



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ana Lúcia Tavares Ferreira

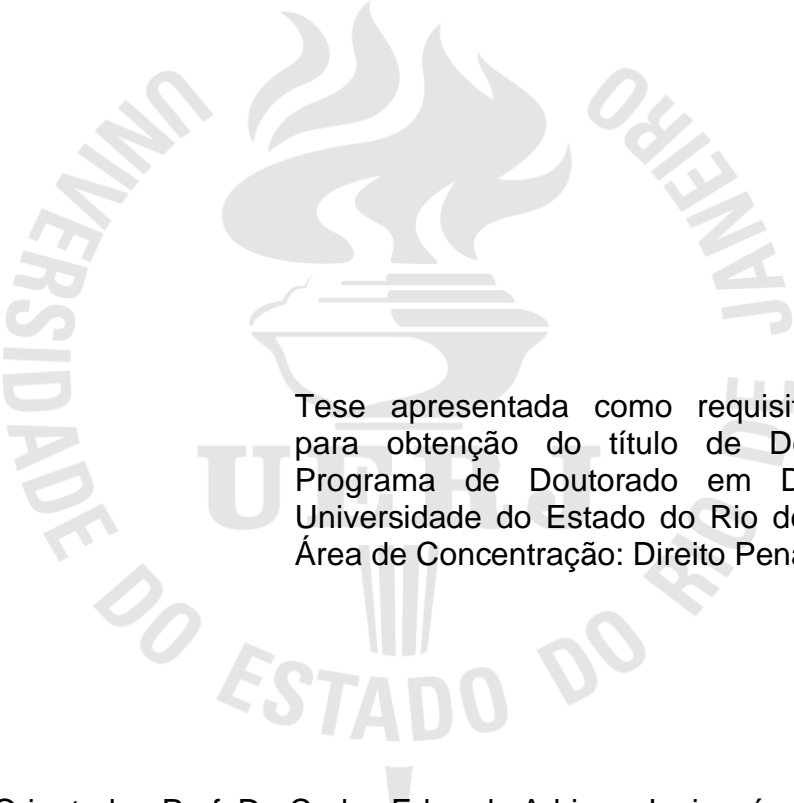
**Encarceramento e sistema penal: crescimento da população
carcerária e individualização da pena no Brasil de 1985 a 2015.**

Rio de Janeiro

2019

Ana Lúcia Tavares Ferreira

Encarceramento e sistema penal: crescimento da população carcerária e individualização da pena no Brasil de 1985 a 2015.



Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F383 Ferreira, Ana Lúcia Tavares.

Encarceramento e sistema penal: crescimento da população carcerária e individualização da pena no Brasil de 1985 a 2015/ Ana Lúcia Tavares Ferreira. - 2023.

612 f.

Orientadora: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Execução penal - Teses. 2. Pena (Direito) – Teses. 3. Criminologia – Teses. I.Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Fernandes, Fernando Andrade. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 343.9(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

RESUMO

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Encarceramento e Sistema Penal: crescimento da população carcerária e individualização da pena no Brasil de 1985 a 2015*. 612 f. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Superpopulação carcerária e altos níveis de crescimento da população carcerária afetam muitos países em diferentes regiões do mundo. O Brasil possui, atualmente, a terceira maior população carcerária do mundo, atrás dos Estados Unidos e China, e o crescimento de sua taxa de encarceramento destaca-se da média regional. Nesse contexto, a superpopulação carcerária e a violações de direitos humanos resultante de condições precárias de detenção nas unidades prisionais tornaram-se um problema serio e estrutural, o qual não pode ser solucionado por meio de medidas paliativas em curto prazo. O artigo busca investigar se e como as decisões tomadas nos diversos níveis do sistema penal podem ter contribuído para o crescimento da taxa de encarceramento brasileira entre 1985 e 2015. A resposta será obtida por meio da análise das reformas legislativas e mudanças nas praticas persecutórias e judiciais, assim como de estudos empíricos relativos aos efeitos das inovações legislativas nas práticas de determinação da pena, especialmente no que se refere à Reforma Penal de 1984 e a legislação introduzida nas décadas seguintes. A ênfase do trabalho recai, principalmente, nas normas de individualização da pena, nas penas alternativas e limites da discricionariedade judicial para avaliação das circunstancias pessoais do acusado. A título de conclusão, são apresentadas sugestões de medidas para a redução da população carcerária, por meio do aprimoramento da legislação relativa às normas de determinação da pena, sanções não privativas de liberdade e livramento antecipado.

Palavras-chave: Encarceramento. Determinação da medida da pena. Execução Penal. Penologia. Sistema Penal. Teorias da Pena.

ABSTRACT

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Imprisonment rates and Criminal Justice System: Prison Population Growth and Sentencing in Brazil from 1985 until 2015*. 612 p. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Prison overcrowding and high levels of prison population growth affect many countries in different regions of the world. Brazil has presently the third biggest prison population, after the United States and China, and our imprisonment rates growth outline the regional average. In such context, superpopulation and human rights violations resulting from poor conditions in detention unities have developed to a serious structural problem, which will not be solved through paliative short term mesures. The purpose of this work is to investigate if and how decisions made on the many levels of the criminal justice system may have contributed to the Brazilian incarceration rates growth between 1985 and 2015. The research question is answered through analyses of legislative reforms and changes in judicial and prosecutorial practices as well as previous empirical studies concerning the effects of legislative inovations on sentencing practices, especially the 1984 Penal Reform and legislation introduced during the following decades. The study aims mainly at sentencing rules, community sentences and the limits of judicial discretion in the evaluation of the accused's personal circumstances. The study concludes with sugestions for reducing prison population, through the improvement of legislation concerning sentencing rules, community sanctions and early release.

Keywords: Criminal Justice System. Imprisonment Rates. Penal Theories. Penology. Sentencing.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	ENCARCERAMENTO E SISTEMA PENAL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	19
1.1	Taxas de encarceramento e índices de criminalidade	28
1.1.1	<u>Influência dos índices de criminalidade sobre as taxas de encarceramento</u>	30
1.1.2	<u>Taxas de encarceramento sobre o índices de Criminalidade</u>	36
1.2	Encarceramento e fatores determinantes: proposta metodológica	39
1.2.1	<u>Fatores externos ao sistema penal: uma visão panorâmica</u>	41
1.2.2	<u>Fatores internos: uma breve introdução</u>	45
1.2.3	<u>Fatores intermediários</u>	47
2	ENCARCERAMENTO E FATORES EXTERNOS AO SISTEMA PENAL	48
2.1	Economia Política da Pena	49
2.1.1	<u>Encarceramento e Modo de Produção Capitalista</u>	51
2.1.2	<u>Encarceramento e mercado de trabalho: estudos empíricos</u>	61
2.1.3	<u>Encarceramento, Disciplina e Mercado de Trabalho</u>	66
2.1.4	<u>Encarceramento, ideologia e mercado de trabalho</u>	72
2.1.5	<u>Encarceramento, mercado de trabalho e cadeia discursiva</u>	75
2.1.6	<u>Encarceramento e a Nova Economia Política da Pena</u>	78
2.2	Encarceramento, Políticas Sociais e Instituições	81
2.2.1	<u>Encarceramento e a Formação da Penalidade Moderna</u>	83
2.2.2	<u>Encarceramento e Sociedade Excludente</u>	90
2.2.3	<u>Encarceramento e Neoliberalismo</u>	93
2.2.4	<u>Encarceramento, Neoliberalismo e Estado do bem-estar na América Latina</u>	106
2.2.5	<u>Encarceramento e Pluralismo Radical</u>	115
2.2.6	<u>Encarceramento e Instituições Políticas</u>	118
2.3	Encarceramento, Fatores Externos e Sistema Penal	123

3	ENCARCERAMENTO E FATORES INTERNOS AO SISTEMA PENAL	126
3.1	Taxas de Encarceramento e Legislação	126
3.2	Taxas de Encarceramento e Persecução Penal	129
3.3	Taxas de Encarceramento e Decisões Judiciais	134
3.4	Taxas de Encarceramento e Execução Penal	141
3.5	Taxas de encarceramento, política criminal bifurcada e penas de longa duração	144
3.5.1	<u>Política criminal bifurcada nos EUA: penas determinadas e crescimento da população carcerária</u>	147
3.5.2	<u>Política criminal bifurcada na Europa</u>	151
3.5.3	<u>Abolição da pena de morte e taxa de encarceramento</u>	153
3.5.4	<u>Política criminal de drogas</u>	155
3.6	A redução das taxas de encarceramento e a política criminal.	160
3.6.1	<u>Reformas legislativas: o caso da Finlândia</u>	160
3.6.2	<u>Práticas persecutórias e judiciárias: os casos da Holanda, do Japão e Alemanha</u>	169
3.6.2.1	Holanda (1950-1975)	169
3.6.2.2	Japão (1950-1975)	172
3.6.2.3	Alemanha Ocidental (1983-1991)	175
3.6.3	<u>Execução Penal e redução da Taxa de Encarceramento</u>	177
3.6.3.1	França	177
3.6.3.2	Itália	178
3.7	Crescimento da população carcerária e o Controle Constitucional	178
3.7.1	<u>Leis penais e controle constitucional na Itália</u>	187
3.7.2	<u>Leis Penais e Controle Constitucional da Espanha</u>	189
3.7.3	<u>Leis penais e controle constitucional na Alemanha</u>	191
3.8	Crescimento da População Carcerária e Controle Internacional	194

3.8.1	<u>Crescimento da população carcerária e a Corte Europeia de Direitos Humanos</u>	194
3.8.1.1	Breve histórico	194
3.8.1.2	Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre superpopulação carcerária	197
3.8.1.3	A superpopulação carcerária e os julgados-piloto	200
3.8.1.4	Caso Ananyev vs. Rússia	207
3.8.1.5	Caso Torregiani vs. Italia	208
3.8.1.6	Crescimento da população carcerária e a Corte Europeia de Direitos Humanos: Considerações finais	211
3.8.2	<u>Crescimento da população carcerária e Sistema Interamericano de Direitos Humanos</u>	215
3.8.3	<u>Crescimento da população carcerária e controle internacional: considerações finais</u>	228
4	ENCARCERAMENTO E TEORIAS DA PENA	229
4.1	Taxas de Encarceramento e Teorias da Pena	234
4.2	Taxa de Encarceramento e Teorias da Pena na Finlândia	234
4.3	Taxa de Encarceramento e teorias da pena na Holanda	237
4.4	Taxa de encarceramento e as teorias da pena nos Estados Unidos	242
4.4.1	<u>Penas indeterminadas e o modelo de tratamento</u>	243
4.4.2	<u>O declínio do modelo de tratamento</u>	251
4.4.3	<u>A reforma e o neoretributivismo</u>	254
4.4.3.1	Retributivismo Positivo	256
4.4.3.2	Retributivismo limitado ou negativo	258
4.4.4	<u>Diretrizes, comissões e regimes de determinação da pena</u>	260
4.4.5	<u>Diretrizes voluntárias de determinação da pena</u>	261
4.4.6	<u>Diretrizes de determinação de pena presumida</u>	262
4.4.7	<u>Diretrizes da Comissão de Minnessota e teorias da Pena</u>	267
4.4.8	<u>As Diretrizes de Fixação de Pena Federais e o período “Tough on Crime”</u>	270

4.4.9	<u>Taxas de encarceramento e Teorias da pena: conclusões parciais</u>	275
5	TEORIAS DA PENA E TEORIAS DE DETERMINAÇÃO DA PENA	278
5.1	Teorias absolutas, relativas e unificadas: uma breve incursão	278
5.2	Teorias absolutas ou retributivas	280
5.2.1	<u>Teorias neorretributivistas e do justo merecimento</u>	285
5.3	Teorias relativas ou preventivas da pena	292
5.3.1	<u>Prevenção geral negativa</u>	293
5.3.2	<u>Prevenção geral positiva ou de integração</u>	296
5.3.3	<u>Prevenção especial</u>	298
5.4	Teorias unificadoras ou dialéticas	301
5.5	Teoria agnóstica da pena	306
5.6	O princípio da culpabilidade e o processo de secularização do direito penal	308
5.7	A evolução do conceito formal da culpa e as finalidades da pena	313
5.7.1	<u>Culpa e prevenção no positivismo: conceito psicológico</u>	314
5.7.2	<u>Culpa e prevenção no finalismo: conceito normativo</u>	319
5.8	O conceito material de culpabilidade	332
5.8.1	<u>Teoria do poder agir diferente</u>	334
5.8.2	<u>Teoria da atitude jurídica reprovada ou defeituosa</u>	335
5.8.3	<u>Culpa da vontade referida ao caráter ou personalidade e teoria indiciária</u>	336
5.8.4	<u>Culpa como responsabilidade pelo próprio caráter</u>	339
5.8.5	<u>A culpa como ação injusta apesar da sensibilidade ao apelo normativo</u>	340
5.8.6	<u>A culpa como déficit de fidelidade à norma</u>	350
5.8.7	<u>Culpa ou proporcionalidade</u>	351
5.9	A Dogmática da Determinação da medida da Pena	352
5.9.1	<u>Teorias da pena e teorias de determinação da pena</u>	357

5.9.2	<u>Teoria da pena Exata ou do Ponto Fixo</u>	363
5.9.3	<u>Teoria do valor de emprego ou valor de posição</u>	365
5.9.4	<u>Teoria da margem de liberdade</u>	367
5.9.5	<u>Teoria da Pena Proporcional ao Fato</u>	376
5.9.6	<u>Teorias da determinação da medida da pena e taxas de encarceramento</u>	381
6	CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE DA LITERATURA	383
6.1	Expansão do direito penal e crescimento da população carcerária no Brasil	383
6.2	Bifurcação da Política Criminal: substitutivos penais e crescimento da população carcerária no Brasil	397
6.3	Sistema processual inquisitorial e crescimento da população carcerária no Brasil	402
6.4	Drogas e crescimento da população carcerária no Brasil	406
6.5	Crimes Hediondos e crescimento da população carcerária no Brasil	413
6.6	Presos Provisórios e crescimento da população carcerária no Brasil	414
6.7	Audiências de Custódia e crescimento da população carcerária no Brasil	418
6.7.1	<u>Audiências de Custódia em São Paulo</u>	422
6.7.2	<u>Audiência de Custódia no Rio de Janeiro</u>	424
6.7.3	<u>Audiência de Custódia em Salvador</u>	427
6.7.4	<u>Audiências de custódia e aumento do número relativo de presos provisórios</u>	428
6.8	O crescimento da população prisional brasileira nos anos 1980	430
6.8.1	<u>Crescimento da população carcerária em São Paulo nos anos 1970 e 1980</u>	438

6.8.2	<u>Crescimento da população carcerária no Rio de Janeiro nos anos 1970 e 1980</u>	440
6.8.3	<u>O crescimento da população carcerária e os fatores internos ao sistema penal</u>	446
7	O CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA E A REFORMA DE 1984	448
7.1	O duplo binário no Código de 1940	448
7.1.1	<u>Duplo binário e individualização da pena</u>	453
7.1.2	<u>Suspensão condicional da pena</u>	461
7.1.3	<u>Livramento condicional</u>	462
7.1.4	<u>Duplo binário e medida de segurança</u>	464
7.1.5	<u>O duplo binário e a duplicidade de sanções</u>	471
7.2	A Reforma Penal de 1984 e a determinação da pena	475
7.3	O movimento de reforma do Código de 1940	476
7.4	Sistema Vicariante e Individualização da pena	486
7.4.1	<u>A exclusão da medida de segurança para imputáveis e o princípio da culpabilidade</u>	488
7.4.2	<u>Individualização da pena e reinserção</u>	492
7.4.3	<u>Individualização da pena e determinação da espécie de pena</u>	497
7.4.4	<u>Individualização e determinação da medida da pena</u>	498
7.4.4.1	Determinação da Pena-base	499
7.4.4.2	Culpabilidade na Reforma de 1984	502
7.4.4.3	Determinação da Pena Provisória	505
7.4.4.4	Individualização da pena e Regimes de execução	508
7.4.5	<u>Individualização da pena e Alternativas Penais na Reforma de 1984</u>	510
7.4.5.1	Penas Alternativas	511
7.4.5.2	Suspensão Condicional da Pena	514
7.4.5.3	Livramento Condicional	516
7.4.6	<u>A Reforma de 1984 e a Superpopulação carcerária</u>	519

7.4.7	<u>A Reforma de 1984 e as práticas judiciárias</u>	522
7.4.7.1	Personalidade e determinação da medida da pena	522
7.4.7.2	Periculosidade no crime de roubo em São Paulo	525
7.4.7.3	Aplicação das penas nos tribunais superiores	528
7.4.7.4	Periculosidade no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	530
7.4.7.5	Práticas de determinação da pena e superpopulação carcerária ...	533
7.5	O crescimento da população carcerária e a política criminal pós-reforma de 1984	534
7.5.1	<u>O crescimento da população carcerária e as penas alternativas</u> ...	536
7.5.1.1	Penas Alternativas: Breve Histórico	536
7.5.1.2	A Lei 9.714/98 e a determinação da pena	539
7.5.1.3	A Lei 9.099/95 e a determinação da pena	546
7.5.1.4	Penas e medidas alternativas e o crescimento da população carcerária	549
7.5.1.5	Penas alternativas e práticas judiciárias	553
7.5.1.6	Penas Alternativas e tráfico privilegiado	559
7.5.1.7	Considerações finais	563
7.5.2	<u>Crescimento da população carcerária e a Política Criminal de Drogas</u>	565
7.5.2.1	Individualização da pena na Lei 6.368/76	578
7.5.2.2	Política criminal de drogas e Crimes Hediondos	584
7.5.2.3	Individualização da pena na Lei 11.343/06	588
7.5.2.4	Lei 11.343/06 e as práticas persecutórias e judiciárias	595
7.5.2.5	Observações finais	604
7.5.3	<u>O crescimento da população carcerária e a legislação penal posterior à Reforma Penal de 1984: considerações finais</u>	608
8	REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL: ESTRATÉGIAS E PROPOSTAS	614
8.1	Individualização Legislativa	615
8.1.1	<u>Descriminalização e Despenalização</u>	615

8.1.2	<u>Revisão da Escalas de Pena</u>	624
8.1.3	<u>Penas restritivas de direitos: estratégias de ampliação</u>	625
8.1.3.1	Previsão das penas alternativas nos preceitos secundários	626
8.1.3.2	Ampliação do rol de penas alternativas	629
8.1.3.3	Monitoramento eletrônico como pena autônoma e modalidade de execução de pena privativa de liberdade	631
8.1.3.4	Vedação de encarceramento como resposta preferencial do descumprimento	636
8.1.3.5	Afastamento da vedação para reincidentes	638
8.1.3.6	Abolição das penas mínimas e revisão das penas máximas cominadas	639
8.1.4	<u>Encarceramento e Política criminal de drogas: despenalização, descriminalização ou legalização?</u>	642
8.1.5	<u>Despenalização do furto de coisa de pequeno valor e discriminalização do furto de bagatela</u>	654
8.2	Individualização Judicial: reforma das normas de determinação da pena	668
8.3	Individualização Executiva: Livramento Condicional e Indulto	673
8.4	Considerações finais	678
	CONCLUSÃO	680
	REFERÊNCIAS	686

INTRODUÇÃO

Existem, atualmente, 711.463 pessoas presas no Brasil e o país ocupa o terceiro lugar da lista de países com maior população carcerária do mundo, acima da Rússia, segundo os levantamentos mais recentes.

No que se refere à taxa de ocupação, os índices demonstram um problema grave de superlotação carcerária, decorrendo daí um quadro de inaceitáveis violações dos direitos humanos da pessoa presa, tendo em vista não apenas a questão da estrutura predial e falta de espaço vital, mas a escassez de prestações essenciais, como alimentação, condições de higiene, cuidados de saúde, educação, segurança, entre outros.

Também taxa de encarceramento brasileira (razão do número de presos para cada 100.000 habitantes) mais que duplicou entre 2000 e 2014, sendo que atualmente, supera com grande vantagem a média regional.

A situação atual é o resultado do crescimento constante, acelerado e acentuado da população carcerária nas últimas três décadas (1985-2015), podendo-se afirmar, portanto, que não se trata de um ciclo ou evento temporário, mas de uma tendência permanente de expansão.

Embora tenha-se identificado tendência de crescimento da população carcerária em diversos países do mundo, em diferentes regiões do planeta, o crescimento do encarceramento brasileiro apresenta índices de expansão que se destacam da média internacional, inclusive se comparados com outros países latino americanos.

Por outro lado, diversos instrumentos despenalizadores foram introduzidos ou ampliados pelo legislador ao longo do período indicado, notadamente as penas e medidas alternativas, suspensão condicional da pena, e os institutos do sistema progressivo de execução da pena, buscando a redução do encarceramento.

Embora essas inovações tenham produzido um acentuado crescimento do número de pessoas submetidas às penas e medidas alternativas, não se verificou a esperada redução da população carcerária, frustrando-se inteiramente as expectativas declaradas pelo legislador.

A perplexidade gerada pelo quadro descrito acima tem suscitado diferentes investigações e interpretações, apontando-se, frequentemente, como fatores

determinantes para o fenômeno a contribuição dos índices de ocorrências policiais, de fatores socio-econômicos, a expansão do direito penal, a política criminal de drogas, as tendências punitivista das práticas judiciárias, entre outros.

Ainda que não se possa descartar inteiramente a influência desses fatores, é preciso levar em conta que circunstâncias similares reproduziram-se em diversos países, sem que tenha ocorrido a expansão do encarceramento nas dimensões do caso brasileiro.

É necessário considerar, além disso, que, sem prejuízo da influência e interação simultânea e complexa entre diversos fatores, os níveis de encarceramento constituem decorrência direta e imediata de decisões político criminais produzidas no âmbito do sistema penal, especialmente aquelas relativas à individualização da pena.

Assim, propõe-se, no presente trabalho, uma investigação da relação entre o modelo de individualização da pena em vigor e o crescimento dos níveis de encarceramento no Brasil, no período compreendido entre 1985 e 2015.

A delimitação do período apontado foi estabelecida de forma a compreender o marco inicial da tendência de crescimento da população carcerária, que ocorreu em meados da década de 1980.

Buscou-se, além disso, incluir na análise os efeitos da entrada em vigor das modificações introduzidas pela Reforma Penal de 1984 no que se refere ao modelo de penas e medidas de segurança, notadamente, a substituição do sistema do duplo binário pelo vicariante, tendo em vista ter se estabelecido, naquela revisão da parte geral do Código Penal, a moldura legal a partir da qual se produziram as inovações legislativas posteriores.

A investigação terá, então, por objetivo principal oferecer respostas às seguintes questões: a) qual a relação entre o sistema de penas e medidas alternativas e o respectivo modelo de individualização da pena e o crescimento da população carcerária entre 1985 e 2015; b) quais medidas deverão ser implementadas para a redução da população carcerária no caso brasileiro, tendo em vista as conclusões resultantes da indagação acima formulada.

As questões propostas serão abordadas com base no desenvolvimento de três hipóteses iniciais, a saber:

- 1^a) o sistema de penas e medidas alternativas e, mais especificamente, o modelo de individualização da pena adotado na

Reforma Penal de 1984 contribuíram para o aumento da taxa de encarceramento;

2ª) a legislação penal introduzida posteriormente constituiu não uma reação contraposta, mas um reforço das opções político criminais do legislador Reformador de 1984, contribuindo para a intensificação da tendência de aumento da taxa de encarceramento;

3ª) a baixa efetividade dos institutos despenalizadores insere-se nesse contexto e pode ser explicada pelos critérios de aplicação estabelecidos pelo legislador.

O trabalho será desenvolvido em oito capítulos, sendo que os seis primeiros serão dedicados à preparação de uma moldura teórica que permita a análise do caso brasileiro enquanto que, nos três últimos, será investigada a questão do crescimento do encarceramento no Brasil, de acordo com as indagações e hipóteses acima propostas.

No primeiro capítulo serão estabelecidas as premissas e opções metodológicas essenciais ao desenvolvimento do tema proposto, apontando-se os pontos de partida teóricos da investigação.

A partir desses pressupostos, será apresentada, nos capítulos subsequentes, uma breve revisão bibliográfica, sem pretensão de esgotamento do tema, mas buscando apontar os principais trabalhos e sua contribuição para a evolução do tratamento do tema.

Dessa forma, serão abordados no segundo capítulo os trabalhos que se ocuparam da influência dos fatores sócio-econômicos sobre o crescimento da população carcerária, buscando-se demonstrar uma tendência crescente de reconhecimento da interação desses fatores com as decisões político criminais produzidas no âmbito do sistema penal.

Além de analisar sucinta e brevemente os estudos fundamentais para a compreensão da abordagem, a exposição buscará demonstrar como a evolução do modelo materialista inicial desenvolveu-se, nos trabalhos recentes, com o acréscimo de elementos político-ideológicos.

A segunda seção do capítulo tratará dos estudos elaborados na perspectiva político-ideológica, nos quais se investigou a relação entre encarceramento e

Estado do bem estar social, sociedades excludentes, neoliberalismo e instituições democráticas.

Os estudos serão apresentados não como mera aglutinação de diferentes pesquisas, mas de forma a proporcionar uma compreensão do crescente grau de complexidade dos modelos propostos, demonstrando-se uma tendência nos sentido de se privilegiar as interpretações pluralistas, evitando-se explicações mecânicas, causais e deterministas.

O terceiro capítulo, por sua vez, deverá abordar os trabalhos voltados especificamente para a investigação da influência das decisões político criminais produzidas no âmbito do sistema penal sobre os níveis de encarceramento.

Já o quarto capítulo tratará dos trabalhos que se ocuparam da influência das teorias da pena nas variações da populações carcerárias, procurando estabelecer uma relação entre as finalidades atribuídas às sanções penais e as decisões político criminais adotadas em determinados ordenamentos jurídicos.

Serão descritos, nessa etapa do trabalho, alguns dos casos mais emblemáticos de variações da população carcerária, nos quais se identificou marcante influencia das teorias da pena e decisões político criminais delas decorrentes sobre as variações da população carcerária.

A análise da produção bibliográfica estrangeira justifica-se na medida em que o acúmulo de estudos e pesquisas produzidos desde a primeira metade do século XX sobre a redução ou expansão do encarceramento em diversos países proporcionou o desenvolvimento de um arcabouço teórico que serve de instrumento de interpretação dos casos nacionais, ressalvadas as especificidades de cada sistema jurídico.

Não se trata, porém, de aplicar o arcabouço teórico produzido com base em estudos anteriores, tendo por objeto outros ordenamentos jurídicos, no caso brasileiro, analisando-se o fenômeno nacional na perspectiva estrangeira.

Cuida-se, antes, de buscar harmonizar as opções metodológicas e perspectivas de análise do caso brasileiro, com todas as suas especificidades, com o arcabouço teórico elaborado a partir de inúmeros estudos e pesquisas produzidos ao longo das últimas décadas, inserindo o trabalho no atual estágio do debate sobre a expansão do encarceramento.

Optou-se, assim, por restringir essa revisão bibliográfica inicial à produção estrangeira, deixando-se o exame da literatura relativa ao caso brasileiro para

momento posterior do trabalho, de forma a se destacar as peculiaridades do caso nacional.

Em seguida, será abordada, no quinto capítulo, a influência das teorias da pena e das normas de determinação da pena na população carcerária, com ênfase para as questões relativas especificamente aos sistemas de penas e modelos de individualização da pena.

No sexto capítulo será iniciada a análise do caso brasileiro, com uma sucinta revisão da literatura nacional sobre o tema, abordando-se, não a totalidade da produção, mas apenas os estudos e pesquisas indispensáveis ao desenvolvimento do trabalho.

