⁷⁷ CARVALHO. Salo de. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II. Ruth Maria Chittó Gauer (Org.). 2010, p. 151

Os levantamentos do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), de 2014, demonstram que o Brasil tinha à época um número de presos de aproximadamente 66% superior à sua capacidade de abrigá-los (déficit de aproximado 250 mil). Com cerca de 600 mil presos.

Em tais levantamentos estima-se que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo e um sistema prisional superlotado. O déficit de vagas (quase 250 mil) é um dos principais focos das críticas da ONU sobre desrespeito a direitos humanos no país. Segundo a organização não governamental Centro Internacional para Estudos Prisionais (ICPS, na sigla em inglês), o Brasil só fica atrás em número de presos para os Estados Unidos (2,4 milhões), China (1,8 milhão) e Rússia (900 mil), sendo que esses dois últimos são países que notoriamente não respeitam os direitos e garantias individuais. (DEARO, 2013).

Nesse sentido Mesquita Junior:

A penitenciária, local de cumprimento da pena no regime fechado não deve ter capacidade muito grande, sendo que consideramos equivocado o limite de 500 vagas por estabelecimento, tal quantidade pode ser adequada, desde que os módulos previstos, com capacidade máxima para 120 condenados, sejam respeitados. Ressalte-se que esses módulos devem constar de prédios distintos, ainda que integrantes do mesmo complexo penitenciário, sendo de todo inviável a construção de uma estrutura robusta que só pode gerar a promiscuidade e a insegurança.⁷⁸

Também se manifesta sobre este assunto Roberto Porto:

Em relação à capacidade de presos por estabelecimento prisional, o Ministério da Justiça do Brasil adotou como não poderia deixar de ser, a tendência mundial de limitar, ao menor número possível, a reunião de sentenciados em um único estabelecimento”. Assim, recomenda-se, em um presídio de segurança máxima, a capacidade mínima de 60 e máxima de 300 presos, o que nos parece razoável. A significativa diminuição desta capacidade inviabilizaria qualquer melhora no problema da superpopulação carcerária. Em relação aos presídios de segurança média, sugere-se uma capacidade mínima para 300 presos e máximos para 800 sentenciados, o que nos parece pouco recomendável, já que o histórico penitenciário brasileiro demonstra que este número não deveria exceder 500 detentos.⁷⁹

A lastimável situação prisional brasileira revela uma absoluta incapacidade para chegar ao mínimo desejável sobre a ressocialização do preso, pois as condições em que os detentos são submetidos impossibilitam que os mesmos tenham o mínimo de dignidade, num espaço físico totalmente insuficiente, bem diverso do que é o previsto em lei.

⁷⁸ MESQUITA JUNIOR, - **Execução Criminal**: Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 2010, p 346

⁷⁹ PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p 13.

Além do mais nota-se que a população predisposta aos delitos não decresce, a sensação de impunidade é notória, explícita e a violência tem aumentado cada vez mais. Com isso, o anseio da sociedade em favor de sentenças mais rígidas determinando prisão aumenta, como vimos recentemente no Brasil o clamor nas ruas pela redução da imputabilidade penal.

É imperioso destacar que a prisão não é o caminho para a ressocialização, a reinserção social, não é possível a manutenção de um sistema violador de direitos básicos a existência de qualquer indivíduo: os direitos e garantias fundamentais. É contraditório um sistema que para ressocializar, dessocializa, que para incluir, exclui. Por isso a necessidade de uma análise livre de juízos apriorísticos para possibilitar a aplicação das penas alternativas, que é a maneira menos violenta de intervenção do Estado.

O poder público através da forma que é executada a prisão, materializa o castigo, fazendo do Direito penal um instrumento desse referido castigo e não o direito de punir em relação aqueles que praticam um delito, em virtude de inúmeras violações de direitos que existem.

O sistema prisional não obtém êxito no emprego da execução das sanções impostas, em virtude da falta de estrutura, e cada vez maior número de presos. Assim, com a ineficiência do sistema, não é possível chegar nem próximo à ressocialização, para reintegrar o autor do fato e retorná-lo à sociedade em condições apropriadas.

Ademais no Brasil, a taxa de reincidência é elevada, ficando indiscutível que o atual sistema penitenciário não se demonstra eficaz a reabilitar o condenado, além de outras questões anteriormente discutidas.

Sendo assim mostra-se necessária a implementação das penas alternativas como substitutos penais, ao invés de serem utilizadas, e quando utilizadas como penas aditivas, reafirmando uma exacerbada carga axiológica dos magistrados em relação às mesmas, principalmente no que tange a fixação da pena base como óbice a aplicação das penas alternativas.

Nesse sentido Carvalho (2010):

É necessário que as alternativas à prisão sejam efetivamente *alternativas*, e não sistemas adicionais, apêndices ou válvulas de escape do insolvente modelo carcerário. As alternativas deveriam constituir-se, pois, em possibilidades reais de minimizar a dor do encarceramento, estabelecendo radical ruptura com o modelo punitivo tradicional.⁸⁰

⁸⁰ CARVALHO. Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org).Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II.). 2010, p. 154

É importante lembrar que na literatura criminológica brasileira, sob o título “A ampliação do controle social”, Juarez Cirino dos Santos, ao comentar a inserção das penas restritivas de direito na Reforma Penal de 1984, chamava atenção para a armadilha dos mecanismos legais de desprisionalização:

Os substitutos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle, com a possibilidade do reencarceramento se a expectativa comportamental dos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores.⁸¹

Ressalte-se que, com a perspectiva de aprimorar a implementação das alternativas penais no país, o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ), por meio da Coordenação-Geral de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), estabeleceu acordo de cooperação técnica com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) para realização do projeto Política Criminal Alternativa à Prisão (doravante intitulado A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas), objetivando a prospecção de uma nova política criminal alternativa à prisão.

Os resultados demonstrados, em suma, foram que as penas alternativas não são utilizadas, por diversos fundamentos.

Ressalte-se que para corroborar com nosso trabalho algumas conclusões referentes a pesquisa citada foram observadas:

- a) O arbítrio excessivo na aplicação da pena, visto que vários juízes entrevistados admitem se basear na intuição, analisando a aparência e o “jeito” do réu e considerando como antecedentes atos infracionais e processos que correm em simultâneo ao que se encontra sob sua apreciação;
- b) A perceptível resistência de juízes e promotores à aplicação de penas alternativas. Esta resistência foi identificada, principalmente, no caso dos delitos envolvendo drogas. Contrariamente à decisão do STF, muitos juízes continuam a não aplicar a substituição de penas restritivas de liberdade por penas alternativas para os casos de tráfico de drogas. Alguns dos juízes e promotores entrevistados manifestaram o entendimento de que o envolvimento com as drogas seria a porta de entrada para a criminalidade, razão pela qual o uso e o tráfico deveriam ser punidos com severidade, o que afastaria a aplicação de sanções alternativas.

⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 3ª ed. – Curitiba: ICPC e Lumen juris, p. 299.

- c) Adicionalmente, identificou-se também uma visão presente entre parcela dos juízes e promotores de que as penas alternativas são sinônimo da impunidade.

Nessa toada, observa-se a necessidade de que as penas alternativas sejam aplicadas como substitutivas e não aditivas, sendo que o magistrado deve abandonar a utilização de critérios metajurídicos no momento da primeira fase de dosimetria da pena.

3.4 Sociedades de controle

A ideia da sociedade sobre a necessidade da punição e prisão pelo comportamento tido como criminoso sempre foi elemento de discussão. Esta discussão, antes referente ao campo da ciência penal, passou a sofrer também com uma maior integração de outras ciências sociais que passaram a discutir e problematizar sobre a necessidade de se retirar a liberdade de algumas pessoas, que cometem certos delitos, e as colocarem dentro de um local extremamente degradante: o cárcere.

Ocorre que na prática o que temos é um sistema penal ocupado com aqueles economicamente e socialmente vulneráveis, sendo que esses correspondem à maior parcela da população encarcerada.

3.4.1 Cárcere: meio eficaz para dominação e violação dos direitos e garantias fundamentais

Em relação a um ponto discutido no trabalho, inerente a carga axiológica, acontece efetivamente é que os juízos apriorísticos, que impossibilitam a aplicação das penas alternativas, recaem justamente na classe economicamente e socialmente vulnerável, por isto, deve ser abandonada essa análise subjetiva na primeira fase de dosimetria da pena.

A forma prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações.⁸²

⁸² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. 8ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 193.

A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência.⁸³

Primeiramente cumpre ressaltar que o autor ao demonstrar que a prisão é menos recente do que se diz quando, se faz necessário datar seu nascimento nos novos códigos.

As origens históricas do cárcere no Brasil são diversas. A prisão já foi um espaço destinado a escravos, ex escravos, fugitivos, mendigos, menores de rua, deficientes mentais, prostitutas, mulheres engajadas politicamente, e, ainda, foi utilizada para neutralizar os adversários políticos.

Ademais, o novo modelo de organização penitenciária é estudado com base no Panóptico de Jeremy Bentham, na intenção de substituir as barbaridades por uma burocracia mais civilizada. A prisão se tornou, então, a principal forma de punição no Brasil, assim como em vários outros Estados ocidentais, com objetivo de ser uma pena mais “humana”.

Com a crescente desigualdade socioeconômica, a mendicância e a exclusão, especialmente na cidade do Rio de Janeiro, as colônias eram de forma oculta, verdadeiros depósitos de sujeitos rejeitados pela sociedade, principalmente os negros e mulatos.

Os criminosos considerados pela ordem vigente como vadios, vagabundos, ociosos, loucos e capoeiras, viram-se com a legislação e o espaço para a própria neutralização social, através da punição, uma vez que as chamadas colônias correcionais foram criadas, especialmente, com a finalidade de circunscrever a marginalidade urbana. Nestas colônias, o Estado brasileiro depositou centenas de pessoas consideradas socialmente de ociosos, imorais e reincidentes.

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 1984), por sua vez, que regulou, e ainda regula, a disciplina carcerária, permanece consagrando a ressocialização do degenerado e delinquente como objetivo anunciado da prisão, escondendo a faceta real de dominação de corpos, da prisão.

Acerca do instrumento normativo afirma Roig, 2005 que:

[...] a mais sentida deficiência da normatização penitenciária contemporânea reside, salvo melhor juízo, na carência de comando legais capazes de eficazmente tolher o enorme discricionarismo administrativo com o qual nos deparamos. É absolutamente imperioso percebermos que a estratégia de controle disciplinar carcerária passa necessariamente pela supressão da intimidade, do autodiscernimento e da confiança do preso no sistema legal de garantias. Tal confiança é rapidamente eliminada quando o indivíduo constata que a efetividade de seus direitos elementares depende do exclusivo alvedrio da autoridade custodiante, e não da potestade do comando

⁸³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. 8ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 195

normativo, muito distante da realidade da cadeia. Com isso, garantias legais se transformam, quase que por milagre, em benesses da impune e soberana autoridade penitenciária, reforçando os convenientes laços da submissão.⁸⁴

Para sociedade, fundamentada no senso comum, o cárcere no Brasil é considerado declaradamente como uma pena necessária e adequada, porém esconde a finalidade oculta e não declarada de neutralizar a classe social que incomoda a elite, ou seja, o andar de cima da dominação social.

Ademais tal poder tem grande reflexo do sistema capitalista, que satisfaz um grupo em detrimento dos outros, violando direitos e garantias fundamentais, para reafirmar a ideia de dominação em relação aos débeis, sendo que a prisão é utilizada como meio eficaz para tanto. Tudo por uma relação injusta de propriedade e poder, de injustiça social, efetivando cada vez mais a violência estrutural, reprimindo as necessidades reais de determinada classe. Essencialmente, é o que Wacquant nos ensina:

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "**mais Estado**" policial e penitenciário o "**menos Estado**" econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. Ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública - simbolizada pela luta contra a delinquência de rua- no momento em que este se afirma e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hipermobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira. E isso não é uma simples coincidência: é justamente porque as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de "segurança", subitamente relegada à mera dimensão criminal. No entanto, e, sobretudo, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século.⁸⁵

Dessa feita, observa-se que a prisão é, sem dúvida, cada vez mais degradante para humanidade do que a própria história dos delitos, posto que mais cruéis e mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos uma vez que, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional, um fenômeno social, a violência imposta por meio da prisão é sempre planejada, consciente, estabelecida, dominadora, pela classe mais favorecida economicamente em detrimento da classe menos favorecida. (FERRAJOLI). Por isso se justifica a aplicação quando possível das penas alternativas.