Não serão abordados, portanto, os textos que tratam da contribuição dos fatores socio-econômicos para a expansão do encarceramento no Brasil, limitando-se esse capítulo à análise dos estudos e pesquisas voltados para o exame das decisões político criminais produzidas no âmbito do sistema penal, notadamente o sistema de penas e medida de segurança e o modelo de individualização da pena em vigor.

Após essa breve exposição, serão desenvolvidas as hipóteses propostas no trabalho, buscando-se, a partir daí, elucidar as indagações formuladas inicialmente.

Assim, no sétimo capítulo, serão comparados, os sistemas de penas e medidas de segurança do Código Penal de 1940 e 1984, analisando-se as modificações introduzidas pela Reforma de 1984, especificamente no que se refere às normas de individualização da pena e institutos despenalizadores.

Nesse contexto, serão destacadas as questões relativas ao abandono do sistema do duplo binário e introdução do sistema vicariante, procurando-se identificar como essa transição pode ter contribuído para o crescimento da população carcerária.

Serão analisadas, também nesse capítulo, as leis introduzidas posteriormente para ampliar as alternativas penais durante a década de 1990, assim, como a legislação de drogas e suas respectivas contribuições para o crescimento da população carcerária brasileiro no período.

A análise será pautada pelo exame de dados extraídos de pesquisas empíricas e estudos interpretativos sobre as práticas judiciais desenvolvidas na aplicação da legislação abordada.

Por fim, no capítulo oitavo, serão formuladas, com base nas conclusões obtidas pelas análises elaboradas nos capítulos anteriores, estratégias para a redução da população carcerária brasileira, especialmente no que se refere ao sistema de penas e medidas de segurança e ao modelo de individualização da pena em vigor.

Não serão examinadas, porém, propostas que não tenham relação estreita com as questões abordadas ao longo do trabalho, evitando-se assim, a ampliação demasiada do tema tratado, com conseqüente perda em profundidade e coerência.

A investigação da relação entre sistema penal e variação da população carcerária no Brasil é de extrema importância, tendo em vista que a implementação de medidas eficazes para a redução da população carcerária pressupõe a identificação dos fatores determinantes da expansão do encarceramento.

A análise específica do caso nacional possibilita, além disso, a elaboração de propostas adequadas às particularidades do caso brasileiro, evitando-se a implantação de estratégias estrangeiras, que, embora bem sucedidas alhures, podem não ser adequadas para o enfrentamento das questões próprias do nosso ordenamento.

É preciso advertir, entretanto, para a exclusão de algumas questões pertinentes e importantes do presente trabalho, em razão da sua vastidão e complexidade.

Assim, não será analisado o crescimento da população carcerária feminina, embora se reconheça a importância do tema e a urgência no enfrentamento do problema.

Sabe-se que o encarceramento feminino apresenta características próprias e tem apresentado tendências de crescimento diferentes (mais rápidas e acentuadas que o masculino), de forma que importância e complexidade demanda trabalho inteiramente voltado para a abordagem do tema.

Também a questão do encarceramento dos negros, tema que tem sido objeto de numerosos trabalhos e estudos, careceria de um tratamento específico e de maior amplitude, sendo certo que sua complexidade extrapolaria, também, os limites da presente proposta.

Da mesma forma, não serão abordadas as questões relativas à influência das prisões cautelares sobre as taxas de encarceramento, tendo em vista que a proposta do presente trabalho volta-se especificamente para a análise da

contribuição das decisões político-criminais relativas à individualização da pena, de forma que o tratamento de questões processuais desbordaria do tema escolhido.

Serão excluídas também as questões relativas ao encarceramento de adolescentes em conflitos com a lei e da execução de medidas de segurança, tendo em vista que a grande complexidade e especificidade desses temas extrapolaria os limites do presente trabalho.

Também se tratará do problema da superpopulação carcerária, visto constituir questão diversa, embora possa estar relacionada, em determinados casos, com a expansão do encarceramento.

Deve-se ter em mente que a redução da população carcerária implica decréscimo da taxa de ocupação e, portanto, contribui para a solução do problema da superpopulação carcerária.

Porém, nem todo quadro de expansão do encarceramento resulta necessariamente em superpopulação carcerária.

Tratando-se, portanto, de fenômenos distintos e não necessariamente correlacionados, entendeu-se por bem excluir a superpopulação carcerária do conjunto de temas abordados.

Optou-se, com isso, por restringir ao máximo o objeto da investigação, preferindo-se o exame mais aprofundado de um número reduzido e bem definido de questões a uma vasta coleção de observações superficiais sobre o tema.

Necessário, ainda, frisar que o trabalho não se propõe a fornecer uma resposta definitiva às questões suscitadas, buscando-se, tão somente, contribuir para a evolução do debate sobre o encarceramento por meio de novas perspectivas e propostas.

1 ENCARCERAMENTO E SISTEMA PENAL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A privação de liberdade vem sendo utilizada como pena desde o século XVIII, figurando, atualmente, na maioria dos ordenamentos jurídicos do ocidente, como a consequência jurídica do delito de maior severidade (excluindo-se, evidentemente, os países que ainda admitem a pena capital) e, portanto, como instrumento punitivo reservado aos casos mais graves, devendo ser aplicado apenas quando falham todas as outras possibilidades de controle estatal.

Não obstante esse ponto de consenso e a adoção dos princípios político-criminais que dele decorrem, constata-se um aumento da população carcerária mundial de vinte por cento, entre 2000 e 2014.¹

Além do aumento dos números absolutos, identifica-se, nesse mesmo período, uma tendência constante de crescimento das taxas de encarceramento²

¹ O período indicado foi selecionado com base na disponibilidade dos índices, esclarecendo-se que, no que se refere aos países omitidos, os dados disponíveis correspondiam a períodos mais curtos, impossibilitando a comparação, ou não foram disponibilizados nem mesmo parcialmente. Dados obtidos em International Center for Prison Studies, disponível em <<http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php>>. Acesso em 11/10/2013.

² A população carcerária é a medida correspondente ao número total de pessoas presas em um determinado dia do ano. A taxa de encarceramento— medida mais comumente utilizada nas comparações entre países—, consiste no número total de pessoas presas em um determinado dia do ano ou média diária de pessoas presas ao longo do ano inteiro, para cada cem mil habitantes. YOUNG, Warren; BROWN, Mark. *Cross National Comparisons of Imprisonment. Crime and Justice*. Chicago, Vol. 17, 1993, p. 1-49; CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*. SAGE Publications, 2014. Edição Kindle. p.4; Segundo CAVADINO e DIGNAM, as comparações baseadas nas taxas de encarceramento vem recebendo críticas, por deixarem de levar em consideração índices que contribuiriam para uma compreensão mais detalhada de cada sistema penitenciário, como por exemplo, a taxa de detenção, tempo médio de

permanência no cárcere, entre outros. Reconhece-se, porém, a validade da medida como referencia inicial para a identificação de tendências no sistemas penais considerados individualmente ou para a comparação entre países, por ser a melhor opção disponível, tendo em vista as desvantagens de outros indicadores. Os autores observaram que os registros oficiais de crimes notificados à polícia não seriam confiáveis, havendo razões para acreditar que a porção de crimes efetivamente registrados varie consideravelmente de região para região. A medida baseada nas condenações, por sua vez, distorceria os resultados por não levar em consideração os casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou casos de suspensão do processo ou da pena. De acordo com os autores, o ideal seria “ao verificar a punitividade de um país, tentar comparar as penas que ele impõe (e as outras decisões penais e processuais que ele toma) em relação a criminosos similares, em estágios similares do processo criminal. Curiosamente, quando isso foi experimentado no momento crucial da fixação da pena de criminosos condenados por crimes similares, a ordem de punitividade dos países tende a apresentar um resultado semelhante à ordem produzida por uma estatística de taxa de encarceramento grosseira.” (tradução nossa). No original em inglês: “Ideally, when we are assessing a country’s relative punitiveness we should try to compare the penalties it inflicts (and the other penal related and procedural decisions it makes) upon similar offenders at similar stages of the criminal end penal processo. Strangely enough, when this has been attempted at the crucial stage of sentencing of offenders convicted of similar offences, the rank ordering of countries punitiveness tend to come out looking very much like the ordering produced by the crude “imprisonment rate” statistic.” CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*. SAGE Publications, 2014. Edição Kindle.p. 5-6. No mesmo sentido WEBSTER e DOOB, que consideram a taxa de encarceramento como a medida capaz de refletir a medida de todos os fatores que influenciam os níveis de encarceramento em determinado país, ou seja, as decisões tomadas pelas autoridades policiais (mudanças nas apreensões de determinados tipos de criminosos), decisões judiciais (decisões de suspensão condicional da pena, índices de condenação e individualização das penas) e execução penal (decisões de livramento condicional). WEBSTER, Cheryl Marie; DOOB, Anthony N. Punitive Trends and Stable Imprisonment Rates in Canada. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics In Comparative*

na grande maioria dos países, embora se possa destacar a redução em um grupo minoritário.

Apesar de majoritário, o conjunto de países com crescimento da taxa de encarceramento, apresenta níveis consideravelmente diversos, podendo-se identificar dois grupos, a saber: um primeiro grupo, menos numeroso, de crescimento mais acentuado, que varia de cento e dois a oitocentos e nove por cento e um segundo grupo, mais numeroso, com um crescimento menos acentuado, que varia da completa estabilidade ao crescimento de noventa e oito por cento, conforme as tabelas abaixo.

Tabela 1 - Países com variação percentual (aumento) da taxa de encarceramento de mais de cem por cento de 2000 a 2014.

País/Taxa de Encarceramento	2000/1	2014	Variação %
St. Kittis e Nevis	300	607	102%
Malta	65	135	108%
Chipre	45	94	109%
Uruguai	135	291	116%
Peru	107	242	126%
Brasil	133	301	126%
Nepal	25	59	136%
Indonesia	26	64	146%

Perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.p. 306. Segundo ZIMRING e HAWKINGS, a taxa de encarceramento proporcionaria a melhor informação no que se refere à relativa importância da prisão numa sociedade. ZIMRING, Franklin, HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 121. De acordo com CHRISTIE, “seria razoável dizer que um país com quinhentos prisioneiros por cem mil habitantes é o que usa medidas de imposição de dor mais que uma sociedade com cinquenta presos por cem mil habitantes.” No original em inglês: “[...]it seems reasonable to say that a country with 500 prisoners per 100,000 inhabitants is one that uses measures of intended pain more than a society with 50 prisoners per 100,000 inhabitants.” CHRISTIE, Nils. *Crime Control as Industry: Towards Gulagas, Western Style*. London: Taylor and Francis, 2000. Edição kindle. p. 13.

País/Taxa de Encarceramento	2000/1	2014	Varição %
Macedonia	59	147	149%
Djibuti	27	68	152%
Costa Rica	193	492	155%
Paraguai	60	158	163%
Islandia	28	80	186%
Turquia	73	220	201%
Venezuela	58	178	207%
Afeganistão	20	74	270%
El Salvador	130	492	278%
Angola	28	106	279%
Seichelles	205	799	290%
Kosovo	11	100	809%

Fonte: WALMSEY, Roy. World Prison Population List eleventh edition. Institute for Criminal Policy Reseach Disponível em <<prisonstudies.org>>. Acesso em 23/04/2018.

Tabela 2 -Países com variação percentual (aumento) da taxa de encarceramento de menos de cem por cento de 2000 a 2014

País/Taxa de Encarceramento	2000/1	2014	Varição %
Japão	48	48	0%
Andorra	72	72	0%
St. Vincent & The Grenadines	375	378	1%
Bulgaria	124	125	1%
Benin	76	77	1%
Jersey (Reino Unido)	150	152	1%
E.U.A	683	698	2%
Finlandia	55	57	4%
Polônia	184	191	4%
Irlanda	77	80	4%
Ghana	51	53	4%
Cuba	487	510	5%
Suiça	80	84	5%
Sri Lanka	87	92	6%
Malawi	69	73	6%
Taiwan	254	272	7%
China	111	119	7%
Zambia	116	125	8%
Guiana Francesa	256	277	8%
Suriname	168	183	9%

País/Taxa de Encarceramento	2000/1	2014	Variação %
Portugal	126	138	10%
Honduras	178	196	10%
Áustria	86	95	10%
França	85	95	12%
Swazilandia	256	289	13%
Mauricio	136	155	14%
Ilhas Virgens (EUA)	475	542	14%
Chile	215	247	15%
Faeroes (Dinamarca)	20	23	15%
Filipinas	102	121	19%
Inglaterra e País de Gales	124	148	19%
Turquemenistão	488	583	19%
Irã	237	287	21%
Bélgica	86	105	22%
Hungria	152	187	23%
Escócia	116	143	23%
Moçambique	49	61	24%
Noruega	57	71	25%
Uganda	92	115	25%
Eslovênia	58	73	26%
Guiana	205	259	26%
India	26	33	27%
Bolívia	95	122	28%
Tailândia	357	461	29%
Espanha	113	147	30%
Brunei Darussalam	101	132	31%
Isle of Man (Reino Unido)	70	92	31%
Jordania	114	150	32%
Groenlândia (Dinamarca)	157	208	32%
Nicaragua	128	171	34%
Chade	29	39	34%
Republica Dominicana	173	233	35%
Guernsy	94	127	35%
Guadalupe	144	195	35%
México	156	212	36%
Irlanda do Norte	64	87	36%
Etiópia	94	128	36%
Granada	291	398	37%
Arábia Saudita	116	161	39%
Panama	280	392	40%
Belize	320	449	40%
Camboja	45	64	42%
Eslováquia	129	184	43%
Georgia	190	274	44%

País/Taxa de Encarceramento	2000/1	2014	Variação %
St. Lucia	241	349	45%
Gambia	40	58	45%
Monaco	51	74	45%
Algeria	111	162	46%
Malasia	116	171	47%
Argentina	105	160	52%
Martinica	156	240	54%
Grécia	70	109	56%
Montenegro	108	174	61%
Israel	158	256	62%
Bosnia & Herzegovina	45	73	62%
Cabo Verde	172	286	66%
Antigua e Barbuda	218	373	71%
Miamar	64	113	77%
Sérvia	82	148	80%
Burkina Faso	18	34	89%
Colombia	128	244	91%
Ecuador	128	244	91%
Albania	99	189	91%
Guatemala	62	121	95%
Ilhas Virgens (Reino Unido)	215	425	98%
Croácia	45	89	98%
Haiti	49	97	98%

Font: WALMSEY, Roy. World Prison Population List eleventh edition. Institute for Criminal Policy Reseach Disponível em <<prisonstudies.org>>. Acesso em 03/04/2018.

Apenas um grupo relativamente reduzido apresenta taxa de encarceramento decrescente no período indicado, como se vê na tabela exposta a seguir:

Tabela 3 - Países com redução da população carcerária

País/Taxa de Encarceramento	2000/1	2014	Variação %
África do Sul	394	292	-26%
República da Coreia	136	101	-26%
Bermuda(Reino Unido)	473	354	-25%
Paquistão	56	43	-23%

País/Taxa de Encarceramento	2000/1	2014	Variação %
Líbano	154	120	-22%
Reunion (França)	144	114	-21%
Holanda	87	69	-21%
Bahamas	470	373	-21%
Azerbaijão	291	236	-19%
Moldova	260	215	-17%
Síria	68	60	-12%
Zimbábue	164	145	-12%
Anguilla (Reino Unido)	342	307	-10%
Egito	84	76	-10%
Porto Rico	384	350	-9%
Quênia	129	118	-9%
Bangladesh	47	43	-9%
Suécia	60	55	-8%
Alemanha	85	78	-8%
Canadá	115	106	-8%
Italia	93	86	-8%
República Tcheca	210	195	-7%
Dinamarca	63	61	-3%
Macau (China)	196	195	-1%

Fonte: WALMSEY, Roy. World Prison Population List eleventh edition. Institute for Criminal Policy Research Disponível em <<prisonstudies.org>>. Acesso em 03/04/2018.

Os números acima reproduzidos indiciam algumas situações que devem ser destacadas. Nota-se que os três grupos são integrados por países de diferentes regiões do mundo, com diferentes dimensões geográficas e características demográficas, origens histórico-culturais, situações econômicas e políticas e sistemas jurídicos.³

³Deve ser levado em conta que alguns dos países mencionados passaram por episódios como guerras civis ou conflitos internacionais, redivisão territorial, ocupação (como, por exemplo, a região dos Balcãs e alguns países da África), em suma, fatos que podem ter ocasionado uma variação drástica nas taxas de encarceramento, de forma que devem ser excluídos de uma análise

A identificação de situações semelhantes em elementos tão diversos é especialmente notável no grupo seletivo dos países onde houve redução da população carcerária, no qual se encontram, por exemplo, Canadá, Alemanha e a República da Coreia.

Por outro lado, países de uma mesma região, que, não raro, encontram-se em situações semelhantes do ponto de vista jurídico, social e econômico, apresentam taxas com enorme variação, devendo-se destacar o caso dos países do chamado Cone Sul.

Tabela 4 – Taxas de Encarceramento no Cone Sul de 2000 a 2014

País/Taxa de Encarceramento	2000/1	2014	Varição%
Chile	215	247	15%
Argentina	105	160	52%
Uruguai	135	291	116%
Brasil	133	301	126%
Paraguai	60	158	163%

Fonte: WALMSEY, Roy. World Prison Population List eleventh edition. Institute for Criminal Policy Research Disponível em <<prisonstudies.org>>. Acesso em 03/04/2018.

O crescimento da população carcerária e taxa de encarceramento no Brasil se insere, portanto, no contexto de uma tendência geral de crescimento, identificada em vários países, podendo-se apontar alguns casos similares ao brasileiro em outras regiões do mundo como Nepal ou Indonésia, por exemplo.

As discrepâncias no padrão de variação percentual das taxas de encarceramento de países considerados muito semelhantes e a identificação de taxas de encarceramento muito próximas em países cujas realidades são

comparada em razão da potencial distorção geradas pela situação de excepcionalidade, podendo-se, inclusive, vislumbrar o tema como objeto de outro estudo. Alguns países (Afeganistão, Burundi, República Central da África, Costa do Marfim, República Democrática do Congo, Haiti, Liberia, Sudão, Timor-Leste) vem sendo objeto de um programa de reconstrução ou instalação inédita de sistema penitenciário, implementado pelas Nações Unidas, fato que poderia explicar um súbito crescimento da população prisional. Sobre o tema ver UNITED NATIONS, Department of Peacekeeping Operations. Sustainable Peace through Justice and Security. Volume 2. October 2010. Disponível em <<https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/corrections2010.pdf>>. Acesso em 03/04/2018.

inteiramente diferentes, como revelado nessa abordagem, indicia a necessidade de uma investigação do fenômeno.

Por outro lado, o fato de que se identificam tendências compartilhadas por tantos países pode ser considerado uma evidência de que seria possível identificar fatores determinantes que se reproduziriam em diferentes países com os mesmos resultados, cuja investigação permitiria a elaboração de um modelo teórico destinado a explicar a dinâmica das taxas de encarceramento.

Partindo desse pressuposto, o tema vem sendo tratado em inúmeros trabalhos de pesquisa, empírica ou teórica, com metodologias e perspectivas diversas, tanto em relação a determinados países isoladamente, como na perspectiva comparada.

As investigações atuais vem sendo desenvolvidas a partir dos modelos teóricos elaborados desde o início do século XX, especialmente nos trabalhos produzidos nas décadas de 1960 a 1980.

Assim, as discussões mais recentes, embora proponham novos questionamentos e hipóteses, buscam, na sua maioria, o refinamento ou invalidação de hipóteses anteriormente testadas, ou o desenvolvimento de hipóteses alternativas, identificando-se uma conexão entre os trabalhos atuais e os antecessores.

Evidentemente, a revisão bibliográfica apresentada em seguida não deve abranger toda a vastidão da literatura disponível, limitando-se a abordar os textos cujos temas estão relacionados com a questão central do trabalho.

Além disso, a revisão será organizada, não exclusivamente pela ordem cronológica, mas conforme os assuntos tratados, de forma a se proporcionar uma visão de conjunto, enfatizando-se os pontos comuns e os avanços alcançados pelos textos mais recentes.

O tratamento da literatura mais atual e dos textos antecedentes será, portanto, elaborado de modo que seja possível estabelecer alguns pressupostos básicos a partir dos quais deverá ser desenvolvida a investigação das origens do crescimento da taxa de encarceramento brasileira.

Os textos apresentados concentram-se majoritariamente nos casos europeus e dos Estados Unidos, ressaltando-se algumas pesquisas abordando Austrália, Canadá e Japão, tendo em vista que a maior parte da literatura foi desenvolvida

com foco nesses casos específicos, tendo-se direcionado especialmente para o caso dos Estados Unidos, em razão das dimensões do fenômeno naquele país.

1.1 Taxas de encarceramento e índices de criminalidade

As taxas de encarceramento e os índices de criminalidade ⁴ são frequentemente associados como variáveis de uma relação de causalidade simples e automática.⁵

⁴ A criminalidade não seria, como bem observou CASTRO, “(...)uma realidade que existe na natureza, mas uma construção social que depende dos “juízos adscritivos” que produzem a qualidade de criminoso na pessoa a quem se aplicam; uma construção social que está em constante criação e que provém, não das regras do Direito Penal, mas das regras que condicionam a atividade de definição das instancias de controle.” CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p . 110. Assim, NILO BATISTA propôs, a substituição do objeto de reflexão, apontando que “a criminalidade – entendida como o somatório das condutas infracionais que se manifestam na realidade social – é sempre incognoscível, do qual não temos como nos aproximar segundo critérios metodologicamente confiáveis.” Nessa perspectiva, poderíamos optar, como sugeriu o autor, pela adoção do termo criminalidade registrada, para designar os indicadores das estatísticas policiais e judiciárias, ou, de forma mais acertada, criminalização, “porque a seletividade operativa do sistema penal, modelando qualitativa e quantitativamente o resultado final da criminalização secundária – isto é, quem e quanto ingressarão nos registros - , faz dele um procedimento configurador da realidade social.” BATISTA, Nilo. *Criminalidad Económico-Financeira Intervenção no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado*. Disponível em <<<file:///C:/Users/tavar/Downloads/59-199-1-PB.PDF>>>. Acesso em 16 de dezembro 2018. A criminalização, por sua vez, desenvolver-se-ia em duas etapas, quais sejam: criminalização primária e secundária. Na criminalização primária, sanciona-se, como explicou NILO BATISTA, uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, enquanto que a criminalização secundária, tem-se a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Sobre o tema ver BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, RAúl Eugênio, ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.42-43. Neste

Todavia, estudos mais aprofundados vem demonstrando que as taxas de encarceramento e suas flutuações decorrem de uma interação complexa de vários fatores e mecanismos.

O tema vem sendo tratado sob duas perspectivas, abordando-se a influencia dos índices de criminalidade sobre as taxas de encarceramento, isto é, a criminalidade como fator determinante de variações da população carcerária, bem como os efeitos do encarceramento sobre os índices de criminalidade, debatendo-se intensamente a respeito dos modelos interpretativos utilizados nos estudos e da disparidade dos resultados obtidos.

1.1.1 Influência dos índices de criminalidade sobre as taxas de encarceramento

Os estudos quantitativos que buscaram identificar a relação entre índices de criminalidade e taxas de encarceramento apresentaram resultados contraditórios entre si.

Inicialmente, um estudo realizado por NAGEL, analisando dados dos estados norteamericanos nos anos de 1974 e 1975, não encontrou qualquer correlação entre índices de criminalidade e encarceramento, de acordo com os resultados sintetizados na tabela abaixo:

Tabela 5 – Variações na População Carcerária e Criminalidade nos Estados norteamericanos nos anos de 1974 e 1975

Estado	% Aumento Pop.	% Aumento
	Carcerária	Criminalidade
Carolina do Sul	+184	+112
Nevada	+136	+146
Florida	+190	+227
Oklahoma	+19	+94
Colorado	-6	+147

trabalho será adotado o termo criminalidade, buscando-se harmonizar o texto com a literatura pesquisada no qual a expressão aparece frequentemente, como será apontado ao longo do trabalho.

⁵SNACKEN, Sonja; BEYENS, Kristel. Sentencing and Prison Overcrowding. *European Journal on Criminal Policy and Research*, Joint Research Centre on International Crime: Milano, Vol. 2, Issue 1, p. 84–99, March 1994.

Estado	% Aumento Pop. Carcerária	% Aumento Criminalidade
Texas	+105	+106
Washington	+19	+169
Georgia	+71	+210
New Jersey	+35	+322
Winsconsin	+20	+212
Maryland	+44	+180
Oregon	+34	+222
California	+44	+153

Fonte: NAGEL, William G. On Behalf of Prison Construction. *Crime and Delinquency*, Thousand Oaks, 23:154-172, April 1977.

Alguns exemplos destacados pelo autor evidenciaram a ausência de influência entre as variáveis utilizadas: o Arizona apresentou taxas de encarceramento moderadas e índices de criminalidade elevados; o Havaí, por sua vez, apresentou índices de criminalidade elevados e taxas de encarceramento baixas; no Alabama, ambos os índices são reduzidos, enquanto que em Nevada, ambos são elevados.⁶

Refinando o estudo de NAGEL, BILES procurou testar a hipótese de forma mais abrangente, na perspectiva comparada. A pesquisa foi ampliada para incluir Austrália e Canadá e os resultados apresentaram uma correlação positiva entre os índices de criminalidade e as taxas de encarceramento.⁷

Entretanto, o autor advertiu que a correlação positiva apontada não implicaria uma relação de causa e efeito, podendo-se extrair da análise dos dados duas conclusões distintas, quais sejam: as taxas de encarceramento constituiriam fruto da reação do sistema penal aos índices de criminalidade; o encarceramento seria criminogênico, ou seja, os índices de criminalidade seriam impulsionados pelas taxas de encarceramento.

De qualquer forma, a pesquisa invalidaria a tese segundo a qual um aumento nos índices de encarceramento reduziria os índices de criminalidade.

⁶ NAGEL, William G. On Behalf of a Moratorium on Prison Construction. *Crime and Delinquency*. Thousand Oaks, Vol. 23, p. 154-172, April 1977.

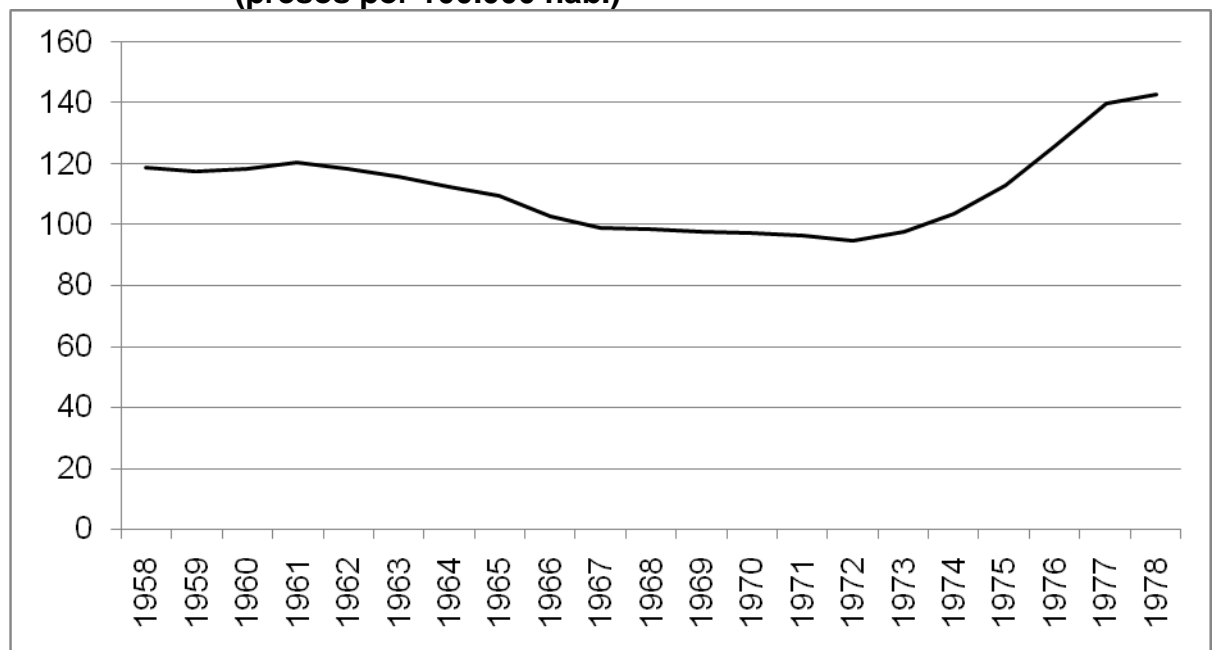
⁷ BILES, David. Crime and the Use of Prisons. *Federal Probation*, Vol. 43, Issue 2, p. 39-43, 1979.