⁸⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 2005, p.138.

⁸⁵ WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011 p. 4

Mesmo assim, a prisão vem sendo utilizada, de forma aleatória, como principal resposta penal, equivocando-se no objetivo basilar, qual seja a prisão como *ultima ratio*, segundo de FERRAJOLI (2002): “o objetivo justificador do direito penal é a garantia das liberdades do cidadão”.

Nesse diapasão assevera ROXIN:

A intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, entende-se que o Estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais.⁸⁶

Com efeito, na ótica de Roxin, só se deve recorrer ao Direito Penal, como forma de controle social (proteção de bens jurídicos essenciais: coletivos ou individuais), como última opção (*ultima ratio*), isto é, se não for possível o controle por outro meio menos estigmatizantes e desde que a pena seja necessária para tal.

O Direito Penal não pode ser o instrumento único de controle social, sob pena de minimizar a sua própria importância que deve ser subsidiária, última opção, a *ultima ratio*.

O Direito Penal máximo é extremamente intolerante em relação a qualquer crime, com penas elevadas, acreditando que se determinado crime tem uma pena extremamente rígida o delinquente não cometerá mais delitos.

Programas populares reafirmam cada vez mais tais ideologias, fazendo com que a classe social menos favorecida acredite em tal discurso, como por exemplo: “os bandidos estão assim porque não tem leis duras”, “os bandidos não têm mais medo da polícia porque sabem que não “da nada” ser preso”.

Entretanto, completamente insegura tal reflexão, salienta Ferrajoli:

[...] o modelo de Direito Penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela ‘incerteza’ e ‘imprevisibilidade’ das condenações e das penas que, consequentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.⁸⁷

Afora isso, apesar da prisão ser identificada como um modo de humanização na história das penas, por ter substituído as penas cruéis, ela não é capaz de cumprir o mínimo de seus objetivos, de forma que os presos não têm um cumprimento de pena digno além de

⁸⁶ ROXIN, Claus, **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. de Luís Greco. Renovar: 2002, p. 64

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria Del Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 22

saírem do cárcere sem a efetiva possibilidade de ressocialização. A prisão da maneira que é exercida, de fato, não passa de uma crueldade e dominação de classes.

A temática das relações do poder disciplinar é abordada na obra de Foucault, retratando a forma como esse poder era exercido na sociedade. Foucault analisa o poder e a produção do saber exercido pelas relações que se estabelecem em toda sociedade até o século XVIII.

Foucault retrata o surgimento de uma sociedade disciplinar e de controle que se deu pela decadência da sociedade soberana, onde a figura do rei tinha total controle sobre os homens e agia de forma direta sobre o corpo do indivíduo. Em seu livro, Foucault descreveu como o suplício, a dura punição corporal, era utilizado pela sociedade soberana, para controlar a população, entre os séculos XVII e XVIII.

Michel Foucault analisa a passagem da Sociedade Soberana - em que o poder está na mão de um soberano e utiliza a ameaça de morte e a punição como formas de controle - para a Sociedade Disciplinar e de controle, e a lógica do confinamento - como o presídio, a fábrica, a escola, entre outros - através do modelo panóptico e centralizador do poder e da vigilância de “um” sobre “todos”.

Nesse modelo de sociedade não existe mais a figura de um rei, mas de grupos setoriais que vigiam e controlam toda sociedade. Dessa forma, de vigia exaustiva da sociedade, o Estado encontra a melhor forma de manipular o povo.

Historicamente a relação de poder sofreu adaptações onde o controle social passa a ser feito através de um regime de ordens impostas dando origem a uma sociedade disciplinar e de controle. Fatos descritos desta nova forma de "poder disciplinar" nos mostram que as instituições, que passaram a ter uma função disciplinar, foram regidas por leis autoritárias. Pois, mais do que vigiar, era preciso construir um sistema de poder capaz de moldar o indivíduo, transformando em um indivíduo dócil, útil e disciplinado.

[...]O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento das suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil⁸⁸

Deleuze⁸⁹ em uma análise da sociedade de controle em relação a sociedade disciplinar de Foucault, quando ele relatou em meados do século XIX os meios de confinamento como:

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 8ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p.127

⁸⁹ DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum Sobre as Sociedades de Controle**. ed.34. In L'Autre Journal, nº 1, maio de 1990, Trad. Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: 2010.

família, escola, exército, fábrica, hospital, prisão; que tinham em comum a ideia de concentrar, distribuir no espaço; ordenar no tempo; compor no espaço-tempo uma força produtiva cujo efeito deve ser superior à soma das forças elementares .

Esse composto de sociedade disciplinar, segundo Deleuze (2010) teve participação na transição com a 2ª Guerra Mundial, considerando que foi um período em que os meios de confinamento (instituições) foram condenados num prazo mais ou menos longo.

No entanto, as sociedades de controle estão substituindo as sociedades disciplinares, na visão do autor. Uma vez que nas sociedades de controle a pessoa tornou-se individual e as massas tornaram-se amostras, dados, banco de dados.⁹⁰

Em consideração a visão do autor, pode-se destacar que ambas as sociedades giram em torno do dinheiro. Uma vez que em se tratando da sociedade disciplinar, moeda é a medida padrão, nas sociedades de controle o que vale, são as trocas flutuantes as molduras do mercado. “A velha toupeira é o animal dos meios de confinamento, enquanto que a serpente é o animal das sociedades de controle.”⁹¹ O que o autor procura ressaltar é que o capitalismo nos dias de hoje, não é mais dirigido para a produção, mas sim envolvido a um sentido de sobre produção. Ou seja, não compra mais matéria prima nem vende mais produtos acabados: compra produtos acabados, ou monta peças destacadas, o que ele vende são serviços e o que compra é ações (o que importa é o mercado)⁹²

É nessa evidencia que se percebe que o mercado está tomado pelo “controle” e não mais pela “disciplina”. Na percepção do autor, o controle é de curto prazo e de rotação rápida, porém também pode ser considerado contínuo e ilimitado, ao contrário da sociedade disciplinar, isso significa que o homem não é mais confinado, mas sim endividado.⁹³

Porém uma observação ampla do autor declara que o controle está centrado no enfrentamento de algumas causas e fronteiras como por exemplo a explosão dos guetos e favelas.

⁹⁰ DELEUZE, Giles. **Post-scriptum Sobre as Sociedades de Controle**. ed.34. In *L’Autre Journal*, nº 1, maio de 1990, Trad. Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: 2010.

⁹¹ DELEUZE, Giles. **Post-scriptum Sobre as Sociedades de Controle**. ed.34. In *L’Autre Journal*, nº 1, maio de 1990, Trad. Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: 2010, p. 219

⁹² DELEUZE, Giles. **Post-scriptum Sobre as Sociedades de Controle**. ed.34. In *L’Autre Journal*, nº 1, maio de 1990, Trad. Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: 2010

⁹³ DELEUZE, Giles. **Post-scriptum Sobre as Sociedades de Controle**. ed.34. In *L’Autre Journal*, nº 1, maio de 1990, Trad. Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: 2010

Em uma observação no mundo em que vivemos podemos perceber que o controle está em todos os cantos. Animais e pessoas são controlados. Indivíduos nas empresas são controlados tecnologicamente.

Essa violência é ínfima em virtude da violência social existente que não é levada em consideração, sendo que a intervenção punitiva recai na grande maioria das vezes sobre os mais débeis.

Pode-se observar que a maioria dos condenados que são impedidos de serem apenados com penas alternativas, fazem parte de uma classe social menos favorecida, enquanto os que detém um poderio econômico melhor, o magistrado analisa sempre em seu favor a primeira fase de dosimetria, para que se torne possível a aplicação das penas alternativas, ficando latente que a sociedade tem o controle dos indivíduos através de condição sócio- econômica, se valendo de juízos apriorísticos.

Logo, pode-se afirmar que se os juízos apriorísticos deixarem de ser utilizados, ou seja, a primeira fase da dosimetria fosse analisada de forma objetiva, não haveria tal discriminação, dando fundamento para uma sociedade injusta e de controle, uma vez que a análise objetiva proporciona tal igualdade.

3.4.2 Os Juízos apriorísticos e seletividade do sistema

Após demonstrar que o a sociedade é um instrumento de controle, sendo que o cárcere é um meio para exercício desse, devemos também, discorrer acerca da seletividade do sistema, pelos mesmo motivos, a classe mais débil, é selecionada negativamente pelo sistema, deixando assim de serem apenadas com as penas alternativas.

Em relação à seletividade do sistema, é indispensável *destacar O Labelling Approach*, em português Teoria do Etiquetamento. Essa teoria surge nos Estados Unidos, nos anos 1960, como marco da teoria do conflito. Abandona-se o paradigma etiológico-determinista das precedentes escolas criminológicas (escola positivista italiana, mais especificamente) e os questionamentos, que antes se referiam ao criminoso e às causas do crime, voltam-se ao sistema de controle social.

Desaparece para o Sistema Penal, a função de combate ao crime, e resta apenas a função de atribuição de etiquetas. A prática de crimes não rotula ninguém, o delinquente passa a ser aquele que corresponde aos critérios de seleção e é etiquetado pelas instâncias punitivas.

Pode ser observada a teoria realizando, por exemplo, um estudo inicial e verificando o fenômeno denominado “cifra negra” (que representa o número de crimes que são efetivamente praticados e que não aparecem nas estatísticas oficiais), o que demonstra que apesar de todos nós já termos praticado algum delito (ameaça, crime contra a honra, apropriação indébita de um DVD ou livro), observa-se que apenas uma pequena parcela dos delitos resultará em processos judiciais que poderão ou não ensejar uma condenação criminal.

Com isto, o risco de ser etiquetado, ou seja, fazer parte das estatísticas, não depende da conduta, mas da situação do indivíduo na sociedade, bem como de juízos apriorísticos utilizados pelos magistrados.

Assim pode-se notar que o sistema penal é claramente seletivo, pois funciona segundo os estereótipos do criminoso, os quais são confirmados pelo próprio sistema, exercido pelos juizes. Zaffaroni em sua obra “Sistemas Penais e Direitos Humanos” de 1991, demonstra que a seletividade penal está implícita da seguinte forma:

Se todos os furtos, 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.⁹⁴

Na própria legislação brasileira é notável tal fato, como por exemplo, na nossa recente Lei de Drogas 11.343/06 no seu artigo 28, em seu §2º que diz:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Está claro tal seletividade, na legislação penal onde destaca: “às circunstancias sociais e pessoais”, ora isso nada mais é dizer que se está selecionando por classe e posição social, e é nessa fase que os magistrados se valem dos juízos apriorísticos para proceder a dosimetria da pena, fazendo com que as penas alternativas deixem de ser aplicadas como substitutivas.

A criminalidade não é a qualidade de uma determinada conduta, mas sim o resultado de um determinado processo de estigmatização da conduta e daquele que a praticou.⁹⁵

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 26

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología**. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, 110-111

São consideradas desviantes apenas as condutas que a sociedade e seus órgãos punitivos decidem perseguir como tal. Consequentemente o indivíduo passa a ser criminoso a partir da etiqueta que lhe é colocada e não exatamente pelo ato por ele praticado.⁹⁶, confirmando cada vez mais a seletividade do sistema.

Zaffaroni define com excelência a seletividade penal:

Que o sistema repressivo está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere, mais permita uma discricionariedade seletiva, dirigida contra os setores sociais mais vulneráveis. Isto explicaria as razões pelas quais os presos são na maioria absoluta originários de camadas sociais economicamente frágeis ou de segmentos discriminados.⁹⁷

Identifica-se que o sistema, seleciona, e na realidade se preocupa com o autor do fato, ao invés de preocupar com o fato propriamente dito.

Pode-se observar que a classe menos favorecida, tem menos possibilidade de obter uma pena alternativa em relação à classe mais favorecida, em virtude de condição e influência social.

Desde a exposição dos índices de seletividade, com a demonstração do uso discriminatório do poder de castigar como ferramenta para reprimir minorias (negros, pobres e jovens), à crítica ao falso humanitarismo da estrutura penal e punitiva do *welfare*, com o diagnóstico da compulsoriedade do tratamento e da invasividade do controle criminológico-administrativo sobre os apenados, produzindo altos níveis de lesões aos direitos fundamentais e à dignidade individual.⁹⁸

Silva-Sánchez, ao ler a crítica da criminologia de esquerda e do movimento do direito alternativo ao uso político e classista do direito penal, na qual é exposto o processo de criminalização que atinge quase em sua integralidade pessoas em situação de vulnerabilidade (econômica, social, racial), aponta como efeito da demanda de inserção de novos bens jurídicos no rol de crimes e a punição dos empresários morais que praticam delitos econômicos (crimes de colarinho branco), a ampliação do sistema penal.

⁹⁶ MAGLIONI, Bruna. A seletividade do sistema penal brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2.^a ed., 1996, p 27

⁹⁸ GARLAND, David. *The Culture of Control: crime and social order in contemporary society*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p . 55-60.

3.5 Direito penal do fato e direito penal do autor

Discute-se muito se o autor de uma conduta delituosa deve ser punido pelo que é, ou pelo fato que cometeu, pelos dois motivos, até mesmo, ora por um, ora por outro.

O sistema penal brasileiro adotou, para caracterizar o crime, o direito penal do fato. Entretanto, para a fixação da pena, regime de cumprimento da pena, espécie de sanção, entre outros, adotou a concepção do direito penal do autor conforme análise do artigo 59 do Código Penal.

O Direito Penal do autor fundamentava a aplicação da pena em razão do "ser" daquele que o pratica e não em razão do ato praticado.

No Direito Penal do autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. Não se despreza o fato, no entanto, presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal, possibilitando a criminalização do estado perigoso, independentemente do delito e a aplicação de penas, em função de determinadas características do autor como a reincidência.

Existem dois tipos de autor, o tipo normativo e o tipo criminológico. De acordo com a concepção do tipo normativo de autor, o fato somente se aplica ao tipo no caso de se moldar à imagem ou modelo do autor: o que se faz é comparar o fato concreto com o modelo de conduta representado da ação que se espera de um típico autor do delito.

Diferentemente, na concepção do tipo criminológico de autor, o que conta não é um juízo de valor, mas sim a constatação empírica de que a personalidade do autor concorda com as características do criminoso habitual.

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que:

[..]ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o ser ladrão.⁹⁹

Com propriedade observam Zaffaroni e Pierangeli que "um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997., p. 107.

Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação"¹⁰⁰.

Em oposição ao Direito Penal do autor, o Direito Penal do fato, não permite sancionar o caráter ou modo de ser do indivíduo, devendo julgar exclusivamente seus atos. Ninguém é culpado de forma geral, mas somente em relação a um determinado fato ilícito.

O Direito Penal do fato consagra o princípio da culpabilidade como o juízo sobre a relação do autor com o fato concretamente realizado, não levando em consideração sua personalidade e conduta social.

O princípio da culpabilidade, cujo pilar é a dignidade da pessoa humana, se desdobra em três aspectos fundamentais: elemento integrante do conceito analítico de crime: o conceito analítico ou estratificado de crime, consiste em uma conduta típica, ilícita e culpável; critério regulador da pena: após assegurado que a conduta do agente é típica, ilícita e culpável, certo é que lhe deverá ser aplicada uma sanção; princípio impedor da responsabilidade penal objetiva: para que haja a prática de um ato criminoso, seja comissivo ou omissivo, imperioso é que a conduta tenha sido praticada dolosa ou culposamente, caso contrário não se admite que houve ao menos conduta.

De acordo com Roxin, "um ordenamento jurídico que se baseie em princípios próprios de um Estado de Direito liberal se inclinará sempre em direção a um Direito penal do fato"¹⁰¹.

A partir da idéia do direito penal do fato é que se justifica a não punição nos chamados "crimes impossíveis" previstos no nosso Código Penal, embora a tentativa tenha se verificado.

Contudo, para a fixação e espécie de pena, que é um momento posterior à imputação, o nosso sistema penal adotou o chamado "direito penal do autor". Sendo que essas hipóteses o juiz levará em consideração, entre outras, o grau de culpabilidade do autor do crime, seus antecedentes, as conseqüências do crime etc.

Ressalte-se que o artigo 59, deveria ser analisado pelos magistrados de forma menos axiológica, possibilitando a aplicação de penas alternativas, em virtude de várias questões já levantadas, como, por exemplo, a impossibilidade de ressocialização que o cárcere proporciona, causando cada vez mais insegurança jurídica, e reafirmando o direito penal do autor, o que contraria todo o sistema penal.

Assim, para responsabilizar alguém pela prática de um crime, o sistema penal brasileiro leva em consideração o "direito penal do fato", enquanto que para punir, aplicar a

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997, p. 119-120.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 177.

pena no caso concreto, tem como base o “direito penal do autor”, o que impossibilita na maioria das vezes a aplicação das penas alternativas como substitutos penais.

A ilegitimidade do Direito Penal do autor implica o reconhecimento de que não é possível uma culpabilidade de autor. É dizer: uma culpabilidade cuja censura se fundasse na conduta de vida ou no caráter do sujeito, e não no fato concretamente realizado.

Tal postura implicaria a maculação do próprio valor da dignidade humana, do qual o princípio de culpabilidade decorre: o Estado não tem o Direito de interferir na esfera íntima e pretender mudar as pessoas; apenas que suas leis sejam obedecidas, lhe sendo indiferente os motivos da obediência.

Todavia, inexistente a possibilidade de afastar o Direito Penal do estado de direito. Zaffaroni diz que "referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias"¹⁰². O autor continua:

O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo. Agindo de outro modo, passaria a liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito, isto é, se erigiria em ramificação cancerosa do direito do Estado de direito¹⁰³.

Afirma Ferrajoli que "num sistema garantista assim configurado não tem lugar nem a categoria periculosidade, nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade"¹⁰⁴.

Observam Zaffaroni e Pierangeli:

[...]sabemos que, na prática, o sistema penal e seu regime de filtros fazem com que o direito penal de ato não se realize plenamente nenhum país. Sem embargo, uma coisa é constatar esse dado de realidade e outra, muito diferente, é sustentar teorias que não só não tratam de conter ou controlar a deformação do direito penal de ato pela prática do sistema, como também constituam verdadeiras racionalizações justificantes de tais práticas¹⁰⁵.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**, v. I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007. p. 118

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**, v. I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007. p. 173

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 400.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997. p. 120.

Cabe aos operadores do direito não recepcionar uma culpabilidade que não se estribe no Direito Penal do fato. Para tanto, é mister que se realize uma depuração da legislação infraconstitucional de modo a que sejam desconsideradas as manifestações de Direito Penal do autor, notadamente quando da aferição da pena, para que não sejam utilizados na primeira fase de dosimetria da pena juízos apriorísticos, fazendo com que as penas alternativas deixem de ser aplicadas como substitutivas.

Busato mostra que a proposta de Prittwitz é a saída para a situação atual "a adoção de uma primogenia dos direitos civis sobre o Direito Penal, colocando aqueles em primeiro plano, de modo a converter o Direito penal de um instrumento de defesa 'do Estado', em um instrumento de defesa do cidadão, cujos direitos civis primordiais podem e devem ser defendidos pelo instrumento penal".

Busato elucida que para adoção da postura de Prittwitz, com a qual comungo, devem ser adotadas as condutas de abolição da postura de "guerra" contra o crime, o reconhecimento da própria existência e a abolição do controle penal voltado à anulação da individualidade através da privação da comunicação.

3.6 Penas alternativas aplicadas como aditivas e castigo

Conforme Dotti (1998) as penas alternativas, ou substitutivos penais, são caracterizadas como sanções de natureza criminal diversa da prisão, consideradas meios dos quais se vale a autoridade competente de modo a impedir que o autor de uma infração, que preencha os requisitos para aplicabilidade destas medidas, venha a cumprir uma pena privativa de liberdade.

Entretanto, no Brasil a pena privativa de liberdade constitui a principal resposta estatal à violação do dever exigido criminalmente. Ao se observar os tipos incriminadores previstos no Código Penal ou na legislação extravagante percebe-se a posição de destaque ocupada por esta modalidade de pena. Com exceção da multa, como pena principal, praticamente todos os demais institutos punitivos estão amparados em limites, concretos ou abstratos, estabelecidos através da restrição da liberdade.

Por outro lado, deve-se destacar que as penas privativas de liberdade representaram um grande avanço uma vez que levou à abolição as penas cruéis de tempos passados. Porém, de acordo com Kaufman tais penas apresentam alguns inconvenientes (KAUFMAN *apud* THOMPSON, 1991, p.96):

a) torna-se impossível educar alguém para a vida em sociedade, isolando-a do convívio social e fazendo-a viver em condições totalmente distintas das da vida em sociedade;

b) a pena privativa de liberdade apresenta um múltiplo caráter dissocializador isolando o criminoso do convívio familiar, da relação de trabalho, ética;

c) dentro das prisões um delinqüente potencialmente inofensivo passa a conviver com um ambiente criminal e;

d) a pena privativa de liberdade apresenta um custo muito alto, no que concerne à manutenção do estabelecimento, dos presos, do pessoal da administração e da vigilância, etc.

A adoção da prisão como pena e da privação de liberdade como castigo representou o início de um longo caminho que parece historicamente unir esta modalidade às teses de ressocialização. A finalidade preventivo-especial sempre esteve de algum modo relacionado à prisão, fazendo parte de sua essência.

De acordo com Hassemer¹⁰⁶, esta afirmação resulta de três fundamentos básicos. Em primeiro lugar, diferentemente de outras penas, a prisão possui uma dimensão temporal, tendo em vista que não se esgota em sua própria execução. O tempo ocioso do condenado deve ser usado pelo Estado, preenchido com técnicas de adaptação.

O segundo fundamento apresentado deriva da própria concepção empirista do século XIX, a qual acreditava possuir os meios adequados para intervir em busca do bem do criminoso. O terceiro aspecto resulta da necessidade estatal de legitimar a punição.¹⁰⁷

Para Dottti¹⁰⁸ essas penas oferecem ainda uma real perspectiva de reeducar o infrator para o convívio social, também propiciando uma reparação à sociedade principalmente através de penas como a *“prestação de serviços à comunidade”*.

De acordo com Gundim (2010) as penas alternativas geralmente são aplicadas àqueles que cometeram atos infracionais e crimes de menor potencial ofensivo e, também aos que receberam penas de dois até quatro anos de reclusão a tempo de ser passível a substituição por restritiva de direito, como por exemplo, infrações de trânsito, crimes ambientais, delitos de menor potencial ofensivo (lesões corporais leves, desacatos, ameaças, atos obscenos, pequenos furtos) entre outros.

A Pena Alternativa é aplicada àquele que menos traduz perigo à sociedade, sendo a menos penosa e que possui maior cumprimento (GUNDIM, 2009 p. 3).

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução da 2. Edição alemã. de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología**. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, 110-11, p 231.

¹⁰⁸ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

Isso significa, portanto, que as penas alternativas referem-se a tomada de posição diante de uma realidade na medida em que implica a busca de novos caminhos para atender os problemas por ela relevados.¹⁰⁹

Se observado pelo ângulo da teoria relativa, finalista ou utilitária; a pena visa a evitar, pela intimidação decorrente da publicidade no cumprimento da pena ou do rigor a ela atribuído, que os demais cidadãos da sociedade cometam infrações penais (prevenção geral), e mesmo o reeducando reveja suas condutas a partir da punição a que se encontra submetido. Por fim, tem-se a função ressocializadora da pena, também conhecida como função educativa, é hoje considerada a mais importante e presente em todas as legislações penitenciárias dos Estados modernos, visa ainda reintegrar o apenado à sociedade após submetê-lo a verdadeiro tratamento social enquanto submetido à execução da pena, apesar de na prática, mesmo sendo um objetivo do legislador não existe referida função ressocializadora.

Ressalte-se que o artifício dos substitutivos penais não rompe com a estrutura punitivista e, ao contrário do revelado pelo discurso oficial reformador, atua como elemento de reprodução e de relegitimação da lógica do encarceramento, daí a necessidade das penas alternativas serem aplicadas como substitutivas.