A análise de BOWKER, por sua vez, abordou o tema na perspectiva da evolução temporal do uso do encarceramento nos Estados Unidos.⁸

Analisando todo o período entre 1941 e 1978, o autor encontrou uma correlação débil entre os índices de criminalidade e as taxas de encarceramento, vez que os primeiros aumentaram continuamente durante todo o período, enquanto as últimas alternaram fases de aumento e redução.

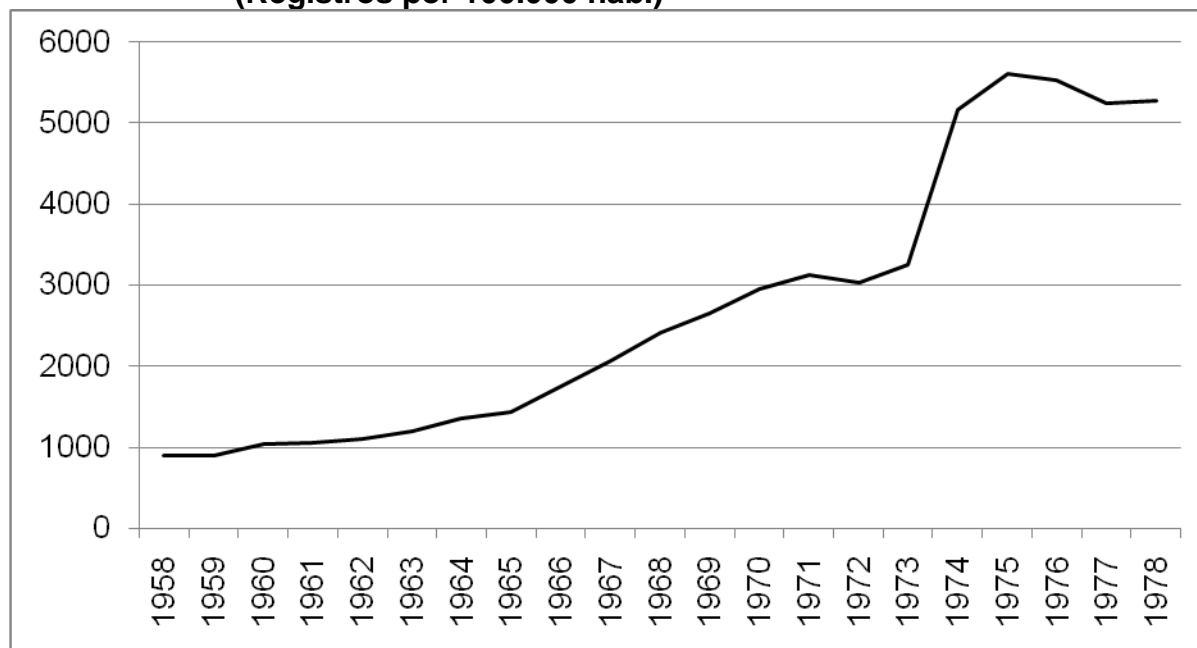
BOWKER refinou ainda mais a pesquisa, ao testar a relação entre índices de criminalidade e taxas de encarceramento com uma defasagem de um, dois e três anos, no período entre 1958 e 1978, encontrando relações positivas não significantes, divergindo da pesquisa de BILES.

Gráfico 1- Taxas de Encarceramento nos Estados Unidos de 1958 a 1978 (presos por 100.000 hab.)



⁸ BOWKER, Lee H. Crime and the Use of prisons in the United States: A Time Series Analysis. *Crime & Delinquency*. Thousand Oaks, Vol.27(2), p.206-212, April 1981.

Gráfico 2 - Taxas de Criminalidade nos Estados Unidos de 1958 a 1978 (Registros por 100.000 hab.)



Fonte: BOWKER, Lee H. Crime and the Use of prisons in the United States: A Time Series Analysis. Thousand Oaks *Crime & Delinquency*, 27(2): 206-212, April 1981.

No que se refere à correlação entre taxas de encarceramento e índices de criminalidade com defasagem de um, dois ou três anos, o autor encontrou uma correlação negativa significativa, contradizendo o estudo de NAGELS.

Porém, os resultados foram diversos no que se refere ao período entre 1941 e 1957. Nesse período, diversamente do período anterior, foi identificada uma correlação negativa significativa entre os índices de criminalidade e taxas de encarceramento com defasagem de um, dois ou três anos. Foi apontada, uma correlação positiva entre as taxas de encarceramento e os índices de criminalidade, aplicando-se a mesma defasagem.

Em abordagem mais ampla, YOUNG e BROWN, analisaram dados relativos ao período de 1968 a 1987, da Inglaterra e País de Gales, Escócia, França, Alemanha Ocidental, Suécia, Países Baixos, Nova Zelândia, sendo certo que nenhuma correlação significativa foi encontrada entre índices de criminalidade e taxas de encarceramento.⁹

⁹ YOUNG, Warren; BROWN, Mark. Cross-national Comparisons of Imprisonment. *Crime and Justice*, Vol. 17 -1, p. 1-49, 1993. Ver também sobre o tema LYNCH James P. Comparison of Prison Use in England, Canada, West Germany, and the

Mais recentemente, o estudo de ZIMRING e HAWKINS baseou-se na análise das taxas de encarceramento e índices de criminalidade nas décadas de 1950 e seguintes até 1988, nos Estados Unidos. O estudo demonstrou ausência de correlação entre as variáveis, até mesmo no caso dos crimes violentos.¹⁰

Diversamente, LYNCH e PRIDEMORE concluíram, por meio da comparação entre diversos países com os Estados Unidos, que os elevados índices de criminalidade violenta e o grande volume de crimes de drogas, seriam fatores determinantes para o aumento das taxas de encarceramento norteamericanas, no período entre 1999 e 2008.

Nessa perspectiva, outros países desenvolvidos, como por exemplo e Inglaterra, apresentariam taxas de encarceramentos semelhantes às dos Estados Unidos, caso apresentassem os mesmos níveis de criminalidade violenta e relacionada a drogas.¹¹

Entretanto, CAVADINO e DIGNAN observaram que os índices de criminalidade vem declinando desde a década de 1980 nos EUA e desde meados da década de 1990 na Inglaterra, sem que se tenha revertido, nesses países, a tendência de aumento das taxas de encarceramento, que seguiram ascendendo nos períodos indicados.¹²

United States: A Limited Test of the Punitive Hypothesis. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 79, Issue 1, p.108-217, Spring 1998.

¹⁰ZIMRING, Franklin, HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 121-124.

¹¹LYNCH, James P. ; PRIDEMORE, William Alex. Crime in International Perspective. in WILSON, James Q; PETERSILIA, Joan. *Crime and Public Policy*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 5-35. Sobre o tema ver FROST, Natasha. The Mismeasure of Punishment: Alternative measure of punitiveness and their (substantial consequences). *Punishment and Society*. Los Angeles: Sage Publications, Vol. 10, Issue 3. p. 277-300, July 2008.

¹²CAVADINO, Mick; DIGNAN, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*. SAGE Publications, 2014. Edição Kindle. p.45; SNACKEN, Sonja Penal Policy and Practice in Belgium In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics*

A comparação entre os Estados Unidos e o Canadá também corroboraria, segundo DOWNES, a inexistência de correlação entre índices de criminalidade e taxas de encarceramento. As taxas de homicídios Canadenses e norteamericanas teriam evoluído simetricamente durante quase meio século, ascendendo do final da década de 1960 até meados da década de 1990, embora em escalas distintas, sem que se tenha verificado, no caso do Canadá, o encarceramento em larga escala, como ocorreu nos EUA.¹³

Também a Finlândia apresenta dados que confirmariam a ausência de correlação, constatando-se que nas décadas de 1960 até 1980, reduziu-se significativamente a população carcerária, apesar do aumento nos índices de criminalidade patrimonial no mesmo período.¹⁴

Além disso, os índices de criminalidade finlandeses apresentariam evolução simétrica aos demais países nórdicos (Dinamarca, Noruega, Suécia), entre 1950 e

in Comparative Perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 176.

¹³ DOWNES, David. Visions of Penal Control in the Netherlands. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 109; Sobre o tema, ver WEBSTER, Cheryl Marie; Doob, Anthony N. Doob. Punitive Trends and Stable Imprisonment Rates in Canada. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 303.

¹⁴ TÖRNUDD, Patrik. *Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland*. National Research Institute of Legal Policy: Helsinky, 1991. p. 8; LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Penal Policy in Scandinavia. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 238-239.

1998, ao passo que as respectivas taxas de encarceramento divergiriam de forma considerável no mesmo período.¹⁵

No âmbito da economia política da pena, diversos estudos empíricos corroboraram a tese da ausência de correlação entre índices de criminalidade e taxas de encarceramento, na medida em que os índices de criminalidade foram utilizados como variável de controle na investigação da influência de fatores sociais sobre as taxas de encarceramento.¹⁶

Embora as divergências entre os diversos estudos possam ser atribuídas, de acordo com YOUNG e BROWN, a problemas de metodologia (especialmente o uso de índices agregados de criminalidade sem discriminação dos crimes em espécie), as contradições apontadas demonstram que apenas pequena parcela das variações nas taxas de encarceramento pode ser atribuída às variações nos índices de criminalidade, inexistindo evidência de qualquer relação de causalidade entre esses dois fatores.¹⁷

Como observa NAGIN, ao analisar a relação entre índices criminais e taxas de encarceramento, deve-se estabelecer como premissa que taxas de encarceramento não são variáveis por si próprias, mas produtos de outros fatores, como a probabilidade de apreensão de criminosos e do grau de severidade das

¹⁵ LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Penal Policy in Scandinavia. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 240.

¹⁶ DE GIORGI, Alessandro. *Re-Thinking the Political Economy of Punishment*. Hampshire: Ashgate, 2006. p. 19. Sobre o tema ver GREENBERG, F. David. The Dynamics of Oscillatory Punishment. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Volume 68, Issue 4, p. 643-651, December 1977; JANKOVIC, Ivan. Labor Market and Imprisonment. *Social Justice/Global Options, Crime and Social Justice*, no. 8, p. 17-31, fall-winter 1966; WALLACE, Don. The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. *Critical Sociology*, Los Angeles: Sage, Vol. 10-11, Issue 4-1, p. 59 – 65, 1981.

¹⁷ VANNESTE, Charlotte. *Les Chiffres des Prisons: Des Logiques économiques à leur traduction pénale*. Paris, L'Harmattan, 2001. p. 16-18.

sanções, ou seja, o resultado de políticas criminais que determinam “quem vai para a prisão e por quanto tempo.”¹⁸

Assim, predomina na literatura a ideia de inexistência de uma correlação simples e direta entre os índices criminais e as taxas de encarceramento, tendo-se constituído um relativo consenso no sentido de que o atual estado do debate não autoriza uma afirmação conclusiva da relação causal entre essas variáveis.¹⁹

1.1.2 Taxas de encarceramento sobre o índices de Criminalidade

Também há forte divergência no que se refere à influência das taxas de encarceramento sobre os índices de criminalidade.

¹⁸ NAGIN, Daniel. *Deterrence in the Twenty-first Century: a Review*. Carnegie Mellon University Research Showcase, p. 27-29, 2013

¹⁹ SNACKEN, Sonja; BEYENS, Kristel. Sentencing and Prison Overcrowding. *European Journal on Criminal Policy and Research March*. *European Journal on Criminal Policy and Research*, Joint Research Centre on International Crime: Milano, Volume 2, Issue 1, p. 84–99, 1994. RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heineman, 1984; CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*. SAGE Publications, 2014. Kindle edition. p.45; DOWNES, David. Visions of Penal Control in the Netherlands. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 109; LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Penal Policy in Scandinavia. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 240; TÖRNUDD, Patrik. *Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland*. National Research Institute of Legal Policy: Helsinki, 1991. p. 8; ZIMRING, Franklin, HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 121-124

Costuma-se presumir que o principal benefício de taxas de encarceramento elevadas consistiria nos efeitos de neutralização e prevenção geral negativa, os quais produziriam níveis menores de criminalidade.²⁰

A literatura aponta diversos estudos que buscaram investigar a elasticidade da criminalidade em relação ao encarceramento, todos resultando na demonstração de uma correlação negativa entre taxas de encarceramento e índices criminais.²¹

Entretanto, além de uma considerável discrepância entre os valores das correlações encontrados em cada um desses estudos, tem-se observado, segundo NAGIN, que a existência de correlações negativas não implica, na perspectiva estatística, a existência de uma relação de causa e efeito entre variações nas taxas de encarceramento e níveis de criminalidade.²²

Nesse sentido, o estudo de LANGAN procurou associar a redução dos índices de criminalidade nos Estados Unidos, durante o período entre 1981 a 1999, em relação aos crimes de invasão de domicílio, subtração de veículos automotores, roubo e lesões graves, com o aumento da taxa de encarceramento no mesmo período.

Após analisar os dados relativos ao período abordado, o autor concluiu que haveria uma correlação negativa entre o aumento do risco de encarceramento pela prática daqueles crimes e a redução dos índices de prática dos referidos crimes.

Não obstante a correlação demonstrada, o próprio autor descarta expressamente a possibilidade de se estabelecer uma relação causal entre encarceramento e índices de criminalidade, na medida em que as variáveis

²⁰ JOHNSON, Rucker; RAPHAEL, Steven. How Much Crime Reduction Does the Marginal Prisoner Buy? *Journal of Law and Economics*, Vol. 55, No. 2, p. 275-310, May 2012.

²¹ Para uma cuidadosa revisão desses estudos ver DONOHUE, John J. Assessing the Relative Benefits of Incarceration: The Overall Change over the Previous Decades and the Benefits on the Margin. In RAPHAEL, Steven e STOLL, Michael. *Do Prisons Make us Safer. The Benefits and Costs of Prison Boom*. New York: Russel Sage Foundation, 2009. p. 2-86.

²² NAGIN, Daniel. *Deterrence in the Twenty-first Century: a Review*. Carnegie Mellon University Research Showcase, 2013. p. 29.

utilizadas seriam influenciadas também por fatores externos que não foram incluídos no modelo.²³

Observa-se, também, que os modelos adotados pelos pesquisadores teriam excluído fatores independentes dos índices de criminalidade que poderiam ter influenciado igualmente ambas as variáveis.

Seria possível, por exemplo, que mudanças demográficas não incluídas no modelo tenham influenciado, nos períodos estudados, tanto os índices de criminalidade como as taxas de encarceramento, gerando uma variação convergente que sugere uma correlação significativa.²⁴

Além disso, os estudos deixam de levar em consideração o fato de que índices de criminalidade e taxas de encarceramento e índices de criminalidade influenciam-se reciprocamente, além dos possíveis efeitos criminogênicos do cárcere.²⁵

Aponta-se, ainda, uma falha, em alguns desses estudos, no que diz respeito à falta de distinção entre os efeitos de neutralização ou incapacitação e prevenção geral negativa.²⁶

Segundo JOHNSON e RAPHAEL,

esses estudos de incapacitação proporcionam somente uma estimativa parcial do efeito do encarceramento nos índices criminais, já que eles não

²³ LANGAN, Patrick A. Crime and Punishment in the United States: 1981-1999. *Crime and Justice*, Vol. 33, Crime and Punishment in Western Countries 1980-1999, p. 123-159, 2005.

²⁴ NAGIN, Daniel. Deterrence in the Twenty-first Century: a Review. *Carnegie Mellon University Research Showcase*, p. 27- 29, 2013; JOHNSON, Rucker; RAPHAEL, Steven. How Much Crime Reduction Does the Marginal Prisoner Buy? *Journal of Law and Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, Vol. 55, No. 2, p. 275-310, May 2012.

²⁵ NAGIN, Daniel. Op. Cit., nota 23. RAPHAEL, Steven. Op. Cit., nota 23.

²⁶ DURLAUF, Steven N.; NAGIN, Daniel S. Nagin. Imprisonment and Crime: Can both be reduced? *Criminology & Public Policy*. Columbus: American Society of Criminology, Volume 100, Issue 1., jan. 2011.

têm condições de detectar se criminosos em potencial são dissuadidos pela ameaça do encarceramento.²⁷

Em suma, as pesquisas não teriam determinado, com razoável grau de exatidão, o nível de associação entre taxas encarceramento e índices de criminalidade, ou seja, não é possível, no atual estado do debate, responder se e em que medida o encarceramento contribuiria para reduzir a criminalidade.

1.2 Encarceramento e fatores determinantes: proposta metodológica

A ruptura com o modelo de interpretação das taxas de encarceramento baseado na associação entre índices de criminalidade e população carcerária, no início do Século XX, desencadeou o surgimento de vasta produção voltada para a investigação dos fatores determinantes das flutuações das populações carcerárias.

O tema vem sendo abordado em diferentes perspectivas, a partir de diversos marcos teóricos e pesquisas empíricas, apontando-se uma vasta gama de elementos como fatores determinantes do fenômeno.

Algumas abordagens vem adotando concepções macrossociológicas, associadas às tradições materialistas históricas ou funcionalistas, que caracterizam o encarceramento como fenômeno social, buscando-se apontar a correlação entre o crescimento das taxas de encarceramento e fenômenos sociais não relacionados ao sistema penal.

Em outra linha de investigação, alguns estudos vem buscando interpretar o crescimento da taxa de encarceramento, na perspectiva política ou ideológica, tomando como objeto a relação entre o encarceramento e as políticas estatais e instituições democráticas.

Numa concepção mais ampla, porém, o crescimento das taxas de encarceramento resultaria da interação complexa entre múltiplos fatores, que variam conforme as características locais de cada configuração social, sendo inviável a indicação de uma única causa ou origem para o fenômeno.²⁸

²⁷ RAPHAEL, Steven, Loc. Cit.

²⁸ Nesse sentido, PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abjecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p.158.

Partindo desse pressuposto, a investigação tem se afastado da perspectiva ortodoxa de caráter marcadamente materialista, optando-se por adotar uma abordagem pluralista radical, baseada na interação uma multiplicidade de fatores atuantes sobre o fenômeno.

A nova tendência implicaria, segundo CAVADINO et al., um rompimento com a concepção positivista, focada em causas mecânicas e efeitos e baseada na completa exclusão da experiência, percepção, reflexão e ação humana como fatores determinantes do encarceramento.

Seria necessário, segundo esses autores, além de uma perspectiva mais ampla que acrescenta a dimensão ideológica, partir para uma análise no contexto da teoria radical pluralista, na qual o fenômeno seja considerado como o resultado da combinação entre fatores ideológicos e materiais.²⁹

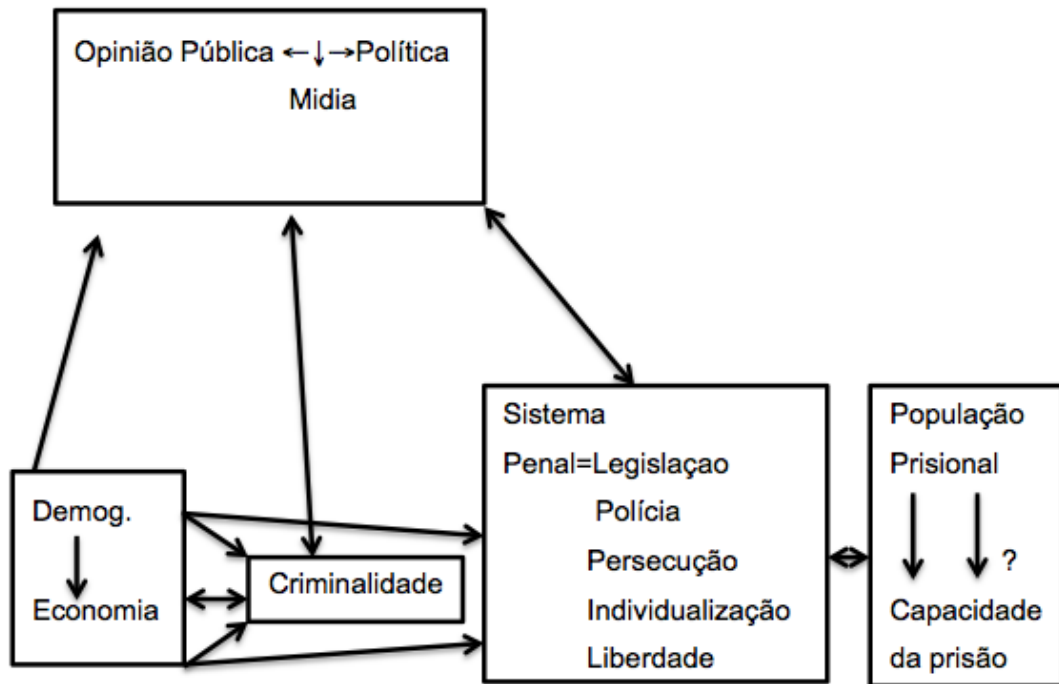
Nessa perspectiva, SNACKEN propõe uma classificação dos fatores que contribuiriam para um aumento da população carcerária em três tipos, a saber: a) fatores externos, isto é, aqueles que não têm relação com o sistema penal como, por exemplo, demografia e economia; b) fatores internos ou inerentes, ou seja, aqueles que dizem respeito às decisões e atitudes adotadas no âmbito do sistema penal em relação à criminalidade; c) fatores intermediários, que consistem em reações políticas, públicas e midiáticas aos dois primeiros fatores.³⁰

A abordagem proposta foi ilustrada pela autora com o gráfico abaixo reproduzido:

²⁹ Sobre o tema ver: CAVADINO, Michael; DIGNAN, James, MAIR, George. *The Penal System: An Introduction*. London: Sage Publications, 2013. Edição Kindle. p. 29.

³⁰ SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p. 172.

Ilustração 1- Fluxograma dos fatores determinantes para o encarceramento



Fonte: SNACKEN, Sonja; TUBEX, Hilde. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. European Journal on Criminal Policy and Research*, Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3 Issue 1, p. 18-53, 1995. (tradução nossa)

1.2.1 Fatores externos ao sistema penal: uma visão panorâmica

Na que se refere aos fatores externos ao sistema penal, as evoluções demográficas (como alterações na estrutura etária da sociedade e movimentos migratórios, composição étnica, entre outros) são frequentemente associadas a estatísticas criminais, tanto no que tange aos índices de criminalidade, quanto aos de aprisionamento.

Nesse sentido, vários estudos demonstram a existência de uma relação entre idade e criminalidade, tendo-se testado também a hipótese segundo a qual a estrutura de idade influenciaria as populações prisionais.³¹

³¹ O fator demográfico foi mencionado por BLUMSTEIN ao fazer referência à mudança de composição da estrutura etária dos Estados Unidos pela geração do “baby boom”, a qual teria provocado um aumento da população com idade na qual a prisão é mais provável, após a década de 1970. Sobre o tema ver BLUMSTEIN, Alfred. *Prison Populations: a System out of Control? Crime and*

Segundo SNACKEN, todos os países ocidentais que apresentam crescimento da população carcerária desde 1980, são caracterizados por uma evolução demográfica similar desde a Segunda Grande Guerra, sendo certo que o “baby boom” que se seguiu ao conflito pode ter afetado os índices de criminalidade após 20 anos e os índices de encarceramento alguns anos depois.³²

Entretanto, o vínculo entre estrutura etária e população prisional nem sempre é corroborado, podendo-se apontar como exemplo divergente o caso da Holanda, onde o número de suspeitos nos anos 1980 teria aumentado muito mais rápido do que se esperava com base na evolução demográfica.

A análise de diversas pesquisas e estudo empíricos sobre o tema permitiria concluir, de acordo com SNACKEN, que o vínculo entre demografia e população prisional pode ser mais fortalecido ou fragilizado de acordo com as decisões tomadas no âmbito do sistema de justiça criminal.³³

No que tange aos movimentos migratórios, trata-se de parâmetro extremamente controverso, na medida em que envolve assuntos relativos a minorias étnicas e imigrantes ilegais.

Os procedimentos de aferição não são padronizados e mesmo os dados registrados variam de país para país, de acordo com fatores culturais e históricos, ficando inviabilizada a comparação de estatísticas.

Nos Estados Unidos, por exemplo, os registros distinguem afroamericanos, latinoamericanos e brancos caucasianos. Já na Europa continental essa forma de coleta de dados tem implicações políticas adversas em razão do contexto pós-

Justice. Chicago: The University of Chicago Press. Vol. 10, p. 231-266, 1988. BLUMSTEIN, Alfred. Planning for Future Prison Needs., *University of Illinois Law Review*, Vol. 1984, Issue 2, p. 207-230, 1984. DARRELL J. Steffensmeier, et al. Age and the Distribution of Crime. *American Journal of Sociology*, Vol. 94, no. 4, p. 803-831, Jan. 1989.

³² SNACKEN, Sonja; TUBEX, Hilde. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. *European Journal on Criminal Policy and Research*, Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3 Issue 1, p. 18-53, 1995.

³³ *Ibid.*

holocausto e dos movimentos racistas recentes, o que inviabiliza pesquisas quantitativas e comparações.³⁴

Quanto às condições econômicas, tradicionalmente vinculadas, nas teorias criminológicas clássicas, à criminalidade, passaram também, a partir da década de 1970, a ser consideradas fator externo com influência na flutuação das populações prisionais, independentemente das variações nos índices de criminalidade.

Embora as pesquisas empíricas tenham resultados contraditórios, demonstrou-se um vínculo entre desemprego e criminalidade,³⁵ especialmente crimes contra a propriedade, sendo que os estudos constataram um vínculo ainda

³⁴BRODEUR, Jean-Paul. Comparative Penology in Perspective. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p.50.

³⁵ A relação entre desemprego e encarceramento foi refutada na década de 1980, por exemplo, por Rutherford, o qual baseando-se em dados coletados na Inglaterra na década de 1930, e no Japão e Países Baixos, no período entre 1950 e 1975, quando houve desemprego em níveis ascendentes e a população prisional reduziu-se drasticamente, para afastar qualquer relação entre desemprego e índices de encarceramento. O autor classificou o desemprego como uma explicação determinista, assim como a suposta relação entre populações prisionais e disponibilidade de leitos psiquiátricos e o processo autorregulatório identificado por BLUMSTEIN (BLUMSTEIN, Alfred and COHEN, Jacqueline. A Theory of The Stability of Punishment. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Northwestern University School of Law. Vol. 64, n. 2, 1973.), derivada das teorias de desvio e consciência coletiva de DURKHEIM (DURKHEIM, Emile. *Dois Leis de Evolução Penal*. São Paulo: Primeiros Estudos, n. 6, p. 123-148, 2014. Publicado originalmente em 1901) (Deux lois de l'évolution penal. *Année Sociologique* (1899-1900), Vol. IV. p. 65-95. Sobre o tema ver RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heineman, 1984. p. 45-46.

mais consistente, não entre o desemprego propriamente dito, mas entre desigualdade de renda e o aumento da criminalidade.³⁶.