É necessário que as alternativas à prisão sejam efetivamente alternativas, e não sistemas adicionais. As alternativas deveriam constituir-se, pois, em possibilidades reais de minimizar a dor do encarceramento, estabelecendo radical ruptura com o modelo punitivo tradicional.

Segundo FOCAULT, o objetivo de reforma da prisão nasce com a sua construção, fundamentalmente porque o modelo disciplinar de isolamento, instituído no projeto científico da criminologia positivista, e concebido para a reforma individual, cumpre funções (reais) distintas do discurso oficial que o legitima.

Segundo o autor: “se em pouco mais de um século o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E apesar de não se ter em vista o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”¹¹⁰

¹⁰⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p. 212-332

Passados dois séculos de afirmação do encarceramento como a pena por excelência, a partir da década de 70 são desenvolvidos mecanismos com objetivo de evitar a prisionalização. Dentre os de maior aceitação estão as denominadas penas alternativas.

As soluções alternativas ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime carcerário foram conjeturadas e aperfeiçoadas em inúmeros institutos, da pena pecuniária à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional.

Entretanto é com as medidas restritivas de direito, sobretudo na espécie prestação de serviço à comunidade, que os atores jurídicos passam a conceber forma de sanção distinta da prisão.

Os substitutivos penais atuam como mecanismos de relegitimação do cárcere, reduzindo a potência do discurso que defende a redução da prisão.

Conforme Cirino dos Santos mantém-se o sistema tradicional de punição: a instituição carcerária segue no papel central e, nas suas margens, encontram-se as ferramentas substitutivas. Não por outro motivo “é indispensável a eficácia dos substitutivos penais, cuja função reversa é legitimar a prisão, como centro do ‘arquipélago carcerário’, com novas estratégias e métodos que controlam, de forma mais intensa e mais generalizada, o conjunto dos setores marginalizados”.¹¹¹

Carvalho (2010) afirma:

A insuficiência dos atores do direito penal e da criminologia em superar a obsessão do sistema punitivo pela pena carcerária traduz inúmeras faces dos seus discursos e de suas práticas: do gozo com os suplícios e da vontade de punição à incapacidade de propor rupturas radicais; do temor pelo novo à resignação com as lógicas punitivas. E o discurso jurídico, em particular jurídico-penal, em razão de sua tradição metafísica, acaba neutralizando as formas de enfrentamento da situação, pois, invariavelmente, remete a discussão de problemas reais ao plano dos fundamentos da punição, dos critérios de definição das penas, do grau de lesão da conduta ao bem jurídico entre outros temas extremamente caros aos teóricos da pena e do delito.¹¹²

Entretanto, parece fundamental reproduzir, as formas de resposta jurídica ao delito punível, no Brasil, na atualidade, estão distantes dos modelos idealizados na dogmática. De maneira semelhante, o quadro punitivo nacional não encontra correspondência com as motivações frequentemente expostas nas decisões que enviam e submetem as pessoas aos

¹¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** (a Nova Parte Geral). Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 298

¹¹² CARVALHO. Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (org). **Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II**. 2010, p. 163

cárceres – discursos de prevenção geral ou especial, perspectivas disciplinadoras ou neutralizadoras.

O sistema punitivo e carcerário brasileiro atual é o exposto cotidianamente pelos meios de comunicação e pelos movimentos de defesa dos direitos humanos. A realidade da punição na estrutura jurídica brasileira constitui-se por assumir, sem pudores, a posição de que determinadas pessoas simplesmente não servem, são descartáveis, não merecem qualquer dignidade, são desprezíveis e por isso serão oficialmente abandonadas.

A inversão que se pode projetar nas práticas punitivas é a da substituição do modelo judiciário, no qual o inquisidor toma para si a capacidade de fala de todos os atores e, manipulando-os como fantoches, impõem-lhes o seu discurso.

Forçoso ressaltar que as prisões que constituem o arquipélago punitivo brasileiro são efetivamente as nossas prisões, e não as idealizadas. Como se percebe nos discursos punitivistas e nas construções da dogmática ascética. E essa realidade prisional é o reflexo dessa assustadora competência dos atores da política e da jurídica-criminal em sempre ofender a dignidade das pessoas e em reduzir ao máximo sua condição humana.

Nesse sentido Carvalho afirma:

O estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação da alteridade. Diz da violência hiperbólica das instituições, criadas no projeto Moderno para trazer felicidade às pessoas (discurso oficial), mas que reproduzem – artificialmente, embora com inserção no real – a barbárie que a civilização tentou anular. Diz da falácia dos discursos políticos, dos operadores do direito e da ciência (criminológica), sempre perplexos com a realidade e ao mesmo tempo receosos, temerosos, contidos, parcimoniosos frente às soluções radicais (anticarcerárias), pois protegidos pela repetição da máxima da prisão como "a terrível solução da qual não se pode abrir mão."¹¹³

Se a opção político-criminal do Direito Penal produz como único resultado a ampliação do encarceramento, o ciclo de violência inerente às estratégias de legitimação do arquipélago carcerário dificilmente será minimizado com o acréscimo de redes alternativas.

Por esse motivo é necessário que os magistrados deixem de utilizar juízos apriorísticos no momento da primeira fase da dosimetria da pena, fazendo com que as penas alternativas deixem de ser aplicadas como substitutivas efetivamente.

¹¹³ CARVALHO. Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (org). **Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II**. 2010, p. 165

3.7 O cárcere como instrumento punitivo e de vingança

O sentimento de vingança de quem foi vítima do delito não deve ser confundido com a proporcionalidade da sanção a ser aplicada, pois qualquer excesso de severidade torna a pena demasiada. Zaffaroni contribui quando faz referência ao poder punitivo:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro do limite do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional e os direitos humanos estabelecem universal e regionalmente.¹¹⁴

Assim, Zaffaroni mostra que as prisões são de certa forma reprodutoras, são máquinas de fixação das condutas desviantes. Por este motivo as prisões deveriam ser usadas indiscutivelmente como *ultima ratio*. Ademais o sistema prisional brasileiro, está superlotado e com altos índices de mortalidade, violência, doenças, características que degradam cada vez mais os detentos. É necessário usar a prisão com muita cautela, com absoluta moderação.

Ademais, Zaffaroni afirma, ainda, que as condições que negamos a população carcerária latino-americana pode ser notada nessa premissa de sua autoria, e que nos revela e nos faz refletir bem o perturbador processo de discriminação e maus tratos a que o egresso do sistema prisional é submetido:

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo (no caso, o condenado) é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é de sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo.¹¹⁵

O cárcere não pode ser um instrumento de vingança da sociedade, não pode considerar o egresso do sistema penal como um inimigo, e deve ser um local de recuperação, no entanto, essa consequência esperada se torna praticamente impossível diante de tantos e complexos problemas.

A falta de investimento em Educação no Brasil e às vezes a ingerência da mesma nos dá um quadro em que percebemos que não se ressocializa quem, sequer, chegou a educar-se.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: 2007, p. 11.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: 2007, p. 29

Bem colocada é a advertência feita por Nunes: “A execução da pena deve ser, para o recluso, um instrumento pedagógico que permita sua correção, não somente pela força, mas pela educação”.¹¹⁶

Sendo a liberdade, um anseio, um desejo inerente e incoercível do ser humano, não é plausível e nem racional esperar que o preso venha a conformar-se com a situação que se encontra, sem perspectiva de melhora, e nem esperança a curto, médio, ou mesmo a longo, sem vislumbrar por mudanças, pois, a sociedade assim como as autoridades, fazem pouco, para as mudanças efetivas ocorram, exercendo somente o castigo e vingança.

O princípio da dignidade humana, deve ser considerado ao analisar a superlotação do sistema prisional, a precariedade e insalubridade dos presídios, o tratamento desumano que os presos são submetidos.

O total descumprimento da norma vigente, a perspectiva da saída rápida do cárcere (por parte de muitos), a superlotação das prisões, as precárias e insalubres instalações físicas, a falta de treinamento dos funcionários responsáveis pela reeducação da população carcerária e a própria condição social e o perfil dos presos, são sem sombra de dúvidas, alguns dos principais fatores que contribuem decisivamente para a sucumbência, para o fracasso do sistema penitenciário brasileiro no tocante a recuperação social dos seus internos.

A punição, de maneira geral, tem como principais finalidades a repreensão e a prevenção de comportamentos nocivos à sociedade. Como sabemos, contudo, tal punição é utilizada como meio de castigo e vingança.

No entanto, quando se associa vingança à justiça é fácil perceber que estamos falando de um tipo específico de punição: a que envolve retaliação ao malfeitor. Isso pode ser feito retribuindo-lhe um dano em troca do dano causado por ele.

No Direito Penal há um clamor de vingança, de segregacionismo pela sociedade em relação ao apenado, onde pobres e desfavorecidos são selecionados, são rotulados pelo sistema penal. Sendo que os apenados são os carrascos e ao mesmo tempo são as vítimas do próprio sistema, e esse sistema vigia, e puni, não pela conduta, mas pelo agente.

Mais uma vez, se justifica a necessidade de utilização de forma efetiva das penas alternativas, como forma de coibir consequências danosas do cárcere.

3.8 A limitação do poder punitivo pelo Direito Penal

¹¹⁶ NUNES, Adeildo. **A Realidade das Prisões Brasileiras**. Recife: Editora Nossa Livraria, 2005, p. 107

A função do Direito Penal é conter o poder punitivo. O poder punitivo não é seletivo do poder jurídico, e sim um fato político, exercido pelas agências do poder punitivo, especialmente a polícia, ou seja, de todas as agências policiais, agências executivas. Essas agências têm uma contenção jurídica que é o Direito Penal.

Ressalte-se que cabe ao judiciário limitar o poder punitivo, essa contenção deve ser feita pelos juízes, posto que sem limites, saímos do Estado de Direito e caímos em um Estado Policial.

Sem tal controle, as forças do poder punitivo praticam um grande equívoco. O Direito Penal é indispensável à perseverança do Estado de Direito, que não é feito uma vez e está pronto para sempre. Há um combate permanente com o poder. O Estado de Polícia se confronta com o Estado de Direito no interior desse. Estar perto do modelo ideal de Estado de Direito depende da força de contenção do Estado Policial.

Se os magistrados devem controlar o poder punitivo, a não aplicação das penas alternativas meramente pelo motivo dos juízes utilizarem uma grande carga axiológica no momento da primeira fase da dosimetria da pena, faz com que o Direito Penal torna-se um instrumento meramente de punição, o que é não é razoável.

Assim o juízo deve romper com a carga axiológica utilizada e proporcionando o Estado de Direito para a sociedade, caso contrário não seria necessária a existência do juiz, que tem a função de conter o poder punitivo. Insta ressaltar que o poder de punir já existe, independente do direito, devendo-se compreender que a função do Direito Penal é minimalista.

Ocorre que a sociedade está inserida em um contexto complexo e dinâmico, havendo constante variação dentre os bens jurídicos fundamentais, surgindo novos bens jurídicos a serem tutelados, decorrentes de mudanças da sociedade, guerras, crises econômicas, pressões midiáticas, surge também a possibilidade de tutela destes bens jurídicos pelo direito penal.

Nesse sentido, Jakobs assevera que a introdução de novas normas penais com o intuito de tutelar efetivamente estes direitos verifica-se com o endurecimento de normas penais já existentes, ou a criação de novas normas penais, tutelando situações que antes não eram tuteladas pelo direito penal ¹¹⁷.

¹¹⁷JAKOBS, Günter, e MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Trad. de André Luis Callegari.; Nereu José Giacomolli, (org). 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 60.

No momento em que o magistrado deixa de aplicar as penas alternativas se valendo de uma carga axiológica e aplica uma pena de prisão, pode-se afirmar que o Direito Penal esta se expandindo, o que contraria a essência do Direito Penal, que é minimalista.

Em sua obra, SANCHEZ apresenta como algumas das causas da expansão do direito penal o surgimento de novos interesses e o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança e a sensação social de insegurança- quando o magistrado poderia e deixa de aplicar as penas alternativas, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria com a vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, os gestores “atípicos” da moral, a política criminal da esquerda e o gerencialismo.¹¹⁸

O Direito Penal abandona seu posto de ultima ratio, ganhando contornos de prima ratio perante a sociedade, passando a ser mero instrumento de punição. Todos os fatores apontados acima por Sanchez servem como legitimadores a um discurso de abandono progressivo das garantias fundamentais do direito penal clássico, adotando-se um utilitarismo penal, com tendências autoritárias, sob uma justificativa maquiavélica, de que os fins justificam os meios.