Como observou, SNACKEN, mesmo que a influência da presença de minorias étnicas e do desemprego sobre as populações prisionais não tenha sido cabalmente demonstrada, pesquisas empíricas evidenciariam a influência de dados étnicos³⁷ e econômicos³⁸ individualmente considerados sobre decisões da justiça criminal nos casos concretos.

³⁶ SNACKEN, Sonja; et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995.

³⁷ Assim, SMITH apontou evidências da parcialidade da atuação da polícia em relação aos negros no Reino Unido, observando, porém, que o preconceito nas práticas policiais não explicaria o fato de que o número de negros presos supere em muito o número de asiáticos. SMITH, David. Ethnic Origins, Crime, and Criminal Justice in England and Wales. *Crime and Justice* 21, Chicago, p. 101-182, 1997. De forma semelhante, TONRY apontou a inexistência de evidência definitiva de influência de fatores étnicos nas decisões produzidas nos vários níveis do sistema penal, ressaltando-se os delitos de drogas. Segundo o autor, de acordo com numerosos estudos empíricos, as taxas de encarceramento de negros são mais altas que a dos brancos nos EUA porque os índices de crimes punidos com penas de prisão cometidos por negros é superior aos índices de crimes punidos com penas de prisão praticados por brancos, de forma que a questão estaria claramente associada à política criminal de drogas. TONRY, Michael. *Malign Neglect: Race, Crime, and Punishment in America*. p.999. New York: Oxford University Press, 1995. Edição Kindle. p. 999. A relação entre minorias étnicas e encarceramento também foi abordada por BOX et al. BOX, Steven Chris Hale. Economic Crisis and the Rising Prisoner Population in England and Wales. *Crime and Social Justice*, N. 17, Meeting the Challenge of the 1980s. p. 20-35, Summer 1982.

³⁸ BOX et al. demonstraram a correlação entre a frequência e o grau de severidade da pena de prisão com o nível de desemprego. BOX, Steven Chris Hale. Economic Crisis and the Rising Prisoner Population in England and Wales. *Crime*

Partindo desse pressuposto, concluiu a autora que evoluções demográficas e econômicas poderiam influenciar as flutuações das populações carcerárias, seja diretamente, ao condicionar a tomada de decisões no âmbito da justiça criminal, seja indiretamente ao influenciar os índices de criminalidade.³⁹

1.2.2 Fatores internos: uma breve introdução

O sistema de justiça criminal seria composto, segundo SNACKEN, de diferentes atores e níveis, que atuam cada qual em sua área de abrangência, e também influenciam uns aos outros, de forma que as decisões tomadas num determinado nível superior repercutem nos níveis inferiores, sendo o inverso igualmente verdadeiro.⁴⁰

O sistema prisional seria o último nível dessa escala e, por isso, todo seu funcionamento ficaria condicionado às decisões tomadas nos níveis superiores do sistema.

Nessa perspectiva, o sistema de justiça criminal constituiria o principal fator determinante das variações nas populações prisionais.

and Social Justice, N. 17, Meeting the Challenge of the 1980s. p. 20-35, Summer 1982

³⁹ SNACKEN, Sonja; et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? Leiden: Brill Online Books and Journals. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Vol. 3, Issue 1, 1995. p. 18-53; Posição semelhante é sustentada por TONRY. Para esse autor, mudanças sociais e econômicas constituem 'não fatores', ou seja, condições de fundo, parte do problema, mas não a parte mais importante do problema, já que não há como se estabelecer uma relação de causa e efeito ou explicação entre eles e as populações carcerárias. TONRY, Michael. Determinants of Penal Policies. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p.16-17.

⁴⁰ SNACKEN, Sonja; et al. Op. cit., nota 38. SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p. 173.

No nível legislativo, as decisões determinariam quais comportamentos deve ser considerados criminosos e delimitam a imposição de pena, por meios das normas que regulam a individualização, além de estabelecerem regras relativas à custódia cautelar, livramento condicional, suspensão condicional da pena, entre outros institutos.

Com base nessas decisões legislativas, autoridades policiais, promotores e magistrados atuam nos níveis da persecução penal e judicial, tomando decisões que implicam a seleção e filtragem de condutas.

No nível da prolação de sentenças, magistrados decidem pela imposição de pena privativa de liberdade e determinam a duração da reprimenda, influenciando diretamente a população prisional.

Por fim, no nível da execução de sentenças, observa-se importante influência de decisões a respeito de livramento condicional, progressão de regime, anistias, indultos, autorizações de saída, entre outras medidas.

A relação entre fatores internos ou inerentes ao sistema penal e encarceramento foram sintetizados por BLUMSTEIN de forma particularmente esclarecedora no seguinte trecho:

Crescimento do encarceramento é tipicamente a consequência no crescimento em uma ou mais das seqüências de estágios que conduzem ao aumento da população prisional. Aqueles estágios começam com o cometimento do crime, o que pode ser seguido de uma detenção, condenação, e tempo de execução de pena, incluindo tempo de execução pela violação das condições de livramento condicional. Mudanças em qualquer desses estágios podem contribuir para o crescimento da população prisional.⁴¹ (tradução nossa)

⁴¹No original em inglês: "Growth in incarceration is typically a consequence of growth in one or more of the sequence of stages leading to an increased prison population. Those stages begin with commission of crime, which can then be followed by arrest, conviction, commitment, and time served in prison, including time served as a result of a parole violation, Changes in any or all of these stages can contribute to growth in the prison population." BLUMSTEIN, Alfred; BECK, Allen J Beck. *Population Growth in U. S. Prisons, 1980s-1996*. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan *Prisons* (Ed). Chicago: The University of Chicago Press, 1999. Nesse sentido, mas divergindo parcialmente, BRODEUR apontou a predominância da influência dos fatores inerentes ao sistema penal sobre as taxas de encarceramento, as quais seriam "[...]essencialmente o produto das práticas penais e, quando essas práticas são coordenadas em alguma medida,

A análise dessa sistematização e dos estudos nos quais ela se fundamenta, permite concluir que as taxas de encarceramento são construções políticas, ou seja, são produtos de práticas penais que, quando coordenadas, formam políticas criminais.

1.2.3 Fatores intermediários

Fatores externos e internos geram repercussões que, ao seu turno, acabam por constituir fatores intermediários que contribuem para a flutuação das populações prisionais, quais sejam, opinião pública, mídia e a esfera das decisões políticas.⁴²

Supoe-se, assim, uma correlação entre flutuações da população prisional e sistemas políticos caracterizados pelo conflito (em oposição aos sistemas políticos caracterizados pelo consenso), eleição de juízes e promotores, jornalismo sensacionalista, culturas políticas anglo-saxãs e uma visão predominante de que política criminal é questão a ser discutida no âmbito da opinião pública e dos partidos políticos.⁴³

elas concretizam políticas criminais. Isso significa que as taxas de encarceramento não variam diretamente na proporção dos fatores externos, como os índices de criminalidade.” No original em inglês: “[...] essentially the product of penal practices, and when those practices are to some extent coordinated, they embody penal policies. This means that incarceration rates do not directly vary in proportion to external factors such as the crime rate.” BRODEUR, Jean-Paul. *Comparative Penology in Perspective*. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p.63.

⁴² SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p. 173.

⁴³ De forma semelhante, TONRY desenvolveu um modelo de fatores de risco e fatores protetivos. Os fatores de risco constituiriam condições que aumentam a

2 ENCARCERAMENTO E FATORES EXTERNOS AO SISTEMA PENAL

Dentre os estudos direcionados para a investigação da relação entre taxas de encarceramento e fatores externos ao sistema penal, são de maior importância para o desenvolvimento do tema central deste trabalho aqueles que abordam fatores econômicos e políticos.

A restrição se justifica pelas interseções entre esses estudos e aqueles que abordaram a influência das teorias da pena, como ocorre, por exemplo, na obra de RUSCHE e KIRCHHEIMER, na qual se identificam importantes referências às concepções preventivistas, como se verá adiante.

Além disso, pode-se identificar no conjunto dos textos selecionados um concatenamento de ideias que demonstra a existência de uma linha evolutiva, interligando as perspectivas materialistas às abordagens político-ideológicas.

Assim, propõe-se uma análise dos textos expostos de forma a se reconhecer o encadeamento dos modelos teóricos propostos isoladamente, observando-se a tendência de crescente complexidade das interpretações, com a conjugação de elementos econômicos e simbólicos ou discursivos.

A análise se inicia, portanto, com os estudos produzidos na área da economia política da pena, em uma perspectiva eminentemente materialista, caracterizada por uma concepção mecanicista das relações sociais, procurando-se demonstrar o gradual desenvolvimento da investigação no sentido de se incorporar os fatores político-ideológicos.

probabilidade de uma política penal mais punitiva, ao passo que os fatores protetivos reduziriam essa probabilidade. Seriam fatores protetivos uma cultura política de consenso, corpo de juízes e promotores formado por profissionais de carreira, cultura francófona, processos políticos alimentados pela visão de especialistas. Sobre o tema ver: TONRY, Michael. Determinants of Penal Policies. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p.16-17.

Em seguida, serão analisados os textos que tratam dos fatores político ideológicos como objeto principal, demonstrando-se, porém, a conexão entre essa área de investigação e a perspectiva materialista, de modo a propiciar a compreensão da abordagem como um todo.

2.1 Economia Política da Pena

A crítica radical às instituições estatais de controle social — a escola, o hospital, o asilo, a prisão— caracterizou boa parte produção acadêmica das décadas de 1960 e 1970.⁴⁴

No que se refere especificamente à pena, irrompia, nesse contexto, um movimento de revisão histórica, dirigido principalmente contra a chamada historiografia reformista, na qual o surgimento das prisões era apresentado como ponto culminante de uma evolução linear em direção ao progresso e humanização dos métodos punitivos.

Narrava-se a história da pena, até então, como uma sucessão de avanços resultantes da influencia de reformadores filantrópicos, teóricos iluministas e religiosos de consciência, “determinados a convencer a liderança política de suas sociedades de que a punição pública do corpo”⁴⁵ (tradução nossa) seria cruel e

⁴⁴IGNATIEFF, Michael. *State, Civil Society and Total Institutions: A critique of Recent Social Histories of Punishment*. The University of Chicago Press: Crime and Justice, Vol. 3 (1981). p. 153-192. Quanto à literatura revisionista, aponta o autor três obras que sintetizam o movimento exemplarmente, quais sejam: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o Nascimento da Prisão*. Lisboa: Edições 70, 2013; ROTHMAN, David J. *The Discovery of the Asylum*. Boston: Little Brown, 1971; IGNATIEFF. *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*, Prescott: Peregrine Books, 1989.

⁴⁵No original “(...) a band of philanthropic reformers in the second half of the eighteenth century, secular Enlightenment theorists like Beccaria and Bentham and religious men and women of conscience...” (...) set out to convince the leadership of their societies that public punishments of body...were arbitrary, cruel and illegitimate and that a new range of penalties, chiefly imprisonment at hard

ilegítima, ao contrário do trabalho forçado no cárcere, considerado simultaneamente humano, reformativo e punitivo.

Rompendo com essa concepção, a literatura revisionista procurava adotar uma perspectiva materialista, investigando os vínculos entre o surgimento da prisão e os primórdios do modo de produção capitalista, inserindo o tema num contexto político de consolidação do poder de classe além de questionar a legitimidade das reformas filantrópicas pretéritas.

O desenvolvimento dessa crítica materialista da pena foi fortemente influenciado pela segunda publicação, em 1968,⁴⁶ de *Pena e Estrutura Social*, de RUSCHE e KIRCHHEIMER,⁴⁷ nos Estados Unidos, seguida da tradução para o italiano, em 1978, por MELOSSI e PAVARINNI, marcos fundantes do estudo da pena na perspectiva de sua economia política.

A obra teria deflagrado a primeira linha de pesquisa do crescimento da população encarcerada voltada para a investigação da influência de fatores

labor, could be at once humane, reformative and punitive.” IGNATIEFF, Michael. Op. Cit.

⁴⁶ Segundo MELOSSI, a obra fora publicada pela primeira vez em 1939, nos Estados Unidos, como a primeira publicação em inglês da Escola de Frankfurt (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punishment and Social Structure*. New York: Russel Russel, 1939. MELOSSI, Dario. Prefacio. In GIORGI, Alessandro de. *A Miséria Governada Atraves do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁴⁷ A ideia inicial seria de RUSCHE, sendo certo, segundo MELOSSI, a hipótese desenvolvida em *Pena e Estrutura Social* já havia sido apresentada, em linhas gerais e programáticas, em “Arbeitsmarkt und Strafvollzug” (Mercado de trabalho e execução da pena), projeto de pesquisa apresentado ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, em 1931. *Pena e Estrutura Social* foi publicada pela primeira vez em 1939, traduzida para o inglês, após intenso trabalho editorial, sabendo-se que apenas os capítulos de II a VIII correspondem ao manuscrito original de RUSCHE, ao passo que a Introdução e os capítulos de IX a XIII foram escritos exclusivamente por KIRCHHEIMER. MELOSSI, Dario. *Georg Rusche: a Biographical Essay*. Crime and Social Justice. Winter 1980.

externos ao sistema penal, adotando, como objeto de estudo, a relação entre sistema de produção e sistema penal.

O modelo elaborado por RUSCHE e KIRCHHEIMER viria a ser aplicado e testado em estudos posteriores, servindo, além disso, como ponto de partida e referência para o posterior desenvolvimento do tema, produzindo-se umacoletânea de estudos derivados dessa abordagem original, embora adotando metodologias e modelos diversos, que se enquadram na área de pesquisa da economia política da pena.

Na seção que se segue, serão analisados sucintamente a contribuição inicial de RUSCHE E KIRCHHEIMER bem como alguns dos estudos que deram continuidade à abordagem por eles proposta.

2.1.1 Encarceramento e Modo de Produção Capitalista

Uma análise completa e detalhada de todo os argumentos desenvolvidos por RUSCHE e KIRCHHEIMER extrapolaria os objetivos do presente trabalho, pretendendo-se, tão somente, expor o modelo teórico elaborado pelos autores em linhas gerais, de forma a possibilitar a análise da evolução do tema desde o início Século XX até início do século XXI.⁴⁸

A ideia que conduziao desenvolvimento da hipótese e sua forma de investigação consistia na ausência de vínculo necessário entre a pena e o delito.

Já na introdução da obra, a pena foi apresentada como um fenômeno social, inserido num determinado contexto histórico, independente dos conceitos e finalidades jurídicos:

A pena como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas. O objeto de nossa investigação, portanto, é a pena em suas manifestações específicas, as causas de sua

⁴⁸ O trabalho em questão alinhava-se com a pesquisa histórico-social própria da Escola de Frankfurt, inserindo-se num contexto mais amplo de crítica às formas sociais típicas do período burguês, elaborada por meio de pesquisas empíricas e histórico-econômicas. HORKHEIMER, Max. Prefácio. In RUSCHE, Georg et KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y Estructura Social*. Bogotá: Temis, 1984.

mudança e de seu desenvolvimento, as bases para a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos.⁴⁹

O modelo teórico de RUSCHE e KIRCHHEIMER foi elaborado a partir da hipótese que propõe uma relação positiva entre as formas de punição e as relações de produção.

Nessa perspectiva, a cada forma de produção corresponderia uma forma de punição e, por consequência, as transformações nas formas de punição constituiriam função da influência das forças do mercado sobre as condições da força de trabalho.⁵⁰

A fórmula —“Cada sistema de produção tende ao descobrimento de métodos punitivos que correspondem a suas relações produtivas.”—, indicava sucintamente a opção pela pesquisa de fatores exógenos ao sistema penal, notadamente, as variações nas condições do mercado de trabalho, no contexto dos sucessivos ciclos econômicos, afastando-se do modelo de DURKHEIM⁵¹ o qual desenvolvera-se com base na ideia de mecanismos endógenos ao sistema penal.

Os argumentos foram desenvolvidos buscando articular a história da pena e a evolução das relações de produção por meio de duas categorias centrais, quais sejam: o princípio da menor elegibilidade (“less eligibility”)⁵² e o mercado de trabalho.

⁴⁹RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 19-20.

⁵⁰ Ibid. p. 19-20.

⁵¹ DURKHEIM, Emile. *Duas Leis de Evolução Penal*. São Paulo: Primeiros Estudos, n. 6, p. 123-148, 2014. Publicado originalmente em 1901 (Deux lois de l'évolution penal. *Année Sociologique* (1899-1900), Vol. IV. p. 65-95.

⁵² Conceito desenvolvido primeiramente no começo do Século XIX, como fundamento racional da English Poor Laws de 1834, na seguinte fórmula: a primeira e mais essencial de todas as condições, um principio universalmente admitido, até mesmo por aqueles cuja prática diverge dele, é que a situação daquele que recebe auxílio de forma geral não deve se tornar realmente ou aparentemente preferível se comparada com a situação do trabalhador independente da classe mais inferior. (tradução nossa).No original em inglês:

A hipótese interpretativa indicava uma relação de instrumentalidade entre o princípio da menor elegibilidade e a finalidade preventiva da pena, a qual, na visão dos autores “(...)deve ser constituída de forma que aquelas pessoas que parecem inclinadas criminalmente ou inclinadas a cometer atos que são indesejados para a sociedade, sejam pelo menos não encorajados a fazê-lo pelo prospecto de serem descobertos e punidos.”⁵³(tradução nossa)

Partindo dessa premissa, as penas deveriam ser necessariamente mais severas e cruéis que as condições de vida dos integrantes dos níveis mais inferiores da sociedade, já que “Se as sanções penais devem impedir essas camadas de cometer crimes de forma efetiva, elas devem parecer ainda piores que suas atuais condições de vida.”⁵⁴ (tradução nossa)

As formas de punição e condições de encarceramento estariam associadas, portanto, às relações de produção determinantes das condições de vida das camadas mais inferiores da sociedade, principais destinatários da política criminal.

Assim, pressupondo a necessária crueldade das condições de encarceramento, RUSCHE refutou narrativa histórica reformista, na qual a

“The first and most essential of all conditions, a principle which we find universally admitted, even by those whose practice is at variance with it, is, that his [the relief recipient’s] situation on the whole shall not be made really or apparently so eligible [i.e., desirable] as the situation of the independent laborer of the lowest class.” PIVEN, Frances Fox; CLOWARD, Richard A. *Regulating the Poor: The Functions of Public Welfare*. New York: Vintage Books, 1993. Edição Kindle. p. 604.

⁵³No original em inglês: “In other words, punishment has to be constituted in such a way that those people who appear to be criminally inclined or inclined to commit acts that are undesirable to the society, are at least not encouraged to do so by the prospect of being discovered and punished.”Artigo apresentado como projeto de pesquisa junto ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt. RUSCHE, Georg. Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice. *Crime and Social Justice*. Social Justice, No. 10,p. 2-8. Fall-Winter 1978.

⁵⁴ No original: “If penal sanctions are supposed to deter these strata from crime in an effective manner, they must appear even worse than the strata’s present living conditions.” Ibid.

substituição das penas corporais pela pena de prisão era apresentada como o produto de uma evolução humanitária e bem intencionada.

Em vez disso, “essas mudanças constituíram o resultado, não de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano à inteira disposição do aparato administrativo.”⁵⁵

A abordagem de RUSCHE e KIRCHHEIMER, embora reconhecendo a atuação de influências ideológicas, políticas, ou religiosas sobre a história da pena, não incluiu esses elementos no modelo teórico proposto, optando-se por uma análise materialista, com ênfase nos aspectos econômicos.

A hipótese elaborada pelos autores foi testada, com base em dados históricos e empíricos, extraídos de fontes secundárias, utilizando-se como indicador econômico as condições do mercado de trabalho, isto é, a relação dinâmica entre demanda e oferta de força de trabalho e suas variações ao longo do tempo.

O modelo teórico foi aplicado de forma a demonstrar o relacionamento entre formas de punição e relações de produção, concretamente, em determinados períodos específicos.

Assim, no século XVI, a escassez de força de trabalho causada por uma significativa crise demográfica decorrente de fatores como epidemias, a Guerra dos Trinta Anos, entre outros, teria implicado um aumento no nível dos salários, desencadeando a multiplicação de instituições de confinamento como a Bridewell, na Inglaterra, o Hôpital General, na França ou a Zuchthaus ou Spinhuis na Holanda, às quais seguiu-se a instalação de inúmeras casas de correção em toda a Europa.⁵⁶

As novas instituições possibilitariam a exploração da força de trabalho de “mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões” e, posteriormente “marginalizados e sentenciados com penas longas”.

⁵⁵RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 69-75.

⁵⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 69-75.

A mesma dinâmica teria determinado a adoção da escravidão nas galés, deportação e servidão penal, também no Século XVI, em regiões da Europa onde a demanda por mão de obra superava significativamente a oferta de força de trabalho.⁵⁷

O quadro se modificaria no Século XIX, quando a formação de um exército industrial de reserva, produto da Revolução Industrial, teria conduzido ao abandono da exploração da força de trabalho encarcerada, com a introdução do cárcere celular, passando a predominar o “caráter intimidatório da pena”.⁵⁸

Nesse caso, a influência do mercado de trabalho teria ocorrido de forma indireta, acentuando-se o grau de severidade das penas proporcionalmente à degradação das condições de vida da classe trabalhadora, em razão da necessidade de intimidação dessa última.

Embora a obra de RUSCHE e KIRCHHEIMER seja anterior ao movimento revisionista da história da pena, recebeu críticas semelhantes, no sentido de que haveria esquematizado ou simplificado fenômenos sociais complexos.⁵⁹

Uma exposição completa dessas críticas escapa ao objetivo do presente trabalho, cabendo, porém, sintetizar o debate em torno de algumas questões que influenciaram o desenvolvimento do tema desde a década de 1970 até os dias atuais.⁶⁰

⁵⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 69-75.

⁵⁸ Ibid. p. 157-159.

⁵⁹ Segundo IGNATIEFF, ao atribuir o surgimento da prisão a estratégias conspiratórias de divisão de classes, a literatura revisionista como um todo, tanto na vertente Marxista quanto na estrutural-funcionalista, incorre numa simplificação excessiva de histórias complexas. IGNATIEFF, Michael. *State, Civil Society and Total Institutions: a Critique of Recent Social Histories of Punishment*. Chicago: The University of Chicago Press. Crime and Justice, Vol. 3, p. 153-192, 1981.

⁶⁰ Além disso, o desenvolvimento dos argumentos por meio da seleção injustificada de determinados fatos e períodos históricos específicos, organizados de forma a corroborar as hipóteses iniciais demonstraria, Segundo GARLAND, a intenção de

Antes da primeira publicação da obra, o manuscrito de RUSCHE já havia sido criticado, durante o processo de edição, seja por uma adesão excessiva ao determinismo econômico, e conseqüente exclusão de outros fatores que, na visão de SELLIN, “podem não ser tão importantes quanto os fatores econômicos, porém desempenharam um papel.”, seja por uma interpretação “simples demais para dar conta de todos os fatos”⁶¹ (tradução nossa), de acordo com SUTHERLAND.

As críticas recebidas em razão do reducionismo e excessiva ênfase nos aspectos econômicos permaneceram após a segunda publicação, em 1968⁶². Na tradução para o italiano, em 1978, o prefácio de MELOSSI⁶³ já apontava a deficiência do mercado de trabalho, “uma categoria analítica útil, mas não claramente exauriente”, como indicador para avaliação das relações de produção, considerando reducionista, não a ênfase nas relações de produção, mas a escolha do mercado de trabalho como indicador de fenômenos sociais complexos.

Quanto ao determinismo econômico, MELOSSI aderiu (mesmo que com ressalvas) à crítica segundo a qual a hipótese interpretativa adstrita às relações de

validar a hipótese, podendo comprometer a clareza na interpretação dos dados. GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: A study in Social Theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 106.

⁶¹ No original em inglês “The wholehearted acceptance of the theory of economic determinism has compelled him to close his eyes to other factors which, while they may not be so important as the economic factors, have nevertheless played a role” e “First, I feel that the labor Market is a highly significant factor in determining penal policies, but I think the hypothesis as stated is too simple and that other factors may also be highly important.”, respectivamente. Apud MELOSSI, Dario. Georg Rusche: a Bibliographical Essay. *Social Justice/ Global Options. Crime and Social Justice* No. 14, p. 51-63, Winter 1980.

⁶² No mesmo sentido, WALLACE, Don. The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. *Critical Sociology*, Los Angeles: Sage, Vol. 10-11, Issue 4-1, p. 59 – 65, 1981.

⁶³ MELOSSI, Dario. Mercato del Lavoro. In RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Struttura Sociale*. Bologna: Il Mulino, 1978.

produção, excluindo-se os fatores político-ideológicos, seria insuficiente para a análise das estruturas sociais como um todo.⁶⁴

Advertia, contudo, que o próprio RUSCHE apontara e justificara aquela exclusão, reconhecendo que “circunstâncias altamente complexas e tanto quanto independentes influenciam o campo da criminologia” e que “a dependência do crime e do controle do crime em relação a condições econômicas e históricas” não seria capaz de fornecer uma explicação completa.”⁶⁵

A ausência de pretensão de “exaustividade” afastaria, na visão de MELOSSI, qualquer traço de reducionismo, quanto à escolha de objeto, já que o autor não pretendia reinterpretar a história do cárcere em geral, mas abordava tão somente o desenvolvimento da relação entre pena e estrutura social.

⁶⁴No mesmo sentido, GREENBERG, David F. Penal Sanctions in Poland: a Test of Alternative Models. *Social Problems*, Vol. 28, No. 2, p.194-204, December, 1980. WALLACE, Don. The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. *Critical Sociology*, Los Angeles: Sage, Vol. 10-11, Issue 4-1, p. 59 – 65, 1981. HALE, Chris. Economy, punishment and imprisonment. *Contemporary Crises Netherlands: Kluwer Academic*. Vol. 13, Issue 4, p. 327-349, Dec. 1989. GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: A study in Social Theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 106. Segundo IGNATIEFF, ao atribuir o surgimento da prisão a estratégias conspiratórias de divisão de classes, a literatura revisionista como um todo, tanto na vertente Marxista quanto na estrutural-funcionalista, incorre numa simplificação excessiva de histórias complexas. IGNATIEFF, Michael. *State, Civil Society and Total Institutions: a Critique of Recent Social Histories of Punishment*. Chicago: The University of Chicago Press. *Crime and Justice*, Vol. 3, p. 153-192, 1981.

⁶⁵RUSCHE, Georg. Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice. *Crime and Social Justice*. *Social Justice*, No. 10, p. 2-8. Fall-Winter 1978. Também no sentido de refutar a acusação de reducionismo determinista, BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução à Criminologia Crítica Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p.93.

Haveria, porém, reducionismo, de acordo com MELOSSI, na escolha do mercado de trabalho como indicador das relações de produção, assim como na interpretação desses indicadores, “não tanto por não levar-se em conta elementos ideológicos ou estruturais, mas em razão “(...) dos limites no aprofundamento das raízes estruturais do objeto analisado, no não haver conseguido resolver completamente o fenômeno punitivo nas categorias científicas do marxismo.”⁶⁶

A reduzida importância conferida aos fatores político-ideológicos, por sua vez, conduziria a um déficit interpretativo no que se refere ao vínculo que efetivamente conectaria os indicadores econômicos às reais taxas de encarceramento.