Diversas críticas podem ser traçadas em relação a este processo de expansão do Direito Penal, e, talvez a principal delas, está em não haver relação comprovada entre redução de garantias individuais e redução da criminalidade. Sob esta perspectiva, o recrudescimento das políticas criminais não produziu redução dos índices de criminalidade.

Na grande maioria das vezes os magistrados deixam de aplicar as penas alternativas, acreditando que estão trazendo para sociedade a segurança, o que não é verdade.

Ressalte-se que no momento em que o magistrado deixa de aplicar uma pena alternativa quando possível, porque geraria uma sensação de insegurança na sociedade, ele está intervindo de forma máxima na vida do indivíduo, contrariando mais uma vez a característica do Direito Penal, que é ser minimalista.

Nesse contexto, Bauman faz uma relação entre a expansão do direito penal e a redução do Estado Social, destacando algumas crises que tornarem propícias essa. Todavia, a direita e a esquerda recorrem ao mesmo discurso de construção de mais prisões, recrudescimento da atuação policial, leis penais mais rigorosas e políticas de tolerância zero, assim assevera Bauman que “pessoas que se sentem inseguras, preocupadas com o que lhes reserva o futuro e

¹¹⁸SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. A **expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-74.

temendo pela própria incolumidade não podem realmente assumir os riscos que a ação coletiva exige”¹¹⁹.

Ressalte-se ainda que esta incerteza gera a tendência da sociedade em buscar defeitos e apontá-los, arranjando bodes expiatórios para serem agredidos, potencializada pelos meios de comunicação que lucram com a audiência decorrente da dramatização destes conflitos e tensões.

Ambiente propício a uma política de violação de direitos humanos contra setores mais vulneráveis da sociedade, deslocando a esfera pública cada vez mais para o âmbito do direito penal, como impedimento de aplicação das penas alternativas fazendo com que a análise na primeira fase de dosimetria da pena seja subjetiva, trazendo prejuízo para o condenado e para a sociedade.

A ambiguidade dos argumentos apresentados é o da não percepção da alta capacidade de reestruturação do poder punitivo, quando dúvidas atingem seus fundamentos, seus pressupostos, suas condições de eficácia. Logo, os magistrados analisando axiologicamente a primeira fase de dosimetria da pena, deixando de aplicar as penas alternativas como substitutivas, são responsáveis pelo punitivismo exagerado, pela expansão do Direito Penal e pelo exercício do poder político repressivo. Contribuem, pela exposição das formas violentas com que esses sistemas penais atuam.

O efeito perverso produzido pela ampliação das hipóteses de penas alternativas e demais substitutivos penais, com a manutenção do acelerado ritmo de encarceramento e a exposição de substancial número de pessoas ao controle penal não carcerário, não é gerado pela crítica à pena de prisão.

Carvalho afirma:

Verifica-se, nesse caso – assim como nas falas expostas – processo sofisticado de reversibilidade (ou inversão) do discurso dos direitos humanos (Sánchez Rubio e Herrera Flores), no qual os mecanismos ou discursos de tutela dos direitos das pessoas são apropriados e resignificados, produzindo danos ainda maiores ao anteriormente verificado. Assim, é possível concluir que não é responsabilidade dos projetos político-criminais, dos discursos criminológicos e/ou das próprias Leis, que criam mecanismos alternativos à prisão, o aumento do encarceramento.¹²⁰

A responsabilidade pela concretização do punitivismo e pelo aumento de contingente de pessoas presas é dos atores que dão vida diariamente ao sistema punitivo, nesse caso

¹¹⁹BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 13-24.

¹²⁰CARVALHO. Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: GAUER, Ruth Maria Chittó.(org). **Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II**. 2010, p. 167

específico os magistrados, que se valem na maioria dos casos de juízos apriorísticos no momento de aplicação da reprimenda.

O encargo da imposição da maneira que é exercido nosso sistema carcerário é da própria estrutura punitiva e dos seus discursos relegitimantes, que promovem e fomentam sua utilidade como mecanismo imprescindível de controle social.

Por fim, a conciliação desses elementos possibilita aos sistemas de punição alta capacidade de reinvenção, fazendo com que a imposição de sofrimento seja constante, independente da criação de espaços de liberdade.

4 METAJURIDICIDADE DA PENA BASE COMO ÓBICE DA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

4.1 A Imparcialidade Do Juízo e a Subjetividade Do Julgador

Pretende-se nesse momento apresentar a importância da imparcialidade do juízo e o quanto a subjetividade do mesmo pode prejudicar no momento de aplicação das penas, no que diz respeito as penas alternativas, aplicadas como substitutivas e não como aditivas.

Conforme Costa (2013 p. 3)

A liberdade do magistrado julgar nos ditames de sua consciência e subjetividade, visando absolutizar e perpetuar a ideologia da justiça e da paz social, é mero reflexo de uma concepção autocrática e de um modelo de processo que se desenvolve a partir do entendimento teórico de que a jurisdição é uma atividade pessoal do juiz, cuja legitimação decorre de argumentos e de fundamentos pressupostos que coincidem com a sacralização e a divinização da pessoa do julgador.¹²¹

Para o autor, a imparcialidade do juízo não pode trazer no seu bojo a ideologização da neutralidade do juiz, uma vez que no momento de decidir, o julgador obrigatoriamente tem que se posicionar e não agir com neutralidade.¹²²

Como apontado alhures, em seu nascedouro o Código de Processo Penal adota institutos afetos ao sistema inquisitorial, no qual o julgador concentra em suas mãos grandes poder, modelo este incompatível com o Estado Democrático de Direito, que se caracteriza principalmente pela gama de garantias individuais asseguradas ao indivíduo, no curso de um processo penal.

Como se sabe o juiz é uma pessoa que sofre influência social, onde estão relacionados costumes, cultura e ele tem que agir de acordo com as condições processuais, dentro de uma visão democrática, que é aquela que privilegia a argumentação, a interpretação e a leitura jurídica das pretensões deduzidas em juízo, em detrimento da utilização da emoção, do mito do justo e da tradição de que o juiz é o sujeito legitimado a distribuir a justiça entre aquelas pessoas envolvidas em determinado conflito de interesses .

Destarte, é imprescindível que o magistrado exponha seu processo de raciocínio fático e jurídico, detalhando o procedimento de valoração das provas constantes nos autos que

¹²¹ COSTA, Fabricio Veiga. A imparcialidade do juízo e a subjetividade do julgador. **Estado De Minas**. 08 fev. 2013. Direito e justiça p, 3

¹²² COSTA, Fabricio Veiga. A imparcialidade do juízo e a subjetividade do julgador. **Estado De Minas**. 08 fev. 2013. Direito e justiça

o motivaram a alcançar determinada decisão na demanda, ainda que se trate de uma decisão interlocutória, pois somente será válida se fundamentada.

Anote-se que tal determinação tem por finalidade o controle de eficácia do contraditório, a verificação da racionalidade da decisão, ou seja, se o saber se sobrepôs ao poder e se foram respeitadas as regras processuais penais pertinentes (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 205).

De igual forma, a observância do preceito em análise é que proporciona às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão; permite que os órgãos judiciários de segundo grau possam examinar a legalidade e a justiça da decisão.

Assim, não mais se admite fundamentação genérica, ou desprovida de uma narrativa lógica, principalmente porque a fundamentação da decisão não se destina apenas aos juízes de Segunda Instância. Toda a comunidade que deve ter conhecimento da motivação de determinada decisão, pois é dela que também se extrairá se o julgador efetivamente foi imparcial.

Na visão de Costa:

A imparcialidade do juízo (não do juiz enquanto pessoa, haja vista que a jurisdição no Estado Democrático de Direito não é uma atividade pessoal do julgador) é a garantia assegurada ao jurisdicionado de que sua pretensão será objetivamente apreciada a partir de argumentos e fundamentos de ordem jurídico-constitucional.¹²³

Logo, a condução para viabilizar a democratização do provimento final é pensar a imparcialidade como corolário da obrigatoriedade de fundamentação jurídico-constitucional de todo ato processual ora proferido pelo magistrado (COSTA, 2013).

Dessa maneira a possibilidade de aplicação das penas alternativas como substitutivas seria mais presente no ordenamento jurídico. Uma vez que o magistrado se valendo da imparcialidade analisando o caso concreto objetivamente, na primeira fase de dosimetria da pena, viabilizaria a substituição das penas privativas de liberdade pelas alternativas, fazendo com que tais penas alternativas deixem de ser aplicadas como aditivas e castigo, reafirmando o poder do Estado, o que é desnecessário como já demonstrado.

Anote-se que a imparcialidade do magistrado é assim definida no art. 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional, como a atuação daquele que busca a prova e a verdade dos fatos, de forma objetiva e fundamentada, no curso de todo o processo judicial, sem refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

¹²³ COSTA, Fabricio Veiga. A imparcialidade do juízo e a subjetividade do julgador. Estado de Minas. 08 fev. 2013. Direito e justiça, p, 3

Sendo a relação jurídica uma relação triangular, que se forma entre acusação, réu e magistrado, deve o juiz manter-se neutro, sem coadunar-se com nenhuma das partes, tampouco estar acima delas, mas sim estar alheio aos seus interesses.

A imparcialidade é de tamanha importância que é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. Logo, haverá incapacidade subjetiva do juiz quando presentes as hipóteses de suspeição ou impedimento, nos termos da legislação processual penal.

4.2 Metajuridicidade e Movimento do Direito Livre

Cumpra inicialmente tecer sobre a metajuridicidade, posto que, a mesma tem uma relação direta com o Movimento do Direito Livre,¹²⁴ corrente filosófica do século XIX que legitima o magistrado a exercer autocraticamente a jurisdição, podendo interpretar e decidir os casos concretos a partir de argumentos valorativos e subjetivos.

Ressalte-se que se justifica a identificação de tais conceitos, pois tal metajuridicidade tem origem no Movimento do Direito Livre. O Movimento do Direito Livre iniciou-se na Alemanha – por volta de 1903 –, seu marco inicial foi uma conferência apresentada por Eugen Ehrlich – o tema abordado era a luta pela Ciência do Direito –, outro teórico com grande contribuição para o movimento estudado em tela foi Herman Kantorowicz, este elaborou um manifesto no qual defendia o movimento em estudo.¹²⁵

É importante esclarecer que esta escola não se trata de uma teoria precisa, oriunda de um grupo específico de pensadores.

Larenz defendia que: “cada decisão judicial não se tratava apenas da aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de direito.”¹²⁶

O que se tira desse pensamento é algo extremamente contemporâneo, tendo em vista que uma das fontes integradoras que nosso ordenamento prevê é a jurisprudência. A norma só passa a existir após a atividade do intérprete, nesse caso o juiz, antes disso não passa de uma prescrição normativa.

Outro ponto que não pode deixar de ser explicado é o entendimento do papel do juiz na ótica deste movimento. O compromisso que o magistrado teria seria com a justiça frente à sociedade, mesmo que para isso as leis fossem ignoradas.

¹²⁴ SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). **Sociologia e Direito**. São Paulo: Editora Pioneira, 1999.

¹²⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

¹²⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78

Os fatos concretos em análise seriam seu norteador, levando em consideração o senso de justiça para as tomadas de decisões. Este é o ponto que nos interessa, em virtude da necessidade e importância de uma análise objetiva na primeira fase da dosimetria da pena, pois preenchidos requisitos, o apenado poderia ter sua pena de prisão substituída por uma pena alternativa.

O contexto histórico do movimento surge basicamente como uma reação contra o positivismo extremado da escola da exegese e a orientação doutrinal clássica que delimitava muito os poderes do aplicador das leis, estando ele fadado a sempre obedecer a norma. Pode-se dizer que ocorreu, naquela época, um certo tipo de saturação ao formalismo exacerbado que existia. Mas deve-se ter em mente que tal formalismo exacerbado não pode ultrapassar as possibilidades legais, como a de ter uma pena de prisão substituída por uma alternativa quando possível.