O modelo teórico de RUSCHE e KIRCHHEIMER conferiria ênfase excessiva à coerção estatal, reconstruindo as atividades do sistema de justiça criminal a partir de uma racionalidade conspiratória, na qual o estado atua como um “homem artificial”, de forma que se prescindiria de “reconstruir a corrente causal de orientações típicas e ações, relacionando mudanças nos fatores econômicos e decisões de política criminal”.⁶⁷

⁶⁶MELOSSI, Dario. *Mercato del Lavoro*. In RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Struttura Sociale*. Bologna: Il Mulino, 1978.

⁶⁷ MELOSSI, Dario. An introduction: Fifty years later, Punishment and Social Structure in comparative analysis. Kluwer Academic Publishers. *Contemporary Crises*, Vol.13: 311-326, 1989. MELOSSI, Dario. L'hégémonie et les vocabulaires de la motivation punitive: la gestion discursive des crises sociales. *Criminologie*. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, Vol. 25, no.2, p. 93-114, 1992. Nomesmo sentido, WALLACE, Don. The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. *Critical Sociology*, Los Angeles: Sage, Vol. 10-11, Issue 4-1, p. 59 – 65, 1981. BOX, Steven; HALE, Chris. Economic Crisis and the Rising Prisoner Population in England and Wales. *Crime and Social Justice*, No. 17, Meeting the Challenge of the 1980s. Summer 1982. Observa-se, porém, que o modelo teórico desenvolvido em *Pena e Estrutura social* diverge da concepção original de RUSCHE, apresentada em artigos anteriores à publicação daquela obra. Em artigo publicado em 1930 no *Frankfurter Zeitung*, no qual comentava a crise penitenciária do final da década de 1920 nos Estados Unidos, o autor faz referência a três elementos que teriam contribuído para uma

deterioração do regime prisional americano, quais sejam: o desemprego, a inexistência de uma política de proteção do desempregado e uma tendência por parte dos juízes no sentido de fixar penas mais severas em resposta à opinião pública. O cuidado com o desempregado na Europa teria, segundo RUSCHE, prevenido a crise do mercado de trabalho, impedindo que salários e padrões de vida “afundassem tão baixo quanto teriam, se o jogo das forças econômicas ficasse descontrolado. Satisfação de necessidades básicas foi garantida até mesmo para aqueles que ficaram de fora do processo produtivo de forma que eles não foram forçados por necessidades insatisfeitas a voltar-se para o crime.” No original: “When, after the War, unemployment became chronic again, the crash of the labor market was prevented by the state’s care for the unemployed. Wages and the standard of living did not sink as low as they would have, had the play of economic forces remained unchecked. Satisfaction of basic needs was guaranteed even to those who were left out of the production process, so that they were not forced by unsatisfied needs to turn to crime” Nessa perspectiva, a estabilidade nos índices de criminalidade associada à política de cuidado com o desempregado, teria contribuído para a manutenção da tendência reformista no cárcere, uma vez que o sistema penal “foi poupado da tarefa [...] de lidar com os criminosos que não são dissuadidos pela prisão que atende a suas necessidades”. Já nos Estados Unidos, o proletariado teria sido duramente atingido pelo desemprego. De acordo com a concepção amplamente aceita de que todos que querem podem trabalhar, o público americano teria reagido à criminalidade com “raiva e exigência de penas mais severas”. Os juízes, por sua vez, seriam “influenciados pela opinião pública ou forçados a aplicar penas mais severas para manter os criminosos em seu lugar”. Não se identifica, nesse ponto, uma interpretação mecânica e conspiratória do fenômeno analisado. Em vez disso, RUSCHE procurou apontar que as condições econômicas acabariam influenciando os níveis de severidade da pena por meio da opinião pública, refletida nas sentenças judiciais. O autor adverte explicitamente para esse aspecto observando que “Não é um desejo mau de algum reacionário misantropo que impôs ao sistema penal sua tarefa de dissuadir os desempregados famintos deprimindo as condições de vida dos prisioneiros, ou tornando a penitenciária um lugar de tais pressões sociais que um desempregado sem suporte, assim como os trabalhadores empregados remunerados, teriam que temer-lo. O sistema penal

Outro aspecto da obra frequentemente criticado refere-se ao fato de que os autores não apontaram uma interpretação coerente para o “(...) uso contínuo do encarceramento – uma pena que não parece corresponder às relações de produção do capitalismo avançado.”

Também a indicação da pena de multa como a pena tipicamente capitalista, somada à previsão da substituição da pena de prisão pela pena pecuniária foram intensamente criticadas.⁶⁸

tomou essa tarefa para si automaticamente e os reformadores humanitários sucumbiram sob a força da realidade.”(tradução nossa). No original em inglês: “It is no evil will of some misanthropic reactionary which has forced upon the penal system its new task of deterring the starving unemployed by depressing the prisoners’ standard of living, or of making the penitentiary into a place of such social pressures that the unemployed who have no support, as well as the gainfulle employed workers, will have tu fear it. The Penal system has automatically taken this new task upon itself and the humanitarian reforms have broken down under the force of reality.” Entretanto, o texto não se limita a descrever o processo intermediário pelo qual as decisões judiciais seriam influenciadas por fatores econômicos e justificar o princípio da menor elegibilidade. RUSCHE propõe, além disso, a utilização de uma política social de amparo ao desempregado como via alternativa, isto é, como substitutivo do efeito persuasivo da severidade das penas e da deterioração dos regimes carcerários.RUSCHE, Georg. *Prison Revolts or Social Policy Lessons from America. Crime and Social Justice*. San Francisco: Social Justice/Global Options, No. 13, p. 41-44, Summer 1980.

⁶⁸ JANKOVIC, Ivan. *Labor Market and Imprisonment*. San Francisco: Social Justice/Global Options, *Crime and Social Justice*, no. 8, p. 17-31, fall-winter 1966; O prefácio de MELOSSI já trazia crítica nesse sentido, apontando o déficit de interpretação da “«invenção penitenciária» como descoberta de uma estrutura permanente, próprio da sociedade que nasce sobre as ruínas do modo de produção feudal.” No original “(...) l’invenzione penitenziaria come scoperta di una struttura punitiva a permanente, proprio della società; che nasce sulle rovine del modo di produzione feudale.” MELOSSI, Dario. *Mercato del Lavoro*. In RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Struttura Sociale*. Bologna: Il Mulino, 1978.

Apesar da ênfase hiperbólica nos fatores econômicos e da perspectiva determinista da obra, o modelo de RUSCHE e KIRCHHEIMER é considerado o texto fundante da chamada economia política da pena, expressão que designa “uma interpretação da história da penalidade na qual o objeto fundamental consiste em relacionar as categorias de derivação marxista à reconstrução dos processos de desenvolvimento das principais instituições penais”.⁶⁹

Desde a década de 1970, a hipótese interpretativa proposta por RUSCHE e KIRCHHEIMER vem sendo testada e reelaborada, optando-se, no entanto, por uma abordagem mais ampla do aspecto econômico, interpretações complexas da relação entre pena e relações de produção, além da inserção de fatores político-ideológicos no modelo original.

2.1.2 Encarceramento e mercado de trabalho: estudos empíricos

Em um esforço de ampla revisão, CHIRICOS e DELONE apontaram quarenta e quatro estudos, realizados nos últimos anos do século passado, que forneceram evidência empírica da plausibilidade da relação entre pena e excedente da força de trabalho e, além disso, contribuíram para uma abordagem mais abrangente, tanto no que se refere à escolha dos indicadores econômicos utilizados, quanto no que diz respeito à inclusão de fatores intermediários políticos e ideológicos entre as relações de produção e a pena.⁷⁰

Os estudos analisados por CHIRICOS e DELONE, identificaram três tipos de fatores intermediários que influenciariam a relação entre mercado de trabalho e pena. Os modelos econômicos indicariam a mediação da redução do valor da força de trabalho. Os políticos, por sua vez, indicariam a influência das necessidades

No mesmo sentido, VANNESTE, Charlotte. *Les Chiffres des Prisons*. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 25.

⁶⁹ MELOSSI, Dario. Prefácio. In GIORGI, Alessandro de. *A Miséria Governada Através do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁷⁰ CHIRICOS, Theodore G.; DELONE, Miriam A. Labor Surplus and Punishment: a Review and Assessment of Theory and Evidence. *Social Problems*, New York: Oxford University Press, Vol. 39, No. 4, November 1992.

sistêmicas ou estruturais do capitalismo. Já os estudos ideológicos abordariam a influência da interação da ideologia e ação motivada de juízes e outros.⁷¹

Não se pretende, aqui, elaborar uma análise aprofundada de cada um desses estudos. Em vez disso, opta-se por apresentar resumidamente aqueles que contribuíram significativamente para o desenvolvimento da hipótese inicial de RUSCHE e KIRCHHEIMER, rompendo com a perspectiva estritamente econômica e acrescentando aspectos político ou ideológicos ao modelo teórico.

Na primeira vertente teórica foi aplicada a hipótese de RUSCHE e KIRCHHEIMER, no sentido de que o desemprego implicaria a redução do valor da força de trabalho, ensejando penas mais severas em razão da articulação entre prevenção geral e menor elegibilidade.⁷²

Nessa perspectiva, JANKOVIC propôs a investigação da covariância entre índice de desemprego e população carcerária, utilizando dois grupos de dados, quais sejam: estatísticas nacionais de taxas de encarceramento dos Estados Unidos no período de 1926 até 1974 e estatísticas locais relativas a Sunshine County, entre 1969 e 1976.

Segundo o autor, RUSCHE e KIRCHHEIMER teriam falhado ao elaborar uma hipótese interpretativa para a permanência da utilização do encarceramento

⁷¹CHIRICOS, Theodore G.; DELONE, Miriam A. Labor Surplus and Punishment: a Review and Assessment of Theory and Evidence. *Social Problems*, New York: Oxford University Press, Vol. 39, No. 4, November 1992.

⁷² JANKOVIC, Ivan. Labor Market and Imprisonment. San Francisco: Social Justice/Global Options, *Crime and Social Justice*, no. 8, p. 17-31, fall-winter 1966. GREENBERG, David F. Penal Sanctions in Poland: a Test of Alternative Models. *Social Problems*, Vol. 28, No. 2, December 1980. GREENBERG, David F. The Dynamics of Oscillatory Punishment Processes. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol.68, Issue 4, p.643-651, December 1977. BOX, Steven and HALE, Chris. Economic Crisis and the Rising Prisoner Population in England and Wales. *Crime and Social Justice* San Francisco: Social Justice/Global Options, No. 17, p. 20-35, Summer 1982.

como pena criminal no capitalismo avançado, devido à “insistência na condição de explorabilidade do trabalho dos condenados”.

JANKOVIC parte da premissa segundo a qual o que caracteriza as economias capitalista pós-industriais é um excedente de mão de obra constante, ou seja, um “exército industrial de reserva”, cujas dimensões devem ser manipuladas de forma a contribuir para a manutenção da lucratividade.

Nesse contexto, caberia ao Estado empreender esforços para o controle desse excedente, utilizando-se tanto do sistema de bem estar social ou do sistema de justiça criminal, como instrumentos da “função legitimadora” do Estado.

Seria de se esperar, portanto, penas mais severas durante crises econômicas, devido à uma política criminal voltada para a prevenção geral negativa, visando a “combater a presumida maior tentação de cometer crimes.”⁷³

Daí a adoção do desemprego como indicador econômico a ser utilizado na investigação do vínculo entre economia e utilização do encarceramento pelo Estado.

Assim, distanciando-se do modelo original de RUSCHE e KIRCHEIMER, JANKOVIC propôs duas hipóteses, quais sejam: a) desemprego e uso de encarceramento correlacionam-se diretamente, independente do volume de crime; b) O tamanho da população prisional correlaciona-se inversamente com os índices de desemprego, ou seja, “uma maior população prisional funciona para reduzir o desemprego.

A inserção dos índices de criminalidade como variável independente no modelo de JANKOVIC, aponta, contudo, a permanência da preocupação inicial de RUSCHE e KIRCHHEIMER no sentido de demonstrar a ausência de vínculo indissolúvel entre o crime e a pena.

⁷³A severidade da pena poderia ser avaliada, Segundo JANKOVIC, por meio das estatísticas de ingresso (medida dinâmica) e do tamanho da população prisional (medida estática). A primeira medida indicaria a frequência de utilização da pena de prisão, enquanto que a segunda indicaria a magnitude da punição, de forma que ambas conjugadas indicariam o grau de severidade. JANKOVIC, Ivan. Labor Market and Imprisonment. *Crime and Social Justice*. San Francisco: Social Justice/Global Options, no. 8, p. 17-31 fall-winter 1977.

Os resultados da pesquisa confirmaram o vínculo entre desemprego e encarceramento, indicando que o número de pessoas presas (número de estoque) e admitidas nas prisões (número de entrada) aumenta na proporção do número de pessoas desempregadas, de forma independente da variação dos índices de criminalidade.

Entretanto, a hipótese utilidade do encarceramento para a redução do desemprego não foi confirmada pela pesquisa, já que embora tenha-se identificado uma relação negativa entre as taxas de encarceramento e as de desemprego, os coeficientes não foram significantes estatisticamente.

O autor atribui esse resultado ao fato de que as dimensões da população prisional não seriam suficientes para produzir um efeito observável sobre o índice de desemprego.

Embora o modelo teórico de JANKOVIC tenha excluído os fatores político-ideológicos, o autor não nega sua influência sobre a questão do encarceramento, observando, na introdução de seu estudo

(...) afirmar que a pena não é simples consequência do crime não é negar que a maioria dos juizes, quando elaboram uma sentença, acreditam sinceramente que estão reagindo ao crime do deficiente. Nem é negar que as teorias da pena refletem a sincera preocupação com o crime a crença de que a punição é consequência do crime. A afirmação implica que teorias, assim como a prática, da punição, reflete ideologias prevalentes que são, a seu turno, parcialmente determinadas pelas exigências econômicas de sistemas materiais concretos de produção."

Portanto, os fatores político-ideológicos teriam sido excluídos do modelo em razão da escolha do objeto do estudo — correlação entre relações de produção e encarceramento — não se deixando de reconhecer a importância da influência de outros fatores sociais para o fenômeno pesquisado.

O desemprego foi utilizado como indicador econômico também em dois estudos de GREENBERG.

O primeiro modelo foi desenvolvido em 1977,⁷⁴ como hipótese alternativa da teoria homeostática da pena, desenvolvida por BLUMSTEIN et al.⁷⁵ com base dados canadenses do período entre 1925 e 1960.

⁷⁴ GREENBERG, F. David. The Dynamics of Oscillatory Punishment. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Northwestern University School of Law Vol. 68, Issue 4, Dec. 1977.

GREENBERG procurou demonstrar identificar a influência de fatores externos sobre a oscilação nos índices de encarceramento, contrariando a hipótese de BLUMSTEIN, que evidenciara um mecanismo auto-regulatório condizente com a teoria funcionalista de Durkheim, baseada na coesão social.

Nesse primeiro estudo, os resultados demonstraram que “os ingressos na prisão aumentaram e diminuíram com a taxa de desemprego”, embora a correlação entre desemprego e taxas de encarceramento tenha sido considerada fraca.

O autor interpretou os resultados de acordo com a teoria das etiquetas, concluindo que considerações extrajurídicas como desemprego poderiam aumentar a probabilidade de aplicação da pena de prisão tanto individualmente quanto coletivamente.

Entretanto, num segundo estudo realizado em 1980 com dados obtidos na Polônia, no período entre 1924-1939, não foi identificada uma correlação direta entre o mercado de trabalho e as taxas de encarceramento, sendo que estas últimas também não variaram de acordo com as taxas de criminalidade.

O autor atribuiu os resultados à influência das decisões de política criminal implementadas pelo Estado socialista, notadamente às anistias concedidas em 1956, 1964 e 1969, as quais tiveram grande impacto sobre a população prisional.⁷⁶

Assim, GREENBERG incluiu em seu modelo teórico a autonomia parcial da influência de fatores políticos nas taxas de encarceramento, iniciando um movimento de ampliação do objeto da investigação materialista sobre a pena de prisão que viria a tornar-se frequente em trabalhos posteriores.

⁷⁵BLUMSTEIN, Alfred, COHEN, Jacqueline, NAGIN, Daniel. The Dynamics of a Homeostatic Punishment Process. *The Journal of Criminal Law and criminology*. Chicago: Northwestern University School of Law, Vol. 67, n. 3, Winter 1977.

⁷⁶GREENBERG, David F. Penal Sanctions in Poland: a Test of Alternative Models. *Social Problems*, New York: Oxford University Press, Vol. 28, No. 2, p. 194-204, December 1980.

2.1.3 Encarceramento, Disciplina e Mercado de Trabalho

De acordo com a segunda linha teórica, a severidade da pena variaria conforme o excedente de força de trabalho, uma vez que, assim como o sistema de bem estar social, o encarceramento seria parte do processo de produção, contribuindo, seja para a formação da mão de obra e sua preparação para submeter-se a condições de trabalho menos favoráveis, seja para a legitimação da desigualdade nas relações de produção capitalista.

Segundo MELOSSI, o déficit interpretativo do modelo teórico de RUSCHE e KIRCHHEIMER deveria ser suprido através da inserção da categoria disciplina, que “segue paralelamente a evolução da organização capitalista do trabalho, e é função da complexa luta de classes que está na origem das transformações produtivas, no qual o estado do mercado de trabalho desempenha um papel extremamente importante.”⁷⁷

Nessa perspectiva, a reprodução das relações capitalistas de produção constituiu questão fundamental da “invenção penitenciária”, a qual não teria sido devidamente esclarecida em *Pena e Estrutura Social*.

Em *Cárcere e Fábrica*,⁷⁸ MELOSSI e PAVARINI já buscavam investigar a utilização da pena de prisão nas sociedades industrialmente desenvolvidas, identificando o caráter estrutural do encarceramento por meio da pesquisa de sua origem histórica.

⁷⁷. MELOSSI, Dario. *Mercato del Lavoro*. In RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Struttura Sociale*. Bologna: Il Mulino, 1978. WALLACE, a seu turno relaciona gastos públicos com a justiça criminal e sistema de bem estar social com a necessidade de legitimação da ordem capitalista. WALLACE, Don. *The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. Critical Sociology*, Los Angeles: Sage, Vol. 10-11, Issue 4-1, p. 59 – 65, 1981. Para uma relação completa dos estudos produzidos nessa linha teórica, ver CHIRICOS, Theodore G.; DELONE, Miriam A. *Labor Surplus and Punishment: a Review and Assessment of Theory and Evidence*. New York: Oxford University Press, *Social Problems*, Vol. 39, No. 4, p. 421-446, November 1992.

⁷⁸ MELOSSI, Dario et PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: As Origens do Sistema Penitenciario (séculos XVI -XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 25.

O trabalho foi desenvolvido a partir do ponto de vista do capitalismo competitivo do final do século XIX e início do século XX, período caracterizado por “profundas mudanças do quadro econômico–social de fundo, especialmente no que diz respeito à “composição do capital, à organização do trabalho, ao surgimento de um movimento operário organizado, à composição de classes, ao papel do Estado, à relação global Estado-sociedade civil”.⁷⁹

Os autores formularam hipótese segundo a qual essas mudanças estruturais teriam “provocado alterações igualmente radicais” nas instituições de controle social, especialmente no que diz respeito à pena de prisão.

Nessa perspectiva, os autores refutaram a função puramente mecânica da prevenção geral negativa de regulação dos níveis salariais, nos moldes do modelo elaborado por RUSCHE e KIRCHHEIMER, optando por associar o caráter preventivo da pena de prisão à função de reprodução do proletariado por meio da imposição de disciplina no cárcere.

Assim, a ênfase do trabalho alocar-se-ia em outro efeito do encarceramento, que não se restringiria aos desempregados, mas deveria atingir a todos indistintamente “(...) isto é, uma função intimidadora para com o operário livre, já que é preferível aceitar as condições impostas ao trabalho e, de forma mais geral, à existência, do que acabar na “casa de trabalho ou no cárcere.”⁸⁰

A introdução do caráter “punitivo, disciplinado do trabalho, mais do que a sua imediata valorização econômica” teria determinado, na visão dos autores, a permanência da instituição carcerária apesar da redução da lucratividade da exploração do trabalho encarcerado.⁸¹

⁷⁹ Ibid. p. 25.

⁸⁰ MELOSSI, Dario et PAVARINI, Massimo. Op. Cit. , nota 77, p.46.

⁸¹ Visão semelhante foi adotada por SPITZER, que abordou a necessidade de controle social do excedente de mão de obra como instrumento da preservação da legitimidade do modo de produção capitalista, descrevendo populações problemáticas como “dinamite social”. SPITZER, Steven. Toward a Marxian Theory of Deviance. *Social Problems*, San Francisco: Social Justice/Global Options, Vol. 22, No 5, p. 638-651, Jun., 1975. Também WALLACE atribuiu ao controle exercido pelo sistema de justiça criminal a função de legitimação da

O tema foi abordado novamente por MELOSSI em trabalhos mais recentes, nos quais o autor adotou uma concepção mais abrangente, incluindo na análise as funções ideológicas e simbólicas do encarceramento.⁸²

Nessa nova concepção adotada pelo autor, embora em contextos históricos específicos seja possível identificar um vínculo direto entre relações de produção e a qualidade da punição utilizada, variações quantitativas não poderiam ser previstas de forma “independente de tradições culturais idiossincráticas e contingências políticas” , como já havia observado GREENBERG em relação ao efeitos das anistias sobre a população carcerária na Polônia.⁸³

Isso porque, segundo MELOSSI, nas sociedades contemporâneas de capitalismo avançado, as classes inferiores, consideradas perigosas e, portanto, naturais candidatas ao encarceramento, seriam definidas por uma conjugação de “referências raciais, étnicas e nacionais”, de forma que as taxas de encarceramento

ordem capitalista. WALLACE, Don. The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. *Critical Sociology*, Los Angeles: Sage, Vol. 10-11, Issue 4-1, p. 59 – 65, 1981. De forma semelhante, ADAMSON sustentava que ciclos econômicos influenciariam “como as populações são processadas através do sistema de justiça criminal: se elas são tratadas como ameaças ao modo capitalista de produção e/ ou como recursos econômicos a explorar.” No original: “I argue that labor supply and the business cycle influence how populations are processed through the criminal justice system: wheter they are treated as threats to the capitalist mode of production, and/or as economic resources to exploit.” ADAMSON, Toward a Marxian Penology: Captive Criminal Populations as Economic Threats and Resources. *Social Problems*, San Francisco: Social Justice/Global Options, New York: Oxford University Press, Vol. 31, No. 4, April 1984.

⁸² MELOSSI, Dario. An introduction: Fifty years later, Punishment and Social Structure in comparative analysis. Kluver Academic Publishers. *Contemporary Crises*, Vol. 13, p. 311-326, 1989.

⁸³No original: the “quantity” of punishment can hardly be predicted in ways that are independent from rather idiosyncratic cultural traditions and political contingencies. *Ibid.*

poderiam estar relacionadas mais a essas variações específicas que ao volume de desempregados de uma forma geral.⁸⁴

Assim, analisando o crescimento da população carcerária nos EUA durante os “anos de prosperidade de Reagan-Bush”, entre a década de 1970 e os primeiros anos da década de 1990, frequentemente considerado uma “grande exceção à teoria” de RUSCHE e KIRCHHEIMER, o autor propôs a reinterpretação do modelo, por meio de uma revisão dos indicadores econômicos utilizados, assim como da categoria menor elegibilidade.⁸⁵

Observando que os anos de suposta prosperidade e baixos índices de desemprego caracterizaram-se por uma crescente concentração de riquezas e empobrecimento da classe trabalhadora, MELOSSI adotou como indicador econômico, não a taxa de ocupação ou o desemprego, mas a crescente demanda de performance social imposta à classe trabalhadora.

Nessa perspectiva, o princípio da menor elegibilidade estaria ligado à imposição de disciplina, no sentido de se restaurar “o tipo de ética que, especialmente na América, sempre foi ligada ao capitalismo: trabalho pesado, responsabilidade individual, motivação para os lucros.”, submetendo-se a mão de obra a jornadas mais longas e salários reais reduzidos.

O crescimento da população carcerária estaria conectado, na visão de MELOSSI, aos índices de pobreza, os quais estiveram em “constante aumento

⁸⁴ No original: “In contemporary advanced societies, however, the lower bottom, i. e. the “dangerous” classes, are defined by a mix of economic and racial, ethnic and national references. Imprisonment correspondingly may be in the process of becoming more sensitive to variations in the conditions of this particular sector of the population than of the general sector of the unemployed.” MELOSSI, Dario. An introduction: Fifty years later, Punishment and Social Structure in comparative analysis. Kluwer Academic Publishers. Contemporary Crises Vol. 13, p. 311-326, 1989.

⁸⁵ MELOSSI, Dario. Gazette of Morality and Social Whip: Punishment, Hegemony and the Case of the USA. *Social & Legal Studies* London: SAGE, Vol. 2, p. 259-279, 1989.

desde 1974 (quando atingiu somente 11.2 por cento) e particularmente desde 1979, aproximando-se de 15 por cento em 1991).

Embora essa hipótese tenha sustentação empírica, restaria ainda, segundo MELOSSI, um déficit interpretativo quanto a mecanismos que expliquem a influência desses indicadores econômicos sobre a população carcerária.

Nesse ponto, MELOSSI afasta-se da perspectiva predominantemente econômica, adotada por RUSCHE e KIRCHHEIMER, optando por sugerir uma conexão entre “a resposta das instituições políticas às mudanças e instabilidade como uma situação de crise, o processo de rearticulação de hegemonia e vocabulários penais mais punitivos.

As agências de controle social, sustentou o autor, “de legisladores a juízes, de jornalistas aos policiais, irão reagir ao que eles percebem como uma crise moral”, não necessariamente, mas frequentemente relacionada a uma situação econômica crítica.

Por consequência, duas coisas tenderiam a acontecer paralelamente: “as pessoas trabalhariam mais duro por menos dinheiro e as prisões se encheriam além da capacidade. Em outras palavras, demandas de performance social e o princípio da menor elegibilidade parecem mover-se em unísono”.

Assim, a relação entre taxas de encarceramento e indicadores econômicos como, por exemplo, número de pessoas que participam da força de trabalho, ou a produção de bens e serviços, dentre outros, estariam vinculados ao que MELOSSI chamou de vocabulários de motivo punitivo e estariam conectados “por meio de uma cadeia discursiva, a um aumento na propensão à severidade pelos praticantes e teóricos do sistema de justiça criminal, assim como pela opinião pública em geral.”⁸⁶

Os “vocabulários de motivos punitivos” hegemônicos seriam transmitidos, na visão de MELOSSI, culturalmente, a partir de situações percebidas como crises pelas elites.

⁸⁶ MELOSSI, Dario. An introduction: Fifty years later, Punishment and Social Structure in comparative analysis. *Contemporary Crises*, Kluwer Academic Publishers. Vol. 13, p. 311-326, 1989.

Dessa forma, o autor reavaliou a historiografia reformista da pena, reconhecendo a contribuição dos reformadores para as mudanças nas formas de punição, ainda que essa contribuição possa ser descrita como uma compilação “das versões mais bem sucedidas de um vocabulário cujos termos chave estavam circulando amplamente em suas sociedades”.

No caso dos Estados Unidos, o autor fez referência aos discursos criminológicos produzidos desde nas décadas de 1970, 1980 e início dos anos 1990, criticando os programas reabilitativos, no movimento que ficou conhecido como “nothing Works” (nada funciona).

O declínio das ideias de reabilitação deveria ser considerado, nesse contexto, como um elemento no conjunto de discursos políticos individualistas, que envolveram os cortes de gastos com bem estar social, aumento de impostos, extensão do tempo de trabalho e redução do poder de compra dos salários.