Um dos pontos mais defendidos pela escola do Movimento Livre é que o direito legislado é lacunoso desde o momento de sua criação. A única maneira de se suprir e consequentemente resolver esse problema seria por meio da liberdade na hora de decidir, liberdade esta que seria dada ao juiz. Entretanto, cumpre anotar que essa liberdade em certos casos gera insegurança jurídica, como já demonstrado, não merecendo prosperar no atual ordenamento jurídico, gerando prejuízos ao apenado e à sociedade como um todo.¹²⁷

Os teóricos chamavam essa liberdade de Direito extralegal, seria o Direito livre propriamente dito, aquela que vai além do Direito legislado. Observe-se que a própria definição já fala: vai além do Direito, o que em certos casos gera problemas diante de algumas questões, mais precisamente a questão da não aplicação das penas alternativas como substitutivas.

Outra característica marcante neste movimento é a importância do fato social. Para esta escola a razão está na sociedade, não escrita num pedaço de papel.

O entendimento é que o ordenamento jurídico não deve estar vinculado ao Estado. Este precisa ser legitimado pela sociedade e ser constituído de convicções numa relação simbiótica de tempo e espaço.

¹²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 83

Com essa abordagem é possível notar outro tema extremamente contemporâneo, a questão da necessidade de uma constante adequação do Direito aos novos fatos que surgem com a evolução da sociedade. Outra ideia que perdura até os dias de hoje.

Contudo pode-se ouvidar de acordo com as idéias expostas nesse trabalho, que se tal teoria do Movimento Livre do Direito for utilizada sem uma carga axiológica possibilitando ao apenado cumprir quando preenchidos os requisitos penas alternativas, deve ser considerada e colocada em prática efetivamente.

O problema discutido, diz respeito à ausência de objetividade no momento que o magistrado analisa a primeira fase de dosimetria da pena, se valendo de juízos apriorísticos, conceitos prontos e sedimentados, solidificados socialmente, que dão causa a um resultado negativo, fazendo com que as penas alternativas não sejam aplicadas ou aplicadas como aditivas e não substitutivas.

Isso gera certos transtornos para sociedade bem como para o apenado, como já citado. Dessa feita, nota-se que a análise do artigo 59 do Código Penal, traz consigo uma extrema carga axiológica, e é nesse ponto que reside nossa discussão, uma vez que, se o magistrado analisar subjetivamente essa fase da dosimetria da pena, o apenado pode sofrer um prejuízo no que tange a substituição de penas privativas de liberdade pelas alternativas. É somente nessa fase da dosimetria da pena que o juiz pode analisar com mais discricionariedade a situação do réu, pois na segunda e terceira os fatos carecem de previsão legal.

Se o magistrado julga de acordo com sua convicção, certamente gerará insegurança jurídica ao jurisdicionado que poderá se surpreender com uma decisão contrária as provas dos autos e refletindo assim no protagonismo judicial.

Ademais no momento em que o juiz julga de acordo com fundamentos metajurídicos retroage e volta ao processo inquisitivo do direito penal do autor, como já citado.

4.3 As decisões judiciais, e os juízos apriorísticos

Como apontado alhures, em seu nascedouro o Código de Processo Penal adota institutos afetos ao sistema inquisitorial, no qual o julgador concentra em suas mãos grande poder, modelo este incompatível com o Estado Democrático de Direito, que se caracteriza principalmente pela gama de garantias individuais asseguradas ao indivíduo, principalmente no curso de uma investigação e/ou processo penal.

No Estado Democrático de Direito o processo é instrumento de suma importância, e a sua existência é indispensável para a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático.

Ao dissertar sobre o tema Prado (2006, p. 27) ressalta que há, entre os direitos fundamentais e a legitimidade do poder, uma íntima ligação, que não pode ser afetada pela emanção da ordem jurídica. Daí a importância de se observar, no curso de uma investigação/processo criminal, os direitos e garantias individuais.

Nesse cenário é inconcebível que um ordenamento jurídico consagrasse em sua Constituição uma gama de garantias fundamentais e permanecesse em vigor um sistema processual-penal de natureza diversa do acusatório.

Isso se deve porque somente nesse modelo é possível assegurar ao acusado garantias que, partindo do sistema inquisitório, jamais seriam possíveis, como a imparcialidade do julgador, a garantia do contraditório e da ampla defesa, a distribuição do ônus da prova, cabendo à acusação comprovar o fato ilícito imputado ao infrator, dentre outras.

A esse respeito preleciona Prado: “Trata-se, pois, de assegurar que o exercício legítimo do poder punitivo, reservado com exclusividade ao Estado, seja implementado de acordo com princípios éticos adotados expressa ou implicitamente na Carta Constitucional”.¹²⁸

Nessa esteira é também a lição de Delmanto Júnior (2001, p. 3-4), que defende ser fundamento do processo penal, em um Estado Democrático de Direito, a tutela da liberdade jurídica do ser humano. Logo, a observância das garantias individuais impõe “limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição”.

Não se pode ignorar, ainda, que o constituinte consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como corolário do Estado Democrático de Direito e fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III, do art. 1º, da Constituição da República. É, pois, princípio que supera todos os demais, e deve nortear a atividade estatal no tocante à persecução criminal.

Na seara processual penal tem-se, além do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da presunção da inocência, já mencionados, outras várias garantias, que são consagrados expressamente no art. 5º, da Constituição da República de 1988.

Não há como negar que as garantias supra têm por objetivo assegurar o desenvolver de um processo penal regular, evitando-se, por conseguinte, a “ocorrência de uma linha de

¹²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2ed. RT: 2.000, p.1

defesa social arbitrária ou autoritária”¹²⁹, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

O Direito enquanto ciência social pode ser entendido como um conjunto de normas que visam garantir a manutenção da paz social, que luta pela convivência harmônica e pelo bem estar coletivo, visando sempre a justiça social.

Dentre os componentes do mérito processual, na relação judicial há o destaque para o magistrado já citado anteriormente. Figura essa que é capaz de diluir e solucionar determinadas questões, no caso em debate aplicar a reprimenda a partir de sua percepção individual, imparcial, pressuposta e inata sobre o que é justo, com a obrigatoriedade de uma fundamentação jurídico-constitucional de todos os seus atos.

Infelizmente o que é corriqueiro nos dias atuais é que há uma liberalidade do decisor de julgar nos ditames de sua consciência e subjetividade, visando absolutizar e perpetuar a ideologia da justiça e da paz social, o que é prejudicial a sociedade bem como ao apenado. Recorrendo muita das vezes a um código moral que tem por finalidade dar subsídios às decisões do julgador.

Um dos maiores desafios da filosofia e da Ciência do Direito atual é compreender a amplitude polissêmica, dicotômica e, muitas vezes vazia sobre o justo sem incorrer na clássica armadilha da utilização da subjetividade e da consciência como referenciais para explicar a justiça.

Essa problemática tem sido alvo de diversas discussões, uma vez que as normas positivadas e emanadas pelo Estado com poder coercitivo não passaram por uma convenção, e são impostas a serem seguidas pelo padrão da normalidade. Portanto a realização da justiça se dá pela aplicação dessas normas que muitas vezes passam por uma decisão metajurídica e subjetiva do magistrado.

É nesse contexto que se pretende demonstrar que a consciência do julgador não pode ser o norte a reger e a conduzir a construção da decisão judicial. No momento em que uma pretensão é levada ao judiciário a última expectativa do jurisdicionado, deve ser aquela referente à opinião ou à visão subjetiva do julgador sobre um determinado caso concreto. Logo o magistrado não deve agir com neutralidade face ao caso concreto e sim com a imparcialidade do juízo.

¹²⁹ SOUZA, Marcelo Lopes de. **A prisão e a ágora**: reflexões em torno da democratização do planejamento e da gestão das cidades. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006

Portanto há de ressaltar que as vertentes que levam essa impregnação de valores subjetivos e metajurídicos na decisão do magistrado, tem origem nas questões já elencadas no trabalho, como por exemplo, a sociedade de controle, o direito punitivo, a seletividade do sistema etc.

O papel do juiz passou por diversas modificações no decorrer da história da humanidade, estava ligado a figura de entidades divinizadas e sacralizadas até ser mero representante do poder do Estado. Logo deve-se observar a atuação dos magistrados e a evolução dos paradigmas que servem de base para as suas decisões.

No período do Direito Romano “a consciência do juiz constitui, em geral, um dado estrutural da ontologia do direito e, inversamente, o direito é o testemunho da consciência moral” (TOUYA, 2010, p. 59).

No período Medieval verifica-se que a consciência do juiz é, antes de tudo, cristã, tendo em vista que tem deveres para com Deus, o Juiz supremo e modelo para os juízes terrenos (CARBASSE, 2010, p. 80).

No período da Idade Moderna o juiz passa a exercer suas atribuições de modo livre, vinculando-se à norma jurídica se considerá-la justa, podendo, inclusive, violá-la em nome de um princípio moral ou religioso que ele considere superior (SCHIOPPA, 2010, p. 113).

O século XIX caracteriza-se pela superação do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo e o advento do racionalismo jurídico –juspositivismo–, que culminou com a positivação do direito escrito emanado de um poder constituído responsável pela sistematização da norma jurídica a partir de regras costumeiras. Sob o ponto de vista crítico, pode-se afirmar que o direito proposto pelo Estado Liberal é de cunho essencialmente individualista e que no contexto processual representou significativa contribuição teórica para a construção de um modelo de processo através do qual o juiz obrigatoriamente se colocava em posição hierarquicamente superior às partes, exercendo a jurisdição como uma atividade pessoal voltada à distribuição da justiça e da paz social entre as pessoas envolvidas direta ou indiretamente em conflitos de interesses. Com o advento do positivismo jurídico verifica-se na atuação do juiz do século XIX a tendência de adequação do fato a norma, ou seja, “o juiz do século XIX tem por missão aplicar estritamente a vontade legisladora que ele chegará, às vezes, a elucidar por referências aos métodos tradicionais de interpretação da lei.”¹³⁰

¹³⁰ LAFONT, Sophie. O juiz bíblico. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIED, Laurence . (orgs). **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia..** Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010, p. 113.

Portanto pode se observar desse período da história da humanidade é que a aplicação do direito ficou influenciada pelas proposições juspositivistas perpetradas pelo legislador. Logo tem-se a necessidade dos magistrados em adequar o caso concreto á letra fria da lei.

Retirando das partes qualquer possibilidade de obter um provimento jurisdicional suficiente.

4.4 Atividade subjetiva do magistrado em face da aplicação das penas alternativas

Em 1868, o jurista alemão Oskar von Bülow, autor da Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais, e considerado precursor do já citado, Movimento do Direito Livre (LEAL, 2008, p. 45), propõe que o processo é uma relação jurídica entre pessoas (juiz, autor e réu) em que o juiz é considerado o intérprete especializado da lei, exerce a jurisdição como uma atividade pessoal e se coloca hierarquicamente em posição superior às partes envolvidas no conflito de interesses.

Logo essa relação jurídica passou por uma grande evolução levando em conta os tipos de estado de direito. Percebe-se que os papéis das partes que compõem essa relação jurídica passou por uma grande evolução até culminar nos dias atuais.

No Estado Absolutista se tem a ideologia da perpetuação da autoridade estatal mediante grande proclamação da universalização dos direitos à igualdade e liberdade.

Em detrimento, no Estado Liberal o direito inicialmente proposto é de cunho essencialmente individualista e no seu contexto processual o juiz se colocava obrigatoriamente em uma posição hierarquicamente superior às partes, exercendo a jurisdição como uma atividade pessoal voltada á distribuição da justiça e da paz social, entre os envolvidos. Mas com o advento do positivismo jurídico verifica que há na atuação dos juízes uma adequação do fato á norma, ou seja, o juiz passa a ter a missão de aplicar estritamente a vontade legisladora. Portanto a função do juiz nesse estado de direito é aplicar a vontade concreta da lei, ou seja, não cabe ao juiz discuti-la e sim aplicar a letra fria da lei.¹³¹

Com a crise do sistema capitalista por volta do séc. XIX o Estado Liberal entra em colapso e passa a surgir uma nova concepção de Estado denominado Social. Com isso

¹³¹ CARBASSE, Jean-Marie. O juiz entre a lei e a justiça: abordagens medievais. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIED, Laurence. (orgs). **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia**. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda,

percebe-se que há um fortalecimento do papel do Estado, pois há a atuação de um estado mais intervencionista e mais preocupado com a igualdade material.¹³²

Com o advento do Estado Social e com a disseminação da obra de Bülow, se identifica a proliferação do dogma da jurisdição enquanto atividade pessoal do julgador. Isso se deve pelo papel mais proativo dos juízes em que esse não apenas declara a vontade concreta da lei. Mas o contrário ele pode complementar a lei, alterar, modificar os sentidos, podendo até criar a lei a partir do caso concreto. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la”¹³³ (STRECK, 2012, p. 35).

Contudo percebe-se que nesse contexto o juiz é dotado de completa independência a ponto de não ficar sujeito a nenhum julgamento ou autoridade superior, em que na jurisdição o juiz é soberano e não há nada que a ele sobreponha, nem a própria lei.

Contudo nota-se a desconstrução da Hermenêutica Constitucional como referencial teórico e objetivo para nortear as decisões. E a implantação de referenciais no ato de julgar como a criatividade, as convicções pessoais do julgador, sensibilidade e o seu senso de justiça. Logo há uma grave violação do princípio da segurança jurídica, em que os direitos dos jurisdicionados não são protegidos ficando condicionadas às convicções pessoais, às crenças e a forte carga de subjetividade do julgador quando da análise do caso concreto.¹³⁴ É nesse ponto que reside o problema abordado nesse trabalho.

A intensa carga axiológica e metajurídica no ato de julgar são questões que ultrapassam a esfera do debate jurídico justamente pelo fato do respectivo tema não ser, na maioria das vezes, objeto de compreensão pelos magistrados.

A própria etimologia da palavra sentença que vem se *sentire* relaciona-se diretamente ao sentimento do juiz no ato de decidir. Mais essa proposição não deve ser levada em conta no momento da decisão, pois esse deve decidir pautado na imparcialidade que nada mais é a parcialidade do juízo vista como corolário da obrigatoriedade de fundamentação jurídica das decisões judiciais.

O sistema de aplicação da pena é, desde sua origem, problema para os penalistas, no âmbito científico e principalmente prático. Os critérios estabelecidos pela lei, para a

¹³²TOUYA, José-Javier de Los Mozos. O juiz romano na época clássica. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIED, Laurence. (orgs). **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia.**. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.35

¹³⁴ TOUYA, José-Javier de Los Mozos. **O juiz romano na época clássica.** In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIED, Laurence. (orgs). **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia.**. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

determinação da pena, ainda não atingiram exatidão e transparência como outros campos do Direito Penal.¹³⁵

A discricionariedade concedida aos aplicadores da lei na fixação da pena-base acarreta, muitas vezes, abusos e discrepância nas penas definitivas, impedindo na maioria das vezes que as penas alternativas sejam aplicadas como substitutos penais. Ante a tal margem, o arbítrio judicial pode-se transformar em arbitrariedade.¹³⁶

No caso da pena-base, nota-se que o artigo 59 do Código Penal concedeu ao juiz extensa margem de discricionariedade em sua fixação. No entanto, a discricionariedade não pode ser livre, mas, sobretudo vinculada aos ditames legais. Pode-se afirmar que discricionariedade não se confunde com arbítrio.

As circunstâncias constantes no artigo 59 do Código Penal apresentam-se como diretrizes para afastar o arbítrio do julgador. Contudo, estes mesmos elementos do artigo 59, por serem muito vagos, acentuam a discricionariedade na primeira fase de fixação da sanção penal.¹³⁷

Na realidade, sabe-se que a tarefa de se calcular a pena-base não pertence a um valor exato, dada a necessidade de se valorar determinadas circunstâncias concernentes ao indivíduo em sua essência. Portanto, não há como afastar a larga margem de liberdade que o juiz possui na imposição da pena.¹³⁸

Entretanto o juiz não deve utilizar juízos apriorísticos, fazendo com que as penas alternativas deixem de ser aplicadas como substitutivas, causando prejuízo ao apenado e a sociedade. Como dito, o juiz tem liberdade para determinar a pena dos indivíduos submetidos ao seu julgamento, devendo exercer um poder discricionário mas ao mesmo tempo vinculado.

Infelizmente, infere-se da pesquisa de campo realizada que, comumente, os julgadores se referem genericamente às circunstâncias judiciais do artigo 59 e aplicam o *quantum* da pena-base ao seu bel prazer, fazendo com que na maioria das vezes as penas alternativas deixem de ser aplicadas como substitutivas, sendo aditivas às privativas de liberdade.

¹³⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 36-37.

¹³⁶ BOCCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 183-188.

¹³⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 36-37.

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 828-829.

O sistema de dosimetria penal acolhido pelo Código Penal, ainda que cercado de parâmetros tendentes a diminuir a discricionariedade judicial, prevê diversos critérios subjetivos, que dão ensejo ao que Ferrajoli chama de “poder judicial de disposição”, pois permite ampla margem de manobra ao juiz.¹³⁹

Esse poder de disposição fica demonstrado quando um magistrado exaspera a pena-base muito acima do mínimo legal, impossibilitando a aplicação das penas alternativas.

Não há como afastar a ideia de que o juiz é um coeficiente criador, que, inclusive inconscientemente, faz projetar sua personalidade e suas concepções de vida e de mundo nas decisões judiciais que profere, e aí reside o problema da nossa discussão, pois é nesse momento que muitas vezes é possível, e o magistrado deixa de aplicar as penas alternativas como substitutivas.¹⁴⁰

Com efeito, o juízo da culpa revela, necessariamente, a intuição do julgador, assessorada pelas regras de experiência. Não diferentemente é o quantum aplicado na fixação da pena-base, face à ausência de um parâmetro fracional, quantitativo e à valoração subjetiva do artigo 59 do Código Penal.

Não há como dizer que a cultura, as crenças, a experiência, a ideologia do magistrado não são fatores influenciadores para fixação da pena em certo patamar.

O que não se permite é que a subjetividade do juiz se sobreponha à objetividade da lei, no caso em comento, deixando o magistrado de, quando possível aplicar as penas e medidas alternativas como substitutivas as privativas de liberdade.

4.5 A imparcialidade do juízo e a necessidade de aplicação das penas alternativas como substitutivas

A importância da imparcialidade do juízo, pode-se dizer que é estabelecer o dever jurídico de motivarem os pronunciamentos decisórios visando afastar o arbítrio judicial, os juízos apriorísticos, que muitas vezes contamina por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões de forma incompatível fazendo com que as penas alternativas deixem de ser aplicadas como substitutivas.

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria Del Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 160-161.

Por isso, insiste-se que a fundamentação da sentença se revela como instrumento eficaz para que os juízes não criem políticas criminais próprias e nem se utilizem de alto grau de subjetividade na aplicação da pena inicial.

Mas não só servem as circunstâncias judiciais como diretrizes para a fixação da pena-base. De acordo com o artigo 59 do Código Penal, servem ainda para se determinar o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade e a substituição desta aplicada, por outra espécie de pena.

Vale esclarecer que, aliados aos critérios do artigo 59 do Estatuto Repressivo, estão outros que, conjugados, determinam na escolha de certo regime prisional e na possibilidade de substituição de pena – artigos 33 e 44 do Código Penal, respectivamente.

Nesse diapasão, se mostra importante que o julgador tenha conhecimentos de Política Criminal. Na imposição da pena, o magistrado deverá ter em mente o efeito nocivo da prisão.¹⁴¹

No atual estágio do sistema prisional, sabe-se que a probabilidade de reincidência é maior se o condenado vai para a prisão, que se apresenta como verdadeira escola do crime, e será ainda maior, quanto mais longa for à pena imposta, o se mostra necessário nos casos previstos na legislação, a aplicação das penas alternativas.

Na prisão, hoje, prepara-se o condenado em sentido diametralmente oposto aos fins da pena, já que lá o incentiva ao cometimento de novos crimes, geralmente piores e mais graves do que aquele que motivou seu ingresso ao cárcere.

O julgador está adstrito à fixação de pena justa, ou seja, não pode ser em quantidade além da necessária, nem menos do que suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Daí o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade deve ser respeitado em dois momentos distintos, o do estabelecimento das cominações legais feitas pelo legislador, e o da imposição de pena feita pelo magistrado. Assim, o poder legislativo tem de estabelecer penas proporcionais *in abstracto*, consoante a gravidade do delito e, as penas impostas pelo magistrado, têm de ser proporcionais à sua concreta gravidade.¹⁴²

Nesse sentido, elucida Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

O que resulta daí, no que diz respeito à possibilidade de se estabelece uma proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e a medida da pena correspondente, não se limita, apenas a conferir ao aplicador da lei penal a possibilidade de efetuar um cálculo a partir dos específicos elementos do caso concreto, e impor ao

¹⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: a nova parte geral. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 326.

¹⁴² BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Editora Forense, 1967, p. 105.

condenado o cumprimento de uma pena adequada à real gravidade do fato por ele cometido, mas num momento anterior a este, permite ao legislador que valora a natureza do delito e da sua pena, de modo que estabeleça uma correspondência, *in abstracto*, entre a gravidade do fato proibido e a medida da pena cominada, com base na hierarquia de bens e interesses já avaliados como aptos a serem tutelados penalmente.¹⁴³

No tocante à pena *in concreto*, entende-se o princípio da proporcionalidade deve ser basilar para a imposição da pena inicial, de tal sorte que esta seja fixada de maneira que não haja excesso e tampouco insuficiência para a repressão e prevenção do crime, assim aplicando quando possível as penas alternativas como substitutivas as privativas de liberdade.

Logo o juiz que decide no Estado Democrático de forma imparcial é aquele que fundamenta objetivamente seu provimento, encontrando a argumentação jurídico-constitucional mais pertinente e coerente com as questões de fato inerentes à pretensão deduzida em juízo, o que se pretende demonstrar que é necessário no presente trabalho.

Portanto é de extrema importância ressaltar que o juiz deve agir de forma imparcial, ou seja, decidindo de forma parcial fundamentado jurídico-constitucionalmente.

Essa grande característica da construção do Direito Penal, vem como uma forma de efetivar o papel da sentença como viés de Justiça. Afastando apreciações partir de concepções e pressuposições decorrentes da subjetividade, metajuricidade, axiologizantes e do pessoalismo do julgador no ato de decidir.

¹⁴³ GOMES. Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 167.

5 CONCLUSÃO

É fato que o direito passou por uma construção histórica, dentro desse contexto uma das figuras componentes da relação jurídica, intitulado de magistrado ou juiz, também passou por um processo de construção histórica em face da evolução dos estados de direito. É notável que os integrantes desse contexto amplo já venham com uma carga arraigada proveniente da sua evolução.

Atualmente percebe-se um modelo autocrático vigente no Brasil, que infelizmente legitima a atuação soberana do julgador permitindo-lhe decidir com base em fundamentos de cunho metajurídico, axiológico e pessoal.

Logo, há um desvencilhamento do processo e da função do juiz no estado democrático de direito para o teorizado por Carnelluti no Estado Social. É nesse cenário que encontramos a valoração de provas pelos julgadores e a ideologização das decisões justas e, para alcançar as cognominadas decisões justas, poderá o julgador decidir exatamente com base no texto literal da lei; julgar contrário ao texto de lei se considerá-lo injusto ou criar a própria lei aplicada ao caso concreto, em caso de lacuna, pautando-se nos costumes, analogias e outras fontes estranhas à Hermenêutica Jurídica.

O Direito como Ciência Social passa por um grande atuator que é a pessoa humana. Essa por sua vez cheia de incorreções e com uma enorme carga axiológica, subjetiva, pessoal e metajurídica. Logo o que se deve buscar incessantemente é a desmitificação da pessoa do juiz, como ser inato de uma sabedoria transcendental. Para um ser que deve agir de forma imparcial, pautado em uma decisão legítima que deve respeitar a fundamentação das decisões judiciais, assegurando todas as fases do devido processo legal constitucionalizado no atual Estado Democrático de Direito.

Podemos observar que o artigo 59 do Código Penal, tem sua gênese no Movimento do Direito Livre, bem como a carga metajurídica, pois é nessa fase que o magistrado pode utilizar com muito mais liberdade sua discricionariedade.