O vocabulário de motivações punitivas incorporado ao discurso da crítica da reabilitação teria sido transmitido, segundo MELOSSI, por meio da cadeia discursiva, aos agentes do sistema de justiça criminal, determinando, assim, uma mudança no sentido de se direcionar o foco para “o indivíduo, seja ele concebido como biologicamente determinado” ou, numa outra vertente, como um “[...]calculista utilitário que pode ser dissuadido se a pena for suficientemente dura e certa ...”

Com base nesse modelo, MELOSSI propôs uma articulação entre economia política da pena e a abordagem interacionista, sugerindo uma teoria fundamentada das etiquetas (“grounded labeling theory”), isto é, “uma teoria do discurso social sobre o desvio e o crime definida pelo discurso social sobre a economia e a política, a qual deveria ter seus fundamentos no princípio segundo o qual “a ação social não pode ser feita inteligível se não for colocada no âmbito da orientação específica do ator, uma orientação que pode ser expressada linguisticamente em um “vocabulário de motivos”⁸⁷

⁸⁷ No original: (...) a grounded labeling theory, that is, a theory of social discourse about deviance and crime grounded within the social discourse about the economy and the polity. Such theory must have its roots in the principle that social action cannot be made intelligible if it is not set within the specific orientation of the actor, an orientation which can be seen as expressed linguistically in a “vocabulary of motives”. This set of linguistic constructs is situate in a socio-historical context and represents the mediation, so to speak, between society, or a

Esse conjunto de elementos linguísticos, por sua vez, seria situado em um “contexto sócio-histórico” e representaria a “mediação, por assim dizer, entre sociedade, ou o grupo social, e o self individual.”

Não se aplicaria, nessa abordagem, a concepção marxista segundo a qual a infraestrutura determina a superestrutura. Tratar-se-ia de uma “rede de relações de afinidade, na qual longos movimentos cíclicos são causados pelas contribuições autônomas, mas interativas — econômicas, políticas e culturais — de todos os atores envolvidos”.⁸⁸

Essa nova perspectiva evitaria a utilização de “fórmulas mágicas estruturalistas” sobre “as necessidades do capital” ou a “necessidade de controle social”, as quais “personificam o comportamento coletivo de uma forma independente das ações motivadas do pessoal realmente envolvido.”

2.1.4 Encarceramento, ideologia e mercado de trabalho

A inclusão do caráter simbólico-ideológico da pena de prisão no modelo de MELOSSI, com a opção pela adoção da perspectiva que vincula as oscilações da população carcerária à atuação dos agentes de controle social, notadamente

social group, and the individual self” MELOSSI, *Dario*. Overcoming the Crisis in Critical Criminology: Toward a Grounded Labeling Theory. *Criminology, American Society of Criminology*, Vol. 23, p.193-208, 1985.

⁸⁸No original: “Such connection should not be thought of as an “understructure” that determines a “superstructure” Rather, they should be conceived of in a manner similar to Max Weber’s approach: a network of relations of affinity, where long cyclical movements are caused by the autonomous but interactive contributions - economic, political, and cultural - of all the actors involved.” MELOSSI, Dario. A new Edition of “Punishment and Social Structure” Thirty-Five years Later: a timely Event. *Social Justice*, San Francisco, Social Justice/Global Options, Vol. 30. No. 1 (91), p. 248-263, 1989.

aqueles que atuam no âmbito do sistema penal, aproxima a abordagem do autor da terceira vertente apontada por CHIRICOS e DeLONE.

Uma maior ênfase na influência da “agência” humana e na ideologia das pessoas que atuam no sistema de justiça criminal, especialmente juízes, é o que caracteriza essa terceira vertente.

Nesse sentido, o estudo de BOX e HALE, realizado em 1980, utilizando dados da Inglaterra e País de Gales, colhidos no período entre 1949-1979, adotou uma concepção mais ampla da relação entre desemprego e encarceramento, com a inclusão dos aspectos ideológicos.

De acordo com a hipótese formulada pelos autores, haveria uma correlação entre a severidade das penas aplicadas nas sentenças (severidade indicada tanto pela frequência do uso da prisão, quanto pelo tempo de detenção média) e os índices de desemprego.

Essa correlação seria o resultado não proposital da resposta dos juízes à “percepção de risco de crime ocasionada pela crescente população de desempregados e marginalizados economicamente”.⁸⁹

O modelo rompeu, portanto, com o discurso criminológico ortodoxo segundo o qual a maior severidade das penas seria resultado de uma maior carga de trabalho imposta ao sistema de justiça criminal em razão de um aumento nos índices de criminalidade (teoria da carga de trabalho).

Embora não tenham negado a possibilidade de “um aumento de crimes acompanhando o desemprego”, os autores alegaram, baseando-se em estudos precedentes, que o “desemprego tem um efeito na taxa e na severidade do encarceramento acima das mudanças no volume e padrões do crime”.⁹⁰

⁸⁹No original: This increased use of imprisonment is not a direct response to any rise in crime, but is an ideologically motivated response to the perceived threat of crime posed by swelling population of economically marginalized persons. BOX, Steven HALE, Chris. Economic Crisis and the Rising Prisoner Population in England and Wales. *Crime and Social Justice*, San Francisco, N. 17, p. 20-35, Summer 1982.

⁹⁰No original: This position does not deny the possibility of increasing crime accompanying unemployment (although the literature cited earlier leads us to doubt this), but states instead that unemployment does have an effect on the rate

Esse efeito seria, portanto, mediado pelas atitudes judiciais e suas posições ideológicas, e não uma resposta mecânica ao aumento da carga de trabalho.

Os autores buscaram demonstrar a hipótese utilizando os índices de criminalidade apenas como indicadores do nível da percepção da ameaça de crime pelos juízes. Assim, a variação dos níveis de criminalidade não é totalmente excluída do modelo, modificando-se apenas a interpretação de sua influencia sobre os índices de encarceramento.

Os resultados empíricos corroboraram a hipótese de BOX e HALE, embora a correlação direta entre desemprego e severidade das sentenças seja mais fraca que aquela entre desemprego e frequência do uso do encarceramento.

O tema foi retomado por HALE, numa abordagem mais abrangente, na qual o vínculo entre encarceramento e desemprego foi analisado na perspectiva do conceito de cadeia discursiva elaborado por MELOSSI.⁹¹

Nesse trabalho, HALE procura afastar-se ainda mais de uma visão determinista, sustentando que crises econômicas envolveriam “a totalidade das relações sociais capitalistas” e, portanto, a solução dessas crises seria um processo econômico, político e ideológico complexo”, não se podendo considerar a prisão pura e simplesmente como um método de “retirar as pessoas de circulação”.

Assim, o declínio do bem estar social e a retórica política que envolveu os cortes nos gastos públicos na década de 1970 teriam contribuído para reforçar as convicções do judiciário no que diz respeito aos criminosos e desempregados, conduzindo a uma maior severidade nas penas fixadas.

and severity of imprisonment over and above the changes in the volume and pattern of crime.” BOX, Steven HALE,Chris. Economic Crisis and the Rising Prisoner Population in England and Wales. *Crime and Social Justice*, San Francisco, N. 17, p. 20-35,Summer 1982.

⁹¹ HALE, Chris. Economy, punishment and imprisonment.*Contemporary Crises*, Dordrecht, Vol.13, Issue 4, p. 327-349, 1989.

2.1.5 Encarceramento, mercado de trabalho e cadeia discursiva

A correlação entre desemprego e encarceramento também foi investigada no estudo de GODEFROY e LAFARGUE, com base em dados colhidos na França durante três períodos, quais sejam: de 1872 até 1913, de 19210 até 1938 e de 1952 até 1985.⁹²

Constatada a correlação direta entre os fatores analisados, os autores utilizaram o conceito de cadeia discursiva de MELOSSI para desenvolver um modelo interpretativo com base em pesquisas empíricas qualitativas, no nível micro-sociológico das decisões tomadas no sistema de justiça criminal.

A estrutura social da população encarcerada seria o produto do caráter seletivo do sistema de justiça criminal, ou, nas palavras dos autores, do circuito “penal-penalizante”

Assim, “em cada estágio, são tomadas decisões restritivas de liberdade” que viriam a ser fatores condicionantes das sentenças futuras, “conduzindo finalmente a uma medida de encarceramento.”⁹³

Nessa perspectiva, a correlação entre desemprego e encarceramento seria interpretada como o resultado do processo de escolha dos desempregados como “populações alvo da justiça penal”.⁹⁴

Seguindo essa mesma linha de pesquisa, VANNESTE⁹⁵ propôs, a partir do modelo de RUSCHE e KIRCHHEIMER, a investigação da influência de fatores

⁹² GODEFROY, Thierry; LAFARGUE, Bernard. *Changements Economiques et Repression Penale: plus de chômage, plus d'emprisonnement?* Paris: Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Penales, 1991.

⁹³ No original: “Le “pénal-pénalisant”. La filière pénale décrite est un processus de sélection précédant le jugement où, à chaque stade, sont prises des décisions restrictives de liberté (garde à vue, déferrements, renvoi en comparution immédiate, mise en détention provisoire) prédéterminant la peine et conduisant finalement à une mesure d'incarcération. Ibid. p. 93.

⁹⁴ GODEFROY, Thierry; LAFARGUE, Bernard. Op. Cit., Nota 91. p. 97.

⁹⁵ VANNESTE, Charlotte. *Les Chiffres des Prisons*. Paris: L'Harmattan, 2001.

econômicos nos índices de encarceramento na Bélgica, especificamente no que se refere à relação entre esses fatores e as decisões tomadas no âmbito do sistema penal, no período de cento e sessenta anos, entre 1830 e 1998.

Os indicadores penais utilizados foram dados estatísticos relativos aos casos levados ao conhecimento do ministério público, ações penais propostas pelo ministério público, registros de casos submetidos à jurisdição, condenações, além da população penitenciária, cada um desses representando uma fase do tratamento do crime no sistema penal.⁹⁶

A autora utilizou-se da concepção de menor elegibilidade como um aumento de pressão sobre o trabalhador — perceptível na redução de ganhos, no aumento das horas trabalhadas e no empobrecimento das classes trabalhadoras — nos termos em que foi formulada por MELOSSI e na pesquisa realizada por SUTTON, baseada em indicadores de desigualdade.⁹⁷

Nessa perspectiva, foram empregados, além dos índices de desemprego, tantos outros indicadores quanto os diferentes ciclos econômicos analisados.

No que se refere ao período entre 1830 e 1837, por exemplo, caracterizado pela autossuficiência alimentar e importância do setor agrícola na economia, foi utilizado o preço do trigo como indicador econômico, identificando-se uma correlação positiva entre o aumento do valor de mercado do produto — expressão da “deterioração da situação econômica” — e o aumento da população prisional.⁹⁸

A análise da correlação entre os indicadores econômicos e os indicadores penais relacionados aos sucessivos estágios do sistema penal evidenciariam, nesse período, uma correlação mais forte nas decisões finais do sistema, na fase da sentença principalmente, as quais determinam mais diretamente as dimensões da população carcerária.

Ao tratar do período entre 1873 e 1914, caracterizado por uma economia predominantemente industrializada, VANNESTE utilizou como indicador econômico

⁹⁶ VANNESTE, Charlotte. *Les Chiffres des Prisons*. Paris: L'Harmattan, 2001.p.50

⁹⁸ *Ibid.* p. 165.

o preço do carvão, identificando, também nesse caso, uma influência maior da economia sobre as fases finais da persecução penal.⁹⁹

Já no período mais recente, da segunda metade do século XX, a autora optou por utilizar o desemprego como indicador econômico, tendo encontrado uma correlação mais forte entre esse indicador econômico e as estatísticas relativas às fases iniciais, notadamente o número de casos levados ao conhecimento do ministério público e o número de ações propostas pelo ministério público.

Todos os indicadores econômicos utilizados, segundo VANNESTE, evidenciariam “as modulações da segurança e insegurança econômica gerada por uma determinada sociedade.

Nessa perspectiva, o “déficit de segurança econômica traduz-se por um crescimento da população penitenciária, ou, inversamente, o ganho de segurança econômica conduz a uma redução dessa população.”

A insegurança econômica originária, segundo a autora, um sentimento de insegurança difuso, sem direcionamento específico, que acabaria por ser canalizado pelo medo do crime, independentemente do efetivo risco de vitimização.

O sentimento de insegurança aparece então como um sentimento difuso, mais ligado a um contexto caracterizado por um conjunto de elementos que a uma ameaça bem particular. Ele remete a esferas diversas da vivência individual e coletiva, entre as quais o aspecto econômico é uma dimensão fundamental. Ele também é conhecido como uma noção geral que se constrói e se alimenta de desregulações sociais múltiplas para se incarnar em seguida nos medos particulares. Nesse processo, a criminalidade é um ponto de cristalização privilegiado.¹⁰⁰

⁹⁹ VANNESTE, Charlotte. Op Cit., nota 95, p. 166.

¹⁰⁰ No original: Le sentiment d’insécurité apparaît donc bien comme un sentiment diffuse, lié avantage à un contexte caractérisé par un ensemble d’éléments qu’à une menace bien particulière. Il renvoie à des sphères du vécu individuel et collectif dont l’aspect économique est une dimension fondamentale. Il est ainsi conçu comme une notion générale qui se construit et s’alimente des multiples dérégulations sociales pour sincerner ensuite dans des peurs particulières. Dans ce processus, la criminalité est un point de cristallisation privilégié. VANNESTE, Charlotte. *Les Chiffres des Prisons*. Paris: L’Harmattan, 2001. p.177.

Além da influência dos fatores econômicos, a autora identificou uma correlação forte entre população carcerária e condenações a penas longas em todos os períodos.

A articulação dessas observações conduzia, diz a autora, ao reconhecimento do “papel central da função simbólica do penal no vínculo observado entre economia e repressão penal”.¹⁰¹

2.1.6 Encarceramento e a Nova Economia Política da Pena

A partir dessa breve e resumida exposição, pode-se concluir que as diferentes orientações apresentadas acima possuem pontos em comum e não se excluem mutuamente.

Embora tenham adotado metodologias divergentes, utilizando indicadores econômicos distintos e critérios de avaliação de severidade de penas variados, os estudos complementam-se, sendo que cada qual contribuiu para a análise da questão em um nível ou perspectiva próprio.

O ponto de convergência mais relevante de todos os trabalhos consiste na confirmação empírica da correlação entre excedente de mão de obra e encarceramento.

Além disso, a inclusão dos índices de criminalidade como variável de controle em parte das análises, demonstra que os fatores econômicos influenciam os níveis de encarceramento de forma independente dos índices de criminalidade.

Demonstrou-se, da mesma forma, a ausência de base empírica da ideia da suposta correlação entre desemprego e os índices de criminalidade.¹⁰²

Os resultados apontados contribuíram de forma importante para a superação da concepção tradicional segundo a qual a pena é decorrência imediata do delito, possibilitando uma investigação mais abrangente dos níveis de encarceramento, com a inclusão da questão no contexto das estruturas sociais.

¹⁰¹Ibid. p. 161.

¹⁰² Para uma detalhada análise das pesquisas sobre o tema ver CHIRICOS, Theodore. Rates of Crime and Unemployment: An Analysis of Aggregate Research Evidence. *Social Problems*, Vol. 34, No 2, April 1987.

Estabelecido o consenso em torno dessa premissa, percebeu-se a necessidade de se explicar como se dá a influência dos fatores econômicos sobre o encarceramento, ou seja, de que forma o excedente de mão de obra contribui para as flutuações da população carcerária.

Assim, os estudos mais recentes abandonaram a perspectiva economicista e procuraram identificar a influência dos fatores econômicos nos diferentes níveis de decisão do sistema de justiça criminal.

Alterou-se, assim, o foco da investigação. Em vez de se procurar analisar a influência externa do capital sobre os resultados do sistema de justiça criminal, optou-se por uma abordagem na perspectiva interna, na qual se confere maior ênfase à influência da tomada de decisões nos diversos níveis do sistema penal.

Pressuposto dessa nova abordagem, foi a revisão dos indicadores econômicos e dos critérios de avaliação dos níveis de severidade penal.

Assim, além do desemprego, outras variáveis foram acrescentadas aos modelos teóricos, como preços de mercadorias, valor real de salários, níveis de desigualdade econômica, entre outros.

Quanto à severidade das penas, optou-se por analisar, além das flutuações nas populações carcerárias, também os ingressos no sistema prisional, os fluxos de procedimentos entre as várias etapas do sistema de justiça criminal, os níveis de utilização da prisão preventiva e o tempo médio de detenção.

As novas opções metodológicas somadas à inclusão das variáveis relativas a grupos étnicos, sociais e conferiram a essa nova abordagem um caráter mais qualitativo em relação aos trabalhos anteriores.

Entretanto, a crescente complexidade dos modelos propostos parece indicar que a abordagem materialista não tem condições de explicar inteiramente as flutuações da população carcerária.¹⁰³

De acordo com GIORGI, a evolução da economia política da pena por meio da utilização de modelos estatísticos cada vez mais sofisticados e complexos, sempre adotando uma perspectiva quantitativa, teria inviabilizado a compreensão

¹⁰³ GIORGI, Alessandro de. Punishment and Political Economy. In: SIMON, Jonathan et SPARKS, Richard (Ed.) *The Sage Handbook on Punishment and Society*. London: Sage Publications Ltd, 2013. Edição Kindle. p. 1287-1905.

de diversos outros fatores que integram a estrutura da relação entre economia e pena.

Abordando aspectos qualitativos, os trabalhos mais recentes afastaram-se da aplicação simplificada da hipótese de RUSCHE e KIRCHHEIMER e procuraram articular a dimensão instrumental e materialista da pena com seus aspectos simbólicos e político-ideológicos.

Nessa perspectiva foram acrescentados ao debate novas concepções teóricas, permitindo uma melhor compreensão dos mecanismos de consolidação de práticas e discursos jurídicos, os quais deixam de ser vistos como meros subprodutos das relações de produção.

Superando-se, assim, a dicotomia entre estrutura e cultura, essa nova orientação teria possibilitado a abordagem de “questões teóricas importantes, suscitadas por outras perspectivas críticas no campo da pena e sociedade.”¹⁰⁴

Nesse contexto, GIORGI sugere a abordagem da política criminal não mais como um produto

das relações de produção capitalistas (uma superestrutura da economia capitalista, na linguagem Marxista ortodoxa), mas como um conjunto de práticas materiais e simbólicas que contribuem para a reprodução das formações sociais capitalistas e de seus específicos regimes de acumulação.¹⁰⁵

Essa perspectiva ampliada poderia ser elaborada, segundo GIORGI, a partir de uma concepção menos estreita do princípio da menor elegibilidade, por meio da avaliação da situação das classes inferiores não só em função dos índices de desemprego, mas também de “processos extra-econômicos.”

¹⁰⁴ GIORGI, Alessandro de. Punishment and Political Economy. In: SIMON, Jonathan et SPARKS, Richard (Ed.) *The Sage Handbook on Punishment and Society*. London: Sage Publications Ltd, 2013. Edição Kindle p. 1287-1905.

¹⁰⁵ No original: “[...] no longer as an outgrowth of capitalist relations of production (a ‘superstructure of the capitalist economy, in the language of orthodox Marxism), but rather as a set of material and symbolic practices that contribute to the overall reproduction of capitalist social formations and of their specific regimes of accumulation.” Ibid. p. 1287-1905.

O autor propõe, com isso, uma crítica materialista, porém sensível aos aspectos culturais das “implicações simbólicas das formas penais contemporâneas” e uma investigação sobre as “investigações hegemônicas de merecimento e desmerecimento” e sua relação com o modelo pós-fordista de produção capitalista.¹⁰⁶

2.2 Encarceramento, Políticas Sociais e Instituições

A relação entre as políticas sociais estatais¹⁰⁷ e sistema penal vem sendo tratada, tanto numa perspectiva sociológica quantitativa baseada em dados empíricos, que se aproxima da economia política da pena, quanto na perspectiva qualitativa, buscando-se identificar um vínculo teórico entre a política criminal e a política social, principalmente no que se refere aos princípios fundamentais que orientam o funcionamento das instituições penais e do bem-estar social.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Embora o autor tenha feito referência especificamente à investigação do encarceramento nos Estados Unidos, entende-se que a proposta não se limita à situação estadunidense, podendo ser utilizada em outros contextos. GIORGI, Alessandro de. Op. cit., nota 103, p. 1287-1905.

¹⁰⁷ As definições mais tradicionais de estado do bem-estar social apontam como característica predominante a responsabilidade pela garantia de um mínimo de bem-estar aos seus cidadãos. Numa perspectiva mais abrangente, ESPING-ANDERSEN sustenta que o conceito estado do bem estar social tem como núcleo central a cidadania social, envolvendo a garantia de direitos sociais, às quais se confere o status de direitos de propriedade, providos em razão de cidadania e não de performance. ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1990. p. 29

¹⁰⁸ A primeira referência à relação entre política criminal e estado do bem-estar social é encontrada no artigo de RUSCHE publicado em 1930 no *Frankfurter Zeitung*, *Revoltas nas Prisões ou Lições da Política Social na América*. O autor aborda notícias de motins nas prisões estadunidenses no final dos anos 1920, sustentando que a aplicação de penas mais severas e deterioração das condições carcerárias seriam utilizadas, naquele contexto, como um instrumento

de controle de “desempregados famintos”, em razão da inexistência de uma política social de cuidado. A utilização da política de encarceramento como instrumento de controle da “camada mais pobre economicamente” teria conduzido, nessa perspectiva à instalação de um quadro de superpopulação carcerária e, por consequência, a um retrocesso do movimento de reforma dos cárceres americanos característico do final do século XVIII. Comparando o quadro norte americano à situações europeia, RUSCHE observava que, na Europa “o choque do mercado de trabalho foi prevenido pelo cuidado do Estado com os desempregados” de forma que “as necessidades básicas daqueles que foram excluídos do processo de produção foi garantida, evitando que eles fossem forçados pelas necessidades a voltar-se para o crime”, razão pela qual o “sistema penal foi poupado da tarefa que lhe foi demandada 100 anos antes, notadamente de lidar com criminosos que não são dissuadidos por uma prisão que supre suas necessidades não satisfeitas.” Assim, o quadro americano deveria ser resolvido, segundo RUSCHE, não pelos sindicatos ou pelas organizações privadas de caridade, mas pelo bem-estar orientado pelo Estado, devendo o público americano desenvolver um “sentimento de responsabilidade” no tocante aos desempregados, reconhecendo que nem todos conseguem trabalho, ainda que “desejem sinceramente”. No original em inglês: “When, after the War, unemployment became chronic again, the crash of the labor Market was prevented by the state’s care for the unemployed. [...] Satisfaction of basic needs was guaranteed even to those who were left out of the production process, so that they were not forced by unsatisfied needs to turn to crime. In this way, the penal system was spared the task which it had been required to perform a hundred years ago, namely to cope with the criminals who are not deterred by a prison which provides for their needs...” Embora o autor faça repetidas referências à função dissuasiva da pena, a alusão ao “sentimento de responsabilidade” e a ênfase dos efeitos da pauperização das classes trabalhadoras sobre os índices de criminalidade podem ser considerados indícios da influência das concepções deterministas, nos moldes da chamada criminologia positivista. Nessa perspectiva, já são apresentadas as ideias de responsabilidade e o cuidado para com as classes menos favorecidas, como princípios subjacentes à relação entre bem-estar social e política criminal. RUSCHE, Georg. *Prison Revolts or Social*

Assim, em um primeiro momento, o estado do bem-estar social e o sistema penal foram apresentados como instituições complementares, componentes de um mecanismo único e integrado de controle social, organizados segundo um conjunto de princípios e regras comuns.

Posteriormente, adotou-se uma outra concepção segundo a qual o estado do bem-estar social e sistema penal seriam instituições inversamente relacionadas, de forma que a redução de prestações sociais e o expansionismo do sistema penal estariam estritamente relacionados.

2.2.1 Encarceramento e a Formação da Penalidade Moderna

A relação entre pena e estado do bem estar social foi abordada por GARLAND em Bem Estar Social e Pena, no contexto da formação da “penalidade moderna”,¹⁰⁹ obra na qual o autor buscou demonstrar um vínculo ideológico entre o ideal da reabilitação e as ideias que fundamentaram a organização Estado do bem-estar social

Embora adotando uma perspectiva revisionista — na qual busca-se identificar a relação entre formas de penalidade e formas de organização social—, o texto de GARLAND difere da concepção marxista ao associar as origens do sistema penal moderno, não à formação do Estado capitalista, mas às mudanças estruturais que ocorreram na virada do século XVIII para o século XIX, especialmente entre 1895 e 1914, notadamente à implementação do Estado do bem-estar social.

O autor aborda o processo de estruturação do sistema atualmente vigente, no qual institutos já existentes no Período Vitoriano foram readaptados internamente, passando sua aplicação a ser orientada de acordo com as concepções próprias da criminologia positivista e do ideal de reabilitação,

Policy: Lessons from America .*Crime and Social Justice* No. 13, Focus on Prisons, p. 41-44, Summer 1980.

¹⁰⁹ O autor desenvolveu em sua obra a ideia apresentada inicialmente por RUSCHE de forma incipiente e reducionista, como já mencionado acima. GARLAND, David. *Punishment and Welfare: a History of Penal Strategies*. Hants: Ashgate, 1985.

rompendo-se com os princípios da teoria clássica, ancorados na necessária proporção entre culpabilidade e punição.

Subjacente a essas transformações identificar-se-ia, segundo GARLAND, a ruptura com a visão clássica do criminoso racional e livre para ponderar e optar pela prática do delito, típica da “criminologia clássica”, substituindo-a pela aplicação dos princípios deterministas ao comportamento humano.

Nessa perspectiva, substituiu-se a pena proporcional e de caráter retributivo, fixada na medida da culpabilidade e produzida no âmbito do sistema de justiça criminal, pelas medidas curativas, estipuladas de acordo com as ciências médicas, adotando-se, por conseguinte, um sistema de via dupla, no qual

[...] a criminalidade poderia ser reformada. O indivíduo criminoso poderia ser transformado de alguma forma que produzisse sua adaptação social e reintegração- seu caráter poderia ser transformado e sua criminalidade curada. Em seguida, caso essa reforma fosse impossível ou impraticável a criminalidade poderia ser extinta. Assim, o criminoso incorrigível poderia ser executado, transportado ou então permanentemente segregado de forma a se remover a sua criminalidade do corpo social. ¹¹⁰

Nesse contexto, as instituições penais teriam sido remodeladas de forma que sua atuação inseria-se numa relação de continuidade com os programas estatais de seguridade e serviço social, sendo que o sistema penal atuaria como uma das formas de intervenção estatal de apoio aos necessitados.¹¹¹

Embora as ideias de retribuição e prevenção geral não tenham sido abandonadas de todo, foram relegadas a um plano secundário, passando a predominar a ideia de reforma.

¹¹⁰ No original: “First of all, criminality might be reformed. The individual criminal might be transformed in some way which brought about his social adaptation or re- attachment - his character might be transformed and his criminality cured. Secondly, where such reform was impossible or impractical, criminality might simply be extinguished, Thus the incorrigible criminal could be executed, transported, or else permanently segregate in such a way as to remove his criminality from the social body.” GARLAND, David. *Punishment and Welfare: a History of Penal Strategies*. Hants: Ashgate, 1985, p. 95

¹¹¹ Ibid. p. 74.

Assim, modificações drásticas foram implementadas no que se refere à fixação de penas, adotando-se como alternativas à prisão a chamada “probation” (suspensão condicional da pena) ou o parcelamento de multas, entre outros.