Os conceitos que existem no artigo 59 do Código Penal, são abertos e denotam a carga metajurídica da pena base, podendo acarretar um impedimento de aplicação das penas alternativas como substitutivas, sendo aplicadas como aditivas evidenciando um instrumento de castigo e poder, questão que deve ser transformada para que as penas alternativas sejam aplicadas de forma substitutiva, sendo que o magistrado deve analisar de forma objetiva os critérios do artigo 59 do Código Penal.

Pode-se concluir que a atividade de fixação da pena-base não é uma tarefa exata, nem pode conter elevado cunho subjetivista, devendo se levar em conta as diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano.¹⁴⁴

Os critérios que orientam a decisão judicial na à fixação da pena-base não são unívocos e envolvem vários problemas de interpretação, tanto no âmbito doutrinário como na seara jurisprudencial.

Nota-se que as circunstâncias judiciais, constantes no artigo 59 do Código Penal, são muito vagas, abertas e não indicam ao julgador o que deve ser considerado e as diretrizes a serem seguidas para aplicação de uma pena-base justa.

Com efeito, deve-se buscar aplicar penas que respeitem o “Direito das Minorias”, como classificou o professor Gustavo Junqueira, tendo em vista que os socialmente desfavorecidos não devem ser tratados na mesma vala dos que os privilegiados, o que está em consonância com o princípio da isonomia.

A primeira fase de fixação da pena possui alto grau de discricionariedade. Sendo assim, com o fito de impedir que a discricionariedade se transforme em arbitrariedade, as penas alternativas devem aplicadas como substitutivas as privativas de liberdade quando possível, deixando o magistrado de analisar subjetivamente essa primeira fase.

Isso porque, quanto maior o conteúdo discricionário, maior deve ser a fundamentação. Ora, a motivação da sentença é garantia constitucional das partes, sendo, portanto, inadmissíveis sentenças que apenas façam menção ao artigo 59 do Estatuto Repressivo e a seus elementos.

Destarte, a imposição da pena, que deveria ser mais sábia, certa, com o caráter científico suposto no Código, é tão-somente mais incerta, mais variável, mais insegura, do que qualquer outro instituto Direito Penal.

Não por outro motivo ao sentido garantista de limitação do punitivismo é imprescindível, em paralelo aos instrumentos positivos que criam direitos, sejam elaboradas barreiras negativas de circunscrição dos espaços do poder punitivo.

A conclusão que pode servir de base para futuros questionamentos e proposições positivas é que deixando de aplicar penas privativas de liberdade o magistrado não deixará de aplicar a reprimenda, muito menos causará insegurança social, muito pelo contrário, de

¹⁴⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 192-193.

acordo com o que foi discutido as penas de prisão e sua forma de cumprimento estão em crise, não sendo capazes de ressocializar indivíduos, diferente das penas alternativas, que são formas menos violenta de intervenção do Estado na esfera privada, devendo essas serem aplicadas sempre que possível como substitutivas.

Para concluir o esclarecimento de Rauter contribui: (...) considero que estar preso – seja num hospital psiquiátrico ou numa prisão – é algo inaceitável para um ser humano, e um discurso que sustente a desarticulação destes espaços me soa como algo que deve ser valorizado.¹⁴⁵

¹⁴⁵ RAUTER, Cristina. Manicômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo. Discursos Sediciosos, vol. 3, Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 73.

REFERÊNCIAS

AEBI, Marcelo. Crítica de la Criminología Crítica. In: **Serta in Memoriam Alessandro Baratta**. Salamanca: Universidad Salamanca, s/d.

AGUIAR, Cynara Silde Luzia et al. Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. In: LEAL, Rosemíro Pereira (coord). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, v. VI, 2005.

AMARAL, Claudio do Prado. **Evolução Histórica e perspectivas sobre o encarcerado no Brasil como sujeito de direitos**. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/13-artigo-evolucao-historica-e-perspectivas-sobre-o-encarcerado-no-brasil-como-sujeito-de-direitos>>. Acesso em: 05 de jan. 2016.

ANIBAL, Felipe. 90% apoiam redução da idade penal. **Gazeta do Povo**. 14 jul. 2013. Vida e Cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/90-apoiam-reducao-da-idade-penal-c8e24o0vlosyiway5n00aryvi>>. Acesso em: 10 de jan. 2016.

BARATTA, Alexandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. In **Revista dos Tribunais**, nº 727. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **A pena como pai**. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro, n. 3, jan. 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BELING, Ernst Von. **Esquema de derecho penal: la doutrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Editorial Depalma: 1944.

BITENCOURT, Cezar. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: RT, 1993.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Novas Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9714/98**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2003.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. São Paulo: Atlas. 2014

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRUNO, Aníbal. **Das Penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - parte geral - tomo 3**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAMARGO, Joaquim Augusto. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: RT Clássicos.

CARBASSE, Jean-Marie. O juiz entre a lei e a justiça: abordagens medievais. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIED, Laurence . (orgs). **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia..** Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **O Problema da Pena**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual De Criminologia**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2008

CARVALHO, Salo. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. Porto Alegre. EDIPUCCRS. 2010.

CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2003.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro**. Disponível em <www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil; mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Fabricio Veiga. A imparcialidade do juízo e a subjetividade do julgador. **Estado De Minas**. 08 fev. 2013. Direito e justiça.

COSTA, Tailson Pires. **Penas alternativas: Reeducação adequada ou estímulo à impunidade?** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DELEUZE, Giles. **Post-scriptum Sobre as Sociedades de Controle**. ed.34. In **L’Autre Journal, nº 1, maio de 1990**, Trad. Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: 2010.

DEARO, GUILHERME. **Exame.com**. 08 dez. 2013. Mundo. Disponível em:
<<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/os-10-piores-paises-para-os-direitos-humanos>>>.
Acesso em: 07 de jan. 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Disponível em:
<<http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>> Acesso em: 05 de jan. 2016.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro..** 4.ed. Porto Alegre: Globo, v.2 , 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria Del Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra, Ed. Coimbra, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 8.ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991

García. Alícia Martin. **El sistema de sanciones en El Código penal sueco**. REP, 1987

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. trad. Luiz Flávio Gomes, SP:Revista dos Tribunais, 1992.

GARLAND, David. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Juarez Tavares et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARLAND, David. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GARLAND, David. Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARLAND, David. **The Culture of Control: crime and social order in contemporary society**.Oxford: Oxford University Press, 2001.

GARLAND, David.**Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

GARLAND, David.**Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 vol.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão**. Alternativas Penais: Legitimidade e Adequação. Salvador: Jus Podivm, 2008.

GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablo. **Direito Penal Parte Geral**. Vol. 2. Ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 481.

GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal pela internet**. Disponível em: www.estudoscriminais.com.br, em 13/02/02.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GREGO, Luís. Artigo intitulado Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Jul. 2.000.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução da 2. Edição alemã. de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HENRIQUES, Ricardo. **Desigualdade Racial no Brasil**: evolução das condições de vida na década de 90. IPEA, Texto para Discussão no 807, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. Niterói: Luam, 1993.

JAKOBS, Günter, e MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 60.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación**. 2ª edición. Marcial Ponz: 1.997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. de Paulo Quintanilha. Coimbra: Atlântida, 1960.

KROPOTKIN, Peter. A Inutilidade das Leis. In: Os Grandes Escritos Anarquistas. Woodcock, George (org.). 4ª ed. Porto Alegre: L&PM, 1990.

LAFONT, Sophie. O juiz bíblico. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIED, Laurence. (orgs). **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia**. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

LARDIZABAL Y URIBE, Manuel De. **Discurso sobre las penas**. Granada: Comares, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático**. Barcelona, Ariel Derecho, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Controle social**. Jerez, Ed. Tirant lo blanch,

1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried, . **Introducción a la Criminología** . Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Ed. fac-sim, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Atlas, 2008.

LUIZI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. Ed. rev. amp. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

LYRA, Roberto. **O centenário do código criminal**. São Paulo: RT. v. 77.

MAGLIONI, Bruna. A seletividade do sistema penal brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10909>. Acesso em 11/2015.

MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). **História das prisões no Brasil: Volume I**. Rio de Janeiro:

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA NACIONAL DA JUVENTUDE; SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. **MAPA DO ENCARCERAMENTO: os jovens do Brasil**. Brasília: 2014. Disponível em: http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa_do_Encarceramento_-_Os_jovens_do_brasil.pdf . >Acesso em: 22 de junho de 201

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2000.

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

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

MARTINS, José Salgado. **Sistema de direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1974.

MASI, Carlo Velho. **A funcionalização do Direito Penal a partir de critérios de política criminal**.IBCCRIM. 270. maio 2015.

MATTA, Roberto da. **A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

MEDICE, Alejandro. **Los Poderes Innominados del Constitucionalismo Latinoamericano: La Necesidad de um Nuevo Marco de Comprensión y Comparación Crítico Situado**. Artigo

Disponível em:

<http://portal.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%208/Redhes8-03.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2015

MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal**: Teoria Constitucional Y GiroDecolonial. San Luis Potosí: USLP, 2012.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MESQUITA JUNIOR, - **Execução Criminal**: Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 2010;

MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el Estado social y democrático . Barcelona, Ariel Derecho, 1994. Pag 56

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. V.1. SP – São Paulo: Atlas, 2001

MONACO. Lucio. **Las penas sustitutivas**. 1988

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Estudos de direito processual penal**. Temas Atuais. São Paulo: BH Editora, 2006.

MOTTA, Manoel Barros da .**Crítica da Razão Punitiva**: Nascimento da Prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MUNOZ. Conde, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Sevilha: 1975.

NEVES, Marcelo. **Aula Magna Professor Dr. Marcelo Neves** . Disponível em: (TV Justiça) (<http://youtu.be/l5V5uTLfi2c>)

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Adeildo. **A Realidade das Prisões Brasileiras**. Recife: Editora Nossa Livraria, 2005;

OBALDO, José Carlos de Oliveira. **Penas alternativas**: algumas reflexões. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 01 setembro. 2008.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 1. ed. Bauru: Javoli, 1980. p. 23.

PIMENTA, André Patrus Ayres Pimenta et al. Processo, Ação e Jurisdição. In. LEAL, Rosemiro Pereira. (coord). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PINHO, Ruy Rebello. **História do direito penal brasileiro**: período colonial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2008;

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2.ed. RT: 2000.

PUGGINA, Rodrigo Tönniges. O direito de voto dos presos. **Revista Sociologia Jurídica** - ISSN: 1809-2721, disponível em <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-3/174--o-direito-de-voto-dos-presos->

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

QUEIROZ. Paulo de Souza. **Direito Penal**. Introdução Crítica. Saraiva. 2001.

RAUTER, Cristina. Manicômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo. Discursos Sediciosos, vol. 3, Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

REIS, Bárbara Liz Taveira dos. **O regime disciplinar diferenciado como expressão de uma política criminal de direito penal do inimigo**. Dissertação (mestrado). Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009. Disponível em: em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReisBL_1.pdf>

ROCHA, Sônia. **Pobreza no Brasil, afinal de que se trata?**. FGV. Rio de Janeiro, 2003.

RODRIGUES. Anabela Miranda. **A determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**. Coimbra Editora. 1995.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

ROXIN, Claus, **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. de Luís Greco. Renovar: 2.002.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**: Sentido e Limites da Pena Estatal. Lisboa: Veja/Universidade, 2004.

ROXIN, Claus. **A culpabilidade como critério limitativo da pena**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. Revista de Direito Penal, 1973.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 3ª ed. – Curitiba: ICPC e Lumen juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Record. Rio de Janeiro, 2001.

SILVA, Evandro Lins e. **Sistema Penal para o Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro, 1991. Renavan

SOUZA, Marcelo Lopes de. **A prisão e a ágora**: reflexões em torno da democratização do planejamento e da gestão das cidades. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOUYA, José-Javier de Los Mozos. O juiz romano na época clássica. In: CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIED, Laurence. (orgs). **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia..** Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

YAROCHEWSSKY. Leonardo Issac. **Reincidência e teoria da pena.** Mandamentos 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2.^a ed., 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. São Paulo: RT, 1997.

ZAKIDALSKI, Alberto Iván. Pena – **um estudo comparativo de suas finalidades e teorias.** Disponível na internet: www.ibccrim.org.br. Acessado em: 10.07.2016