Com isso, a prisão deixou de ser utilizada como principal forma de consequência do crime, passando a destinar-se “a uma parcela menor da população criminal, frequentemente como uma sanção de reforço para outras instituições, em vez de ser a primeira opção”¹¹².

A prisão teria sido, segundo GARLAND, [...] descentralizada – alternou de sua posição como sanção central e predominante e tornou-se uma instituição entre muitas numa grande rede de sanções penais”, funcionando como “posição terminal” numa “extensa rede de alternativas ao encarceramento e estabelecimentos especializados.

Essas alterações externas, por sua vez, ocasionariam uma “recomposição” da população prisional, a qual passaria a incluir de um número inferior de presos, os quais viriam a ser “os bêbados, débeis mentais ou habituais”¹¹³

O autor concentrou sua análise na investigação dos mecanismos sociais que possibilitaram a formação da “penalidade moderna”, apontando como as contradições internas, conflitos e divergências da criminologia positivista, possibilitaram a implementação, na prática, de uma posição intermediária entre esta última e a “criminologia clássica”, conjugando-se as ideias de “homem criminoso”, “responsabilidade” e “determinismo”, com uma intervenção estatal individualizada.

Nessa perspectiva, as instituições de bem-estar social (seguridade e serviço social) e instituições penais passariam a atuar como partes integrantes de uma mesma política social.

O setor correcional (reformatórios, escolas industriais, retiros para os ébrios e débeis mentais, entre outros) era “funcionalmente adjacente” ao setor normalizador (“probation”, licença supervisionada, e outras alternativas à prisão), na medida em que o primeiro passava a intervir no caso de falha deste último e, além disso, utilizava-se dos serviços das agências normalizadoras para obter informações e supervisionar o progresso dos criminosos.

¹¹² GARLAND, David. Op. cit., nota 109, p. 23.

¹¹³ GARLAND, David. Op. cit., nota 109, p. 23.

A área final do “complexo penal”, seria constituída por vários reformatórios estatais para bêbados e débeis mentais, instituições de prisão preventiva e, em grande medida, as prisões ordinárias.

Essa terceira seção funcionava, segundo GARLAND, como um meio coercitivo ou uma “sanção de último recurso”, sustentando os setores anteriores, da mesma forma que o “complexo penal” funcionava como apoio coercitivo para as instituições que atuavam no âmbito social.¹¹⁴

A estrutura híbrida de “bem-estar penal” que resultou dessa conjunção de seções interligadas, combinando devido processo e penas proporcionais com orientação correcionalista, estabeleceram-se firmemente ao longo do século XX até o início dos anos 1970, quando se iniciou o declínio da ideia de reabilitação.

Tratava-se, observou GARLAND, de uma estrutura criada com “[...] motivos correcionalistas (reabilitação, tratamento individualizado, penas indeterminadas, pesquisa criminológica) e os arranjos dos especialistas que lhes davam suporte (“probation”, “parole”, cortes juvenis, programas de tratamento, etc.)”¹¹⁵

Essa mesma concepção foi utilizada pelo autor como ponto de partida, para analisar a tendência de aumento da população carcerária nas últimas décadas do século XX, em seguida ao colapso do sistema de “bem-estar penal”, nos Estados Unidos e na Inglaterra.¹¹⁶

O autor associou o processo de desestruturação do Estado do bem-estar social e, por consequência, do bem-estar penal — ambos fenômenos ocasionados

¹¹⁴ GARLAND, David. *Punishment and Welfare: a History of Penal Strategies*. Hants: Ashgate, 1985, 243.

¹¹⁵ No original: “ [...] motifs (rehabilitation, individualized treatment, indeterminate sentences, criminological research) and the specialist arrangements that supported them (probation, parole, juvenile courts, treatment programs, etc.)”GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Kindle, pos. 549.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 338.

pelas transformações do capitalismo pós fordista na modernidade tardia —¹¹⁷ ao aumento acentuado da população carcerária nos Estados Unidos e, em menor escala, na Inglaterra.¹¹⁸

Segundo GARLAND, o sistema penal americano, cujas práticas orientavam-se pela ideia de reabilitação, passou a ser objeto de questionamento, nos anos 1970, podendo-se identificar duas principais posições críticas.

Por um lado, questionava-se o sistema de sentenças indeterminadas associadas à ideia de correção e tratamento individual, sustentando-se a necessidade de uma limitação do poder de intervenção estatal, na medida da finalidade retributiva da pena, por meio de critérios de proporcionalidade.

Por outro lado, a esse movimento de limitação do poder punitivo opunha-se uma crítica veemente à suposta leniência judicial, atacando-se as sentenças indeterminadas por sua excessiva flexibilidade.

Apesar de fundamentadas em concepções díspares, essas críticas acabaram por impulsionar um movimento único de reformas legislativas que implementaram uma política criminal com ênfase na prevenção geral negativa a incapacitação, utilizando-se o encarceramento como consequência jurídica preferencial do crime.

Dentro de poucos anos, o movimento atingiu uma série de sucessos práticos, notadamente a aprovação, em 1976, da lei de pena determinada na Califórnia — o estado onde o regime de pena indeterminada e tratamento individualizado eram melhor estabelecidos.

Nos anos seguintes, outros estados começaram a seguir esse padrão – mais notadamente Minnesota, o qual estabeleceu uma comissão de fixação de pena e

¹¹⁷ O autor utiliza a expressão “modernidade tardia” referindo-se às transformações sociais em larga escala que ocorreram na segunda metade do século XX, preferindo esse termo, em vez de “novos tempos”, “pós-fordismo”, “pós bem-estar” e “neoliberalismo”, em razão de sua falta de precisão terminológica. GARLAND, David. Op. cit., nota 114, p. 1311.

¹¹⁸ GARLAND, David. Op. cit., nota 114, p. 1714.

aderiu estritamente às propostas do modelo do justo merecimento, nos termos do relatório “Doing Justice.”¹¹⁹

Ao longo das duas décadas seguintes, quinze estados estabeleceram diretrizes de individualização da pena, dez eliminaram o livramento condicional e vinte e cinco editaram orientações de livramento condicional. Em 1970, todos os estados dos E.U.A tinham leis de fixação de pena indeterminada. Nos 30 anos seguintes, quase todos os estados repudiaram isso de alguma forma, introduzindo uma grande transformação na política e na prática de fixação de penas ¹²⁰

¹¹⁹ von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. Relatório elaborado por von HIRSCH como produto final do trabalho do Comité para o Estudo do Encarceramento, apresentando uma análise do modelo de reabilitação, questionando seus fundamentos teóricos e empíricos, abordando a questão do ponto de vista normativo, mas conferindo ênfase aos fins da pena. von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976.

¹²⁰ No original: “Within a few years, the movement achieved a series of practical successes, most notably the passing of a 1976 determinate sentencing law in California – the state where indeterminate sentencing and individualized treatment regimes had been best established. . In the next few years other states began to follow this pattern – most notably Minnesota which established a sentencing commission and closely adhered to the ‘just deserts’ proposals of Doing Justice report, Over the next two decades, fifteen states established sentencing guidelines, ten eliminated parole, and twenty-five enacted parole guidelines. In 1970 all of the US states had indeterminate sentencing laws. In the thirty years since, early every state has in some way repudiated this, bringing about a major transformation in sentencing policy and practice.” GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Kindle, pos. 1048.

Essas reformas legislativas contribuíram de forma importante, segundo GARLAND, para o crescimento acentuado dos índices de encarceramento nos Estados Unidos, no final do século XX.

A influência dessa mudança de orientação nas taxas de encarceramento teria ocorrido, de acordo com o autor, no âmbito das decisões tomadas nas várias esferas do sistema de justiça criminal, na medida em que a ideia de reabilitação teria deixado de ser aplicada visando ao bem-estar, para ser inserida numa moldura de gerenciamento de riscos.

A reabilitação funcionaria, nessa nova perspectiva, “[...] como uma intervenção direcionada, inculcando autocontrole, reduzindo o perigo e incrementando a segurança do público.”¹²¹

Nesse contexto, a prisão deixaria de ser considerada um recurso residual, a ser utilizada somente para o caso de falha de todas as intervenções estatais menos graves, e passaria a apresentar-se como a forma de punição preferencial, uma vez que conjugaria simultaneamente finalidades retributivas e de controle de risco, punição e proteção.¹²²

Em que pese a limitação geográfica da proposta inicial, GARLAND atribuiu ao movimento de declínio das ideias de reabilitação um caráter generalizado, ao afirmar que “as ortodoxias da fé reabilitativa colapsaram em virtualmente todos os países desenvolvidos.”

Assim, em um primeiro momento, o autor associou a política do bem-estar social na virada do século XIX para o século XX à implementação do chamado “bem-estar penal”, enfatizando a adoção de um conjunto de princípios e práticas que resultaram na redução da frequência de utilização do encarceramento.

Embora a política de bem-estar social e a política criminal tenham sido associadas, o autor não sustentou a existência de um vínculo direto entre os índices de encarceramento e a dimensão das instituições de bem-estar.

¹²¹ GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Kindle, pos. 2900.

¹²² *Ibid.* p. 3271.

Em vez disso, apresentou política social e política criminal como dois componentes complementares de uma mesma estrutura de controle social, ambos influenciados por um mesmo conjunto de ideias e princípios que orientaram suas práticas.

Posteriormente, o autor apontou a produção de uma política de controle social bifurcada ou ambivalente, como resultado de uma disputa entre concepções criminológicas concorrentes no nível das agências individuais e departamentos governamentais.

Ao longo das duas últimas décadas, políticas punitivas e centradas no estado acompanharam e contradisseram as estratégias de normalização do crime, responsabilização de outros, redefinição do desvio.

Enquanto administradores de agência, departamentos de governo e autoridades locais ocuparam-se em reduzir a escala da resposta da justiça criminal, ou em construir uma nova infraestrutura de “parcerias preventivas”, oficiais eleitos e legislativos tem escalado a resposta penal e promovido o que acaba por tornar-se uma estratégia de segregação punitiva.¹²³

2.2.2 Encarceramento e Sociedade Excludente

Adotando a mesma concepção, BECKET e WESTERN analisaram dados coletados nos Estados Unidos, no nível das administrações estaduais, nas três últimas décadas do século XX, buscando identificar, em uma abordagem quantitativa, uma relação negativa entre as prestações de bem-estar social e o aumento dos índices de encarceramento.

Assim, partindo do pressuposto que as políticas social e penal são “componentes da resposta do governo à marginalidade social”, a hipótese do trabalho consiste na associação entre regimes de política social includentes e políticas criminais menos punitivas e, por consequência, entre regimes de política social excludentes e políticas criminais mais severas.

¹²³ GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Edição Kindle, p. 2298

Os resultados obtidos a partir da elaboração de séries estatísticas regressivas sugerem, segundo os autores, que, começando nos anos 1980, os estados com uma população negra maior gastaram menos com bem-estar social e encarceraram em níveis maiores.

Além disso, nos anos 1990, a relação negativa entre gastos com bem-estar social e encarceramento teria passado a apresentar-se em dimensões mais significativas, de forma que estados cujo poderes legislativos eram compostos por políticos do Partido Republicano apresentaram redução nos gastos com bem-estar social e aumento nos índices de encarceramento, em razão de uma tendência de adoção de uma política social mais excludente e de uma abordagem punitiva da marginalidade social.¹²⁴

A mesma hipótese foi testada por DOWNES e HANSEN, com dados comparativos de dezenove países da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) utilizando-se a mesma metodologia, ou seja, análises estatísticas contendo a taxa de encarceramento e o gasto público numa série de serviços de bem-estar social.

O estudo realizado com dados de 1998 resultou na confirmação da hipótese, demonstrando-se uma relação negativa entre os gastos com bem-estar social e as taxas de encarceramento.

Dentre os sete países com as maiores taxas de encarceramento todos gastam proporções de seu Produto Interno Bruto abaixo da média em serviços de bem-estar, enquanto os oito países com as menores taxas de encarceramento todos gastam proporções de seu Produto Interno Bruto acima da média em serviços de bem-estar, exceto Japão. [...] Dinamarca, Suécia e Finlândia gastam as maiores proporções de seu PIB em bem-estar social e têm as menores taxas de encarceramento. No outro

¹²⁴ BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing Social Marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. *Punishment and society*. Vol 3, Issue 1, p.43-59,2001. Sobre o tema ver também PARENTI, Christian. *Lockdown America: Police and Prisons in the Age of Crisis*. Londres: Verso, 1999; YOUNG, Jock. Cannibalism and bulimia: Patterns of social control in late modernity. *Theoretical Criminology*. London: Sage Publications. Vol. 3 (4): 387-407. GREENBERG, David. F; WEST, Valerie. State Prison Populations and their Growth, 1971-1991. *Criminology*. Volume 39, Number 3, 2001.pp. 615-654.

extremo, os EUA gastam a menor proporção de seu PIB em bem-estar social e têm as maiores taxas de encarceramento de todos os países examinados aqui.¹²⁵

Entretanto, essa conclusão baseia-se numa análise estática, retratando um determinado momento a título ilustrativo. Por isso, os autores investigaram a evolução dessa correlação ao longo do tempo, por meio de uma análise estatística regressiva, aplicada no período entre 1987 e 1998.

A série temporal corrobora os resultados anteriores, constatando-se uma interação entre as tendências de encarceramento e os gastos com bem estar. Entretanto, a relação seria mais robusta no final dos anos 1990.

Os autores notaram que a correlação negativa mantém-se mesmo quando são incluídos no modelo outros fatores como índice de criminalidade e índices de desemprego. Observaram, entretanto, que resta por explicar como os gastos com bem-estar social e os índices de encarceramento interagem em termos de políticas sociais e penais.

Além disso, apontam uma contradição no caso da Inglaterra, onde houve uma coincidência entre aumento de gastos com bem-estar e crescimento da população prisional nos últimos anos do século XX, incongruência que poderia ser explicada, segundo BECKETT e WESTERN com base no fato de que os gastos com bem-estar resultaram, na realidade, em investimentos no setor privado, não tendo efetivamente chegado a alcançar as escolas, hospitais e outros serviços de cuidado.

¹²⁵ Os autores observam que a relação entre gastos com o bem-estar e índices de encarceramento mostra-se mais forte quando Japão e Estados Unidos são excluídos do modelo, tendo em vista apresentarem índices de encarceramento excepcionalmente baixos ou altos respectivamente. BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing Social Marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. *Punishment and society*. Vol 3, Issue 1, p.43-59,2001.

2.2.3 Encarceramento e Neoliberalismo

A relação entre bem-estar social e política criminal foi retomada por WACQUANT, numa perspectiva diversa daquela adotada por GARLAND, na qual as políticas social e penal são apresentadas como estruturas adjacentes de construção do Estado neoliberal.¹²⁶

Inicialmente, o autor desenvolveu um modelo teórico no qual a introdução da “penalidade punitiva”, caracterizada pela frequente utilização da pena de prisão, — nos moldes da política criminal adotada nos Estados Unidos nos últimos 30 anos do Século XX —, foi apresentada como consequência acidental ou subproduto da adoção do modelo capitalista neoliberal nos países da União Europeia.

Nessa perspectiva, a política criminal expansionista, — materializada na implantação de medidas como “[...], translação para cima da escala das sentenças pronunciadas e rarefação das saídas (redução drástica da liberdade condicional)” —¹²⁷ estariam inseridas em um contexto social mais amplo de supressão da intervenção econômica do Estado ou redução significativa dos gastos públicos com bem-estar social.

O caso holandês seria, segundo WACQUANT, um dos exemplos da relação entre política criminal expansionista e redução do Estado-previdência, apresentando uma população carcerária triplicada entre 1983 e 1996, como resultado da adoção de uma racionalidade gerencial no sistema de justiça criminal.

Já na França, a expansão do “Estado Penal” não teria vindo, como nos Estados Unidos, por meio do encarceramento e de uma drástica redução com gastos sociais. Nesse caso, assim como em outros países da Europa com “tradições estatais fortes”, nota-se uma maior cobertura assistencial das populações excluídas do mercado de trabalho, intensificando-se simultaneamente o tratamento social e penal das “categorias por muito tempo marginalizadas pela muração do

¹²⁶WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009.

¹²⁷ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 68-69.

trabalho assalariado e a correspondente reconfiguração das políticas de proteção.”¹²⁸

Com essa maior cobertura, porém, adotar-se-ia, segundo o autor, uma “regulamentação punitiva das parcelas pauperizadas do novo proletariado pós-fordista”, que atua por meio de dispositivos de vigilância “rígida e meticulosa” integrados aos programas assistenciais (agências de emprego, serviços sociais, caixas de seguro-doença, hospitais, abrigos públicos, etc.), sistematizando a coleta de informações e coordenando intervenções.¹²⁹

Não obstante as especificidades indicadas em nível nacional, o autor aponta um fenômeno generalizado na Europa Ocidental de “deslizamento do social para o penal” no âmbito discursivo, com introdução de máximas punitivas, enfatizando a responsabilidade individual, que sugere e adoção de um

[...]novo senso comum penal neoliberal [...] articulado em torno da maior repressão dos delitos menores e das simples infrações (com o slogan, tão sonoro como oco, da “tolerância zero”), o agravamento das penas, a erosão da especificidade do tratamento da delinquência juvenil, a vigilância em cima das populações de territórios considerados “de risco”, a desregulamentação da administração penitenciária e a redefinição da divisão do trabalho entre público e privado...

Reconhecendo, entretanto, que a implementação dessas diretrizes se deu de forma mais ou menos intensa, de acordo com as particularidades de contexto nacional, WACQUANT observa que os diferentes índices de encarceramento e as flutuações das populações carcerárias nacionais variam em função do grau de penetração da ideologia neoliberal e de seus efeitos sobre as políticas sociais e penais.¹³⁰

Assim, as tendências de redução ou estabilização da população carcerária em países como Áustria, Finlândia, Alemanha, Dinamarca e Irlanda, seriam produto de introdução de medidas desencarceradoras, inseridas em conjunto com um movimento político de resistência à implantação das medidas neoliberalizantes,

¹²⁸ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001. P. 70.

¹²⁹ Ibid. p. 80.

¹³⁰ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.p. 93.

caracterizado pela regulamentação do mercado e pelo investimento em políticas sociais.

Esse modelo teórico inicial viria a ser desenvolvido posteriormente por WACQUANT em *Punir os Pobres: O Governo Neoliberal da Insegurança Social*, aplicando-se a hipótese ao caso dos Estados Unidos, para demonstrar que a expansão da intervenção do Estado em matéria penal constituiria, não um efeito indesejado do capitalismo neoliberal, mas parte integrante de um projeto implementado pelas forças dominantes buscando controlar a população excluída do mercado de trabalho.

A hipótese foi demonstrada por meio da análise das grandes transformações políticas da segunda metade do século XX, notadamente, a chamada “crise do Estado de bem-estar social”, e sua associação ao processo político que conduziu à irrupção do “Estado Penal” americano, adotando-se como tese central a própria “aproximação empírica e analítica entre política social e política penal.”¹³¹

Nessa perspectiva, a “atrofia” planejada da intervenção estatal no mercado, redução drástica nos gastos com bem-estar social, substituindo-se o “welfare” pelo “workfare”, e a hipertrofia do estado penal, ilustrada pela quadruplicação da população carcerária em duas décadas, são apresentados como desenvolvimentos concorrentes e complementares.

Assim, além de substituir o direito à assistência das crianças indigentes pela obrigação imposta a seus pais de trabalhar ao cabo de dois anos, a reforma do “welfare” avalizada por CLINTON, em 1996 submeteria os beneficiários da ajuda pública a um fichamento intrusivo, instaurando uma rígida supervisão de suas condutas – em matéria de educação, trabalho, droga e sexualidade, suscetível de desembocar em sanções tanto administrativas como penais.[...] Por outro lado, as prisões deveriam “nolens volens” fazer face, com urgência e com os meios disponíveis, às dificuldades sociais e médicas que sua “clientela” não foi capaz de resolver em outra parte [...] E a mesma população circularia em circuito quase fechado de um pólo a outro desse “continuum” institucional.¹³²

¹³¹ WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009. Edição Kindle p. 578.

¹³² WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 65.

Dessa forma, apesar do déficit fiscal causado pela redução drástica na tributação de grandes corporações e dos ricos, verifica-se um incremento de mais de noventa e cinco por cento no orçamento do sistema penitenciário entre 1976 e 98, implementados, segundo o autor, às custas de cortes no orçamento dos serviços sociais e reduções de cobertura na saúde e educação.¹³³

Subjacente a esses desenvolvimentos, encontra-se, segundo o autor, a mesma filosofia behaviorista baseada em prevenção negativa, vigilância, estigma e penas graduadas, de forma que o bem-estar restruturado segundo a ética do trabalho e do merecimento e o repúdio à ideia de reabilitação nas prisões formam uma única rede organizacional que tem como alvo a mesma clientela.¹³⁴

O novo governo da insegurança social implementado nos Estados Unidos e oferecido como um modelo para outros países avançados implica uma alteração do setor social para o setor penal do Estado (detectável na realocação dos orçamentos públicos, pessoal e precedência discursiva) e a colonização do setor de bem-estar pela lógica panoptica e punitiva característica da burocracia penal pós reabilitação

Com isso, o autor retoma parcialmente a concepção inicial de GARLAND, no que se refere à atuação conjunta das agências do bem-estar social e do sistema de justiça criminal.

Entretanto, o modelo teórico de GARLAND apresenta a conjugação entre políticas de bem-estar social e política criminal como uma expressão da ambivalência característica da modernidade tardia, de forma que o declínio da ideia de reabilitação contribui, por um lado, para a redução da intervenção estatal no que se refere ao bem-estar social, implicando, por outro lado, níveis mais intensos de controle penal pelo Estado.

Já no modelo de WACQUANT, a associação estratégica entre as políticas sociais e penais serve de instrumento para a reestruturação do estado segundo a racionalidade do capitalismo neoliberal, em resposta, à insegurança social como um todo, decorrente da fragmentação do mercado de trabalho.

¹³³WACQUANT, Loïc. Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity. Durham: Duke University Press, 2009. pos. 3609.

¹³⁴Ibid. p. 6318.

Ao encorajar os serviços de assistência social estatal, saúde e educação a colaborar com o sistema policial e judicial, o novo modelo os transformaria em extensões do aparato penal, instituindo um panopticismo social que, disfarçado de promoção do bem estar de lares desprovidos, os submeteria a uma forma mais precisa penetrante de vigilância punitiva.¹³⁵

“Longe de ser um desenvolvimento incidental ou teratológico”, sustentou WACQUANT, “a expansão hipertrófica do setor penal do campo burocrático é um elemento essencial da sua nova anatomia na idade do neo-Darwinismo econômico.”¹³⁶

¹³⁵ No original: “Encouraging state social assistance, health and education services to collaborate with the police and judicial system turns them into extensions of the penal apparatus, instituting a social panopticism which, under cover of promoting the well-being of deprived households, submits them to an ever-more precise and penetrating form of punitive surveillance.” WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009. pos. 716.

¹³⁶ No original em Inglês: “Far from being an incidental or teratological development, the hypertrophic expansion of the penal sector of the bureaucratic field is an essential element of its new anatomy in the age of economic Darwinism.” Para ilustrar seu argumento, o autor recorreu à figura maquiavélica do príncipe-centauro, para caracterizar o Estado neoliberal como Estado-centauro, contendo uma estrutura animal feroz, representando a força e coerção voltada para os pobres, e uma face humana e benevolente e tolerante, no que se refere às forças do mercado. Trata-se de um híbrido “[...] guiado por uma cabeça liberal sobre um corpo autoritário, aplica a doutrina do “laissez-faire et laissez passez” para cima, no que se refere às desigualdades sociais e os mecanismos que os geram (a atuação livre do capital, a deterioração das leis trabalhistas a desregulamentação do emprego, retração ou remoção das proteções coletivas), mas torna-se brutalmente paternalista e punitivo para baixo, no que diz respeito a lidar com suas consequências no nível cotidiano.” Além da imagem do centauro, o autor utiliza também a terminologia criada por BOURDIEU para referir-se às instituições estatais como mão direita, referindo-se às atividades da polícia, justiça e administração penitenciária, e mão esquerda, no que tange àquelas que

Nesse contexto, a prisão foi apresentada, não como um aparato tecnológico de execução da lei, um fator paradoxal da redução do Estado, mas como uma instituição nuclear do Estado neoliberal, de forma que “workfare” and “prisonfare”¹³⁷ atuariam como componentes integrais de uma estratégia de reforço de sua potencia e eficiência.¹³⁸

Embora reconhecendo que a formação do Estado penal apresenta evoluções diversas, variando de acordo com as características de cada sistema político, WACQUANT apontou seis características comuns a todos os modelos.

Primeiramente, seria promovido o fim da era de leniência, atacando-se a criminalidade por meio da repressão de pequenas infrações e manifestações de desordem urbana, em territórios ocupados por populações problema.

buscam proteger a expandir as chances de vida, representadas por leis trabalhistas, saúde, educação, assistência social e habitação pública. Nessa perspectiva, sustenta WACQUANT que a regulação e controle das classes trabalhadoras, antes objeto da atuação da mão direita do Estado, passa, no Estado neoliberal, para o âmbito de atuação da mão esquerda, na medida em que polícia, justiça e sistema penal atuam de forma “ativa e intrusiva nas zonas subalternas do espaço urbano e social.No original: “Increasingly active and intrusive in subaltern zones of social and urban space.” WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009. Edição Kindle p. 716, 449, 1218;BOURDIEU, Pierre (coord.) *A Miséria do Mundo*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 217.

¹³⁷ A expressão “Prisonfare” é utilizada no âmbito da criminologia para designar a tendência de afastamento dos sistema penal de temas de reabilitação e reintegração no mercado de trabalho típicos de um sistema penal do Estado do bem-estar social, os quais são substituídos por concepções que enfatizam a necessidade de depósito de seções permanentemente desempregadas do chamado “preariado”, ou seja, a penalização da pobreza. SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalisation and Advanced marginality: Critically expolring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.2.

¹³⁸WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009. p. 233.

Proliferariam, assim, novas leis penais, além de inovações burocráticas e tecnológicas, como por exemplo, parcerias entre a polícia e escolas, hospitais e serviços de assistência social, multiplicação de sistemas de vigilância por câmeras, procedimentos judiciais sumários, monitoração eletrônica, coleta de material genérico, entre outros.

A adoção dessas medidas, por sua vez, seria sustentada por um discurso de insegurança ampliado pela mídia comercial, partidos políticos e profissionais do sistema penal.

Além de valorizar a repressão, esse discurso de “guerra ao crime” estigmatizaria, segundo WACQUANT, os jovens oriundos de bairros de trabalhadores, desempregados, sem-teto, mendigos, usuários de drogas e prostitutas de rua, além de imigrantes, “designados como vetores naturais de uma pandemia de infrações menores que envenenam o cotidiano”

Por fim, no âmbito carcerário, a filosofia da reabilitação seria suplantada pela abordagem gerencialista, com ênfase na administração de estoques e fluxos, orientada segundo uma racionalidade utilitarista centrada na relação custo benefício.¹³⁹

Assim, a gradual transformação do “Welfare” em “Workfare”, teria conduzido a uma expansão do aparato penal americano, ampliando sua capacidade de processar e armazenar, para dar conta do controle e confinamento das pessoas problemáticas que não tenham se adequadado à essa evolução.

Essa expansão teria sido promovida mediante a adoção de medidas de política criminal como as penas determinadas, “truth in sentencing” e “Three strikes and you’re out”, as quais reduziram a discricionariedade na fixação das penas na fase judicial e durante a execução das penas, visando a manter categorias inteiras de autores de infrações de menor potencial ofensivo no cárcere por períodos mais longos.¹⁴⁰

O crescimento da população carcerária americana nas duas últimas décadas teria resultado, portanto, segundo WACQUANT, não do aumento na criminalidade

¹³⁹Ibid. p. 359-377.

¹⁴⁰WACQUANT, Loïc. Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity. Durham: Duke University Press, 2009. pos. 1491.

violenta, mas do recurso ao encarceramento para crimes de rua e infrações menores, especialmente infrações relacionadas a drogas e comportamentos descritos como desordem ou perturbações, para os quais não se utilizava a pena privativa de liberdade até então.¹⁴¹

No que se refere aos Estados Unidos, observou WACQUANT, que, embora a deterioração do Estado do bem-estar social, implementada por meio da redução de coberturas, tenha afetado todos os beneficiários indiscriminadamente, a severidade penal associada a esse fenômeno caracterizou-se pela seletividade étnica e social, tendo atingido predominantemente certas zonas geográficas.

[...]é suficiente, para discernir as funções extrapenológicas da desproporcional extensão do aparato penal nos EUA mesmo com a queda na criminalidade de mais de uma década, desenhar grosseiramente o perfil sociológico da “clientela” que ele acomoda no seu ponto de acesso. Assim, meio milhão de detentos que enchem as 3.300 cadeias em qualquer dia do ano, os 14 milhões de corpos que passam por seus portões no curso de um ano típico são essencialmente retirados das frações mais marginalizadas das classes trabalhadoras e especialmente de famílias subproletárias de cor nas cidades segregadas, assoladas pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social.¹⁴²

A interpretação do fator étnico demandaria, segundo o autor, a conjugação das perspectivas durkheimiana e marxista, de forma a se alcançar “as operações simbólicas e materiais da pena em relação às divisões etnoraciais.”

Nessa perspectiva, a seletividade étnica constituiria a demonstração da função da pena como instrumento de geração, reforço e demarcação de limites simbólicos, cujo estudo deve ser associado com a sua função material.¹⁴³

Embora faça referência expressa a um projeto político de implantação de um sistema neoliberal de controle social, WACQUANT negou uma abordagem reducionista ou mecanicista, admitindo, porém, que apresentou seus argumentos de forma esquemática e hiperbólica propositalmente, de forma a atrair a atenção de colegas pesquisadores, estudantes e criminólogos.¹⁴⁴

¹⁴¹Ibid. p. 2834.

¹⁴²WACQUANT, Loïc. Op. cit., nota 139, p. 1694.

¹⁴³WACQUANT, Loïc. Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity. Durham: Duke University Press, 2009. pos. 4380

¹⁴⁴Ibid. p. 241.

Ao inserir o encarceramento em um contexto social mais amplo, WACQUANT buscou demonstrar que o fenômeno generalizado de crescimento da população carcerária, ainda que apresente variações de acordo com as especificidades locais, recebe influência significativa de fatores que não estão adstritos ao sistema penal, rompendo, assim, com a concepção segundo a qual as taxas de encarceramento constituem consequência direta e necessária dos índices de criminalidade.

É inegável a importância da contribuição de WACQUANT para o desenvolvimento do tema, na medida em que, ao associar a desregulamentação do mercado de trabalho e a correlata redução dos gastos previdenciários com o aumento da população carcerária, o sociólogo reintroduziu no debate sobre o encarceramento a questão das políticas sociais estatais.

Nessa perspectiva, o autor afastou-se da abordagem de governança característica de FOULCAULT, adotando, em vez disso, uma concepção que atribui ao Estado um papel central na promoção das reformas neoliberais, como “única instituição capaz de uma transferência rápida e maciça de riqueza de contribuintes ordinários para banqueiros e especuladores”, promovendo, ao mesmo tempo, considerável incremento nos poderes policiais de vigilância e a implementação de políticas criminais encarceradoras.¹⁴⁵

Também a ênfase na utilização de referências a dados estatísticos e discursos produzidos no âmbito dos diferentes níveis do sistema penal, conferiria ao seu modelo teórico um significativo embasamento empírico, permitindo o posterior desenvolvimento da abordagem proposta pelo autor sob outras perspectivas ou em outros contextos fáticos.

Assim, instaurou-se um amplo e diversificado debate em torno do tema, a partir da perspectiva de WACQUANT, procurando-se abordar criticamente suas hipóteses e elaborações teóricas, especialmente no que se refere à associação entre política criminal e neoliberalismo.

¹⁴⁵ SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalisation and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.2-20.

Uma forte tendência estruturalista foi atribuída ao modelo do autor, observando-se que, embora abundante em dados estatísticos e referências às práticas e decisões tomadas no âmbito do sistema penal, o texto estaria limitado a enunciar a aproximação entre o crescimento da população carcerária e a introdução de reformas neoliberalizantes, deixando, porém, de identificar os mecanismos que interligam os aspectos macro e microsociológico.

Apontou-se, nessa perspectiva, uma abordagem conspiratória, na medida em que o autor teria sustentado a implementação de uma estratégia organizada e imposta verticalmente no sentido de se reestruturar o estado de acordo com a lógica mercadológica, sem esclarecer como se dá a uniformização das decisões que conduzem efetivamente ao encarceramento em massa.

Trata-se de indagar, como NELKEN,

Quem está envolvido em demandar e implementar a punitividade, e quem se beneficia dela? São esses grupos os mesmos em diferentes lugares? Como a punitividade chegou a colonizar as instituições de justiça criminal? Como a punitividade molda as decisões individuais daqueles que atuam no sistema?¹⁴⁶

¹⁴⁶ No original: “Who is involved in calling for and implementing punitiveness, and who benefits from it? Are these groups the same in different places? How does punitiveness come to colonize criminal justice institutions? How does punitiveness shape the individual decisions of those in the system?” NELKEN, David. Denouncing the Penal state. *Criminology & Criminal Justice*. Vol 10, Issue 4, pp. 331 - 340, 2010. No mesmo sentido, LACEY, Nicola. Differentiating among Penal States. *The British Journal of Sociology* 2010 Volume 61 Issue 4. pp. 778 – 793; CAMPBELL, John L. Neoliberalism’s penal and debtor states. *Theoretical Criminology* Vol. 14 : I. pp. 59-73, Sage Publications, 2010; LEA, John et al. Bringing the state back in: understanding neoliberal security. In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalisation and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.23. PITTS, John. The third time as a farce: whatever happened to the penal state? In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalization and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.65. Em sentido contrário, mas admitindo que o autor utiliza expressões “que podem sugerir visões conspirativas, como “serve para”, “promovido por”, “tem por função”, “convem”, “utilidades”, “tem como objeto”, etc. GONZALEZ SÁNCHEZ, Ignacio.

Essa debilidade explicativa impossibilitaria, segundo LACEY, que a hipótese viesse a ser testada em diversos contextos, inviabilizando-se a investigação do grau de influencia do neoliberalismo em variadas circunstâncias e, portanto, o desenvolvimento do tema de forma mais abrangente.¹⁴⁷

No que diz respeito à uma abordagem comparativa entre diferentes países, observou-se na obra de WACQUANT uma tendência de generalizar o modelo proposto, sem levar em conta, ou abordando apenas superficialmente, especificidades nacionais ou locais, especialmente no que se refere ao momento de introdução das medidas de cunho neoliberalizante e as origens históricas dos movimentos da política criminal em cada contexto nacional.

A própria análise do autor sugeriria, segundo PRATT, que Estados Unidos e Europa diferem no que diz respeito ao tratamento dos pobres por razões culturais e históricas que antecedem a introdução das reformas neoliberais, já que o estado do bem-estar americano apresenta desde sempre um caráter mais caritativo que o europeu, mais orientado a reforçar laços sociais e reduzir desigualdades.

Além disso, o autor teria deixado de analisar casos de declínio da população prisional como Alemanha, Finlândia e até mesmo o vizinho Canadá, país que só foi mencionado duas vezes na obra, conduzindo ao questionamento de PRATT: “se essas forças neoliberais que WACQUANT alega estão por trás da difusão da penalidade punitiva são tão potentes, elas não deveriam pelo menos ultrapassar as Cataratas do Niagara?”¹⁴⁸

O desenvolvimento e aplicação da hipótese de WACQUANT fora dos Estados Unidos, notadamente nos países da União Europeia, mantém-se por meio de uma abordagem diversa.

Redefiniendo la pobreza y la penalidad: la formación del Estado neoliberal. *Revista Española de Sociología*. nº 15 Primer Semestre 2011.

¹⁴⁷ LACEY, Nicola. Differentiating among Penal States. *The British Journal of Sociology* 2010 Volume 61 Issue 4. pp. 778 – 793

¹⁴⁸ PRATT, John. The International diffusion of punitive penalty: or, penal exceptionalism in the United States? Wacquant vs Whitman. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 44(I) 116-128, 2011.

Nesse caso, sustentou o autor, não a expansão do setor carcerário, mas uma influência maior da política e do judiciário sobre a penalização dos pobres, na medida em que a configuração neoliberal do estado teria resultado em uma atuação cada vez mais penetrante e punitiva dos serviços sociais.

Entretanto, a advertência de WACQUANT deixou de levar em consideração os diferentes modelos de Estado social adotados em cada país, podendo-se observar que o modelo liberal em uso nos países anglófonos, por exemplo, dão sustentação à tese do autor, ao passo que, nos modelos sociais democráticos proporcionam maior segurança social, dificultando a confirmação de sua hipótese.¹⁴⁹

O autor teria falhado, segundo PITTS em distinguir entre países que “abraçaram a americanização” e aqueles que resistiram em razão de diferenças culturais, cívicas e tradições jurídicas.¹⁵⁰

De acordo com MAYER, embora alguns conceitos originalmente americanos como “tolerância zero via “Broken Windows” to “workfare”” tenham sido introduzidos na Europa e alhures, o sistema de bem-estar social e a política criminal americana teria se mantido como caso excepcional e único, na medida em que não se pode afirmar que as manifestações neoconservadoras verificadas recentemente nos países da Europa ocidental permanecerão no futuro.¹⁵¹

Nesse sentido, STERN aponta a resistência dos partidos políticos europeus tradicionais (de esquerda, centro-esquerda e centro-direita) ao modelo estadunidense, tanto no que tange à política criminal quanto no que se refere aos serviços sociais, apesar da adesão dos partidos de direita como a Frente Nacional Francesa, que sustenta a reintrodução da pena de morte para homicídio, terrorismo

¹⁴⁹ PRATT, John. The International diffusion of punitive penalty: or, penal exceptionalism in the United States? *Wacquant v Whitman. Australian & New Zealand Journal of Criminology*, Sage, 44(1) 116-128, 2011.

¹⁵⁰ PITTS, John. The third time as a farce: whatever happened to the penal state? In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalization and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: *The Policy Press*, 2012. p.66.

¹⁵¹ MAYER, Margit. Punishing the Poor – a debate: Some questions on Wacquant’s theorizing the neoliberal state. *Theoretical Criminology*. Vol. 14(1): 93-103, 2010.

e tráfico de drogas de grandes dimensões, a duplicação da receita da justiça e a ampliação do sistema prisional.¹⁵²

Quanto à redução dos gastos públicos com bem estar social, trata-se de fenômeno que não se repetiria de forma uniforme em toda a União Europeia, como demonstrou CHELIOTIS, observando que, no caso da Grécia, a flexibilidade do mercado laboral, a remuneração reduzida da força de trabalho e os altos índices de desemprego constituiriam prática histórica que precederiam a introdução das reformas neoliberais, as quais teriam sido introduzidas no país somente nos anos 2000.

As medidas de desregulamentação implementadas no século XXI seriam, portanto, posteriores à tendência punitivista experimentada na Grécia nos últimos anos do Século XX, sendo certo que essa evolução teria raízes históricas relacionadas ao período ditatorial da segunda metade do Século XX.¹⁵³

Também na Espanha, a precarização dos vínculos trabalhistas e as reformas trabalhistas teriam tido uma evolução diversa daquela apontada por WACQUANT no caso dos Estados Unidos, sendo certo que o Estado do bem estar social e a família teriam evitado, na visão de GONZALES SANCHEZ, que as forças de mercado influenciassem de forma mais intensa os níveis de encarceramento,

¹⁵²STERN, Vivien. The International Impact of U.S. Policies. In MAUER, Marc et al. *Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*. New York: New Press, 2002. Edição kindle. Pos. 4556; No mesmo sentido, PITTS, John. The third time as a farce: whatever happened to the penal state? In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalization and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.2-20.

¹⁵³ CHELIOTIS, Leonidas K. e XENAKIS, Sappho. ¿ Qué tiene que ver el neoliberalismo con esto? Hacia una economía Política del Castigo en Grecia. in SÁNCHEZ, Egnacio Gonzales (Ed.) *Teoría Social, Marginalidad Urbana y Estado Penal: Aproximaciones al trabajo de Loïc Wacquant*. Madrid: Dykinson, 2012.

embora reconheça o autor a adoção de uma política criminal punitivista no caso espanhol.¹⁵⁴

Já no caso do Reino Unido, a introdução de medidas positivistas teria ocorrido predominantemente na década de 1990, em meio ao impacto do caso do homicídio do menino James Bulger, ou seja, treze anos depois da eleição do governo Margareth Thatcher, o qual, aliás, teria reduzido os gastos públicos com os serviços sociais, educação e justiça criminal de forma igualitária, contrariando a teoria de WACQUANT.¹⁵⁵

As diferenças apontadas entre os diversos contextos nacionais tem sido indicadas como evidência no sentido de desacreditar o argumento da convergência internacional para adoção irrestrita do modelo americano, o qual teria sido emulado, segundo WACQUANT, via Inglaterra, pelos países da União Europeia.¹⁵⁶

2.2.4 Encarceramento, Neoliberalismo e Estado do bem-estar na América Latina

A implantação de reformas neoliberalizantes e políticas criminais punitivistas, teria contribuído decisivamente, de acordo com WACQUANT, para o crescimento

¹⁵⁴ GONZALEZ SÁNCHEZ, Ignacio. Redefiniendo la pobreza y la penalidad: la formación del Estado neoliberal. *Revista Española de Sociología*. nº 15 Primer Semestre 2011.

¹⁵⁵ PITTS, John. The third time as a farce: whatever happened to the penal state? In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalization and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.70.

¹⁵⁶ CAMPBELL, John L. Neoliberalism's penal and debtor states. *Theoretical Criminology* Vol. 14 : I. pp. 59-73, Sage Publications, 2010. No mesmo sentido, LACEY, Nicola. Differentiating among Penal States. *The British Journal of Sociology*, Volume 61, Issue 4. pp. 778 – 793, 2010. ITURRALDE, Manuel. O Governo Neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. In BATISTA, Vera Malaguti. *Loïc WACQUANT e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Ebook kindle.

da população carcerária também nos países da América Latina, reproduzindo-se na região o mesmo fenômeno verificado no caso dos Estados Unidos.

A ideia de emulação do modelo americano, mediante transferência das concepções neoliberais e políticas criminais correspondentes, amparou-se na identificação de diversas similaridades estruturais e espirais políticas paralelas que emergem do entrelaçamento de pobreza aguda, violência cotidiana e contenção nas metrópoles dos Estados Unidos e Brasil, não obstante uma distância abismal entre eles, no que se refere à economia, burocracia e tecnologia.

O autor associou a introdução de políticas de desregulamentação do mercado e retração do Estado do bem-estar social nos anos 1970 durante as ditaduras militares, sob a influência dos monetaristas norteamericanos, com a implementação, nos anos 1990, de reformas legislativas inspiradas em concepções americanas de política criminal, especialmente a chamada tolerância zero.

Nesse contexto, a influência das políticas criminais norteamericanas seria ilustrada pela visita de WILLIAM BRATTON, antigo chefe de polícia de Nova Iorque e responsável pela introdução da tolerância zero naquela metrópole, a Buenos Aires e Brasília, onde as autoridades locais apresentaram suas ideias como a solução definitiva para a questão da insegurança urbana.¹⁵⁷

Nessa perspectiva, a expansão penal seria, também nos países da América Latina, parte de um projeto político de "reaparelhamento da autoridade pública conformado para promover o avanço do neoliberalismo."¹⁵⁸

¹⁵⁷ WACQUANT, Loïc. *Mister Bratton comes to Buenos Aires...* In WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la Miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004.

¹⁵⁸ WACQUANT, Loïc. Rumo a uma ditadura sobre os pobres? In WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001; WACQUANT, Loïc. *Mister Bratton comes to Buenos Aires...* In *Las Cárceles de la Miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004. WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009. Edição Kindle. p. 217; WACQUANT, Loïc. *The Militarization of Urban Marginality: Lessons from the Brazilian Metropolis*. *International Political Sociology*, Vol. 2, p. 56-74, 2008.

Os efeitos da adoção do modelo neoliberal norteamericano teriam sido, porém, ampliados e profundados pelas especificidades históricas e culturais da região, especialmente no caso brasileiro, onde a adoção de "plataformas anti-crime padronizadas de acordo com a Nova Iorque de Giuliani" proporcionaria um exemplo ideal para análise do impacto da "penalidade neoliberal em países do Segundo Mundo."

Assim, o autor procurou inserir as "formas extremas de penalização da pobreza implementadas pelas autoridades brasileiras nas metrópoles dualizadas desde as últimas décadas do século XX, no quadro mais amplo que envolve a desregulamentação do mercado, as divisões etnoraciais e a reestruturação do estado no contexto do neoliberalismo."¹⁵⁹

Nessa perspectiva, WACQUANT sustentou que reformas econômicas e sociais, que reduziram a presença estatal e promoveriam a abertura econômica para o capital externo, teriam contribuído para agravar um quadro preexistente de desigualdade social, deficiência ou inexistência de serviços públicos e níveis extremos de desemprego, conduzindo ao crescimento dos índices de crimes violentos que assolam as grandes cidades brasileiras.

Esse quadro seria ainda mais acentuado pela atuação violenta das forças policiais, além do frequente recurso às soluções privadas para o problema da insegurança, por meio de bairros fortificados, guardas armados, grupos de vigilância e justiceiros, fenômeno não só tolerado como estimulado pelo poder judiciário.

O autor apontou, ainda, "o recorte da hierarquia de classes e da estratificação etnoracial e a discriminação baseada na cor" que caracterizariam as decisões tomadas no âmbito do sistema penal, nos níveis policial e judicial, como outro fator complicador do quadro acima descrito.

Também as condições precárias de encarceramento no sistema penitenciário brasileiro, onde a escassez de prestações estatais privam os presos de direitos básicos como saúde, educação, trabalho, entre outros, e a violência cotidiana das autoridades encarregadas da administração penitenciária foram apontados como elementos que contribuiriam para o aprofundamento dos efeitos da implementação da penalidade neoliberal.

¹⁵⁹ Ibid.

Todos esses elementos, sustentou WACQUANT, conjugar-se-iam à ausência de qualquer rede de proteção social, de forma que

a juventude de bairros populares esmagados pelo peso do desemprego e do subemprego crônicos continuará a buscar no "capitalismo de pilhagem" da rua (como diria Max Weber) os meios de sobreviver e realizar os valores do código de honra masculino, já que não consegue escapar da miséria no cotidiano.

Embora a questão latinoamericana não tenha partido de uma análise empírica detalhada, como no caso dos Estados Unidos, a abordagem de WACQUANT forneceu uma elaboração teórica sistemática que possibilitava o desenvolvimento de ideias já presentes na produção da criminologia latinoamericana.

Precedendo em décadas a ampla divulgação dos trabalhos de WACQUANT, NILO BATISTA já apontava o vínculo entre a implementação das reformas neoliberalizantes com a evolução dos processos de implementação de políticas criminais punitivistas no hemisfério sul, durante a ditadura militar das décadas de 1960 e 1970.

Adotando uma perspectiva predominantemente materialista, que inseriu o tema na tradição da economia política da pena, o autor faz referência à punição da vadiagem e da greve no Código Penal de 1890, indicando o desenvolvimento posterior desse modelo inicial posteriormente, no século XXI, quando "a política do arrocho salarial assegurava às multinacionais a mão-de-obra mais barata domundo, o sistema penal tratava de prender vadios e grevistas".¹⁶⁰

Mais recentemente, VERA BATISTA apontou o crescimento da população carcerária, que se quintuplicou entre 1994 e 2004, durante os anos em que os governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso adotaram os paradigmas neoliberais na condução das políticas econômicas.¹⁶¹

¹⁶⁰ BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 36.

¹⁶¹ BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Edição Kindle. Nesse sentido, no mesmo volume, acrescentando a contribuição do governo de Lula para o fenômeno do "grande encarceramento", embora reconhecendo que este apresentou "melhores resultados sociais". BATISTA, Nilo. *Merci, Loïc!* In

Também a transição do modelo de “welfare” e para “prisonfare” foi identificada por NILO BATISTA no programa de recolhimento compulsório da população de rua da Secretaria Municipal de Assistência Social da cidade do Rio de Janeiro, (Resolução SMAS nº 20 de 27 de maio de 2011), implementado com apoio da mídia e dos interessados nos investimentos gerados pelos eventos olímpicos e futebolísticos que ocorreram na cidade na década de 2000, no qual

Diariamente, funcionários da Secretaria lotados num "serviço Especializado em abordagem social" patrulham as áreas urbanas onde aquela população procura brigo e convivência, recolhendo os pobres numa "Central de Recepção", "protegendo-os e impedindo-os de evasão.[...] O pretexto mais invocado, especialmente para adolescentes, é o uso do crack[...] Caso o adolescente (ou a criança, no texto da resolução) "esteja nitidamente sob a influência do uso de drogas", ele "deverá ser mantido abrigada em serviço especializado de forma compulsória [...]. Porém, mesmo se a coisa não for tão "nítida" assim, ou seja, "independentemente d estarem (os recolhidos) ou não sob a influência do uso de drogas, também deverão ser mantidos abrigados/acolhidos de forma compulsória, com o objetivo de garantir sua integridade física. ¹⁶²

Por outro lado, embora grande parte da literatura reconheça a influência das reformas neoliberais no sistema penal latinoamericano, buscou-se investigar, numa perspectiva diversa, a adequação do modelo teórico de WACQUANT à realidade da região, tendo em vista suas especificidades no que diz respeito à convergência entre estado social e estado penal.

BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Edição Kindle. p. 4677.

¹⁶² BATISTA, Nilo. Merci, Loïc! In BATISTA, Vera Malaguti (Org.) *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Edição Kindle. p. 4677. No mesmo sentido: SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. *Globalizacao e sociedade de controle: as cultura do medo e o mercado da violência*. 2007p. 267f. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007.p. 205-210. DORNELLES, João Ricardo Wandelei. *A Atualidade da Criminologia Crítica e a exceção permanente*. Metaxy. V. 1, n. 1, 2017. Disponível em <<<https://revistas.ufrj.br/index.php/metaxy/article/view/8888/7143>>>. Acesso em 13 de junho de 2017.

Nessa perspectiva, apontou-se um processo diverso de implementação das reformas neoliberalizantes no hemisfério sul, na medida em que o estado do bem-estar social não se desenvolveu nos moldes europeus ou americanos, identificando-se um uma dinâmica diversa em cada país.

No caso latinoamericano, é preciso levar em consideração, segundo ITURRALDE, que o modelo social excludente teria raízes históricas e culturais, sendo certo que as economias precárias da região não teriam desfrutado de redes de segurança social durante a segunda metade do século XX, como aconteceu na Europa, podendo-se afirmar que, salvo casos excepcionais, o reconhecimento de direitos sociais e coletivos na América Latina seria fenômeno recente, e teria se dado de forma precária e problemática.

Nesse contexto, o processo de transformação do "Welfare" em "Workfare" e a correspondente aliança entre o "Workfare" e o "Prisonfare", descritos por WACQUANT em relação ao hemisfério norte, constituiriam "fenômeno estranho no contexto latinoamericano, onde nunca existiu um forte dispositivo welfarista."¹⁶³

Além disso, as concepções de ressocialização, embora presentes na legislação penal latinoamericana em razão da forte influência europeia, nunca representariam uma preocupação real no sistema penitenciário dos países latino-americanos, caracterizados pela ausência histórica de uma rede institucional e pela ênfase à racionalidade punitiva e no uso da prisão para o controle de populações problemáticas.

Assim, embora se reconheça uma reconfiguração do sistema penal com a adoção de políticas criminais de maior severidade inspirada no "modelo acusatório estadunidense", instituindo-se o sistema punitivo como instrumento de consolidação do estado neoliberal nos países da América Latina, identificar-se-ia uma dinâmica diversa no que diz respeito à convergência entre os campos penal e social, não se

¹⁶³ No mesmo sentido, MÜLLER sustenta que a transformação de Welfare em Workfare somente pode ser identificada em alguma medida nos casos do Brasil e Argentina, não sendo aplicável o mesmo modelo aos demais países da região. MÜLLER, Markus-Michael. The Rise of the penal state in Latin America. *Contemporary Justice Review*, 15:1, 57-76 .

podendo estabelecer, de forma generalizada, uma relação direta entre os sistemas de bem estar social e a expansão do sistema penal.¹⁶⁴

Nesse sentido, observou HATHAZI que, no Chile, a transição neoliberal teria ocorrido durante o governo autoritário, na década de 1970, utilizando-se o aparato repressivo do Estado para garantir a implementação das medidas de retração do estado do bem estar social, de forma que militares e polícia expandiram seus orçamentos sob a doutrina da segurança nacional, para fins de "esmagar a oposição política e as desordens sociais".

O quadro teria sido reforçado pelos governos democráticos que sucederam a ditadura chilena, resultando na construção de prisões de segurança máxima para o acolhimento de terroristas, durante a década de 1980, bem como na adoção de um novo sistema de livramento condicional e de penas restritivas de direito emuladas do modelo americano, de forma que, mesmo com a redução nos índices de criminalidade, a população carcerária e o número de pessoas submetidas à vigilância pelo sistema penal vem aumentando desde 1984.

Com a expansão do chamado "Estado Penal" no Chile, já no período democrático, "[...] a mobilização da pobreza urbana consolidou as políticas neoliberais de bem-estar social direcionado e subsidiário e vigilância penal expandida sobre as populações marginais."

O processo teria sido diverso no caso argentino, caracterizado pela concomitante introdução de medidas neoliberalizantes, expansão do estado do bem-estar, crescente severidade penal, vigilância e criminalização de protestos políticos, durante a década de 1990.

Apesar da erosão dos serviços de bem-estar social argentinos durante o governo de Carlos Menem, na década de 1990, a oposição teria desenvolvido, capitaneada pelo governador da província de Buenos Aires, Duhalde, uma rede burocrática paralela de bem-estar, em formato não universal, mas clientelista.

As provisões de bem-estar social pelos diferentes canais teria sido utilizada, não para atomizar a classe trabalhadora — a disciplina do bem-estar mencionada

¹⁶⁴ ITURRALDE, Manuel. O Governo Neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. In BATISTA, Vera Malaguti. *Loïc WACQUANT e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Ebook kindle

por WACQUAT — mas para acumular capital político, para produzir votos por meio das redes partidárias ou para ganhar capacidade de mobilização nas organizações de base.

Paralelamente, teriam sido adotadas em ambas as instâncias do poder político, concepções que resultariam no endurecimento das leis penais para crimes comuns, expandindo-se, portanto, o sistema penal e a rede de proteção social simultaneamente.¹⁶⁵

Além disso, os cortes em gastos com serviços de bem-estar social verificados de forma generalizada durante a década de 1990, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, não teriam ocorrido nos países latino-americanos.

Segundo MÜLLER, após a promoção do desmonte da estrutura corporatista e clientelista do estado, a redução da intervenção estatal e privatização dos serviços públicos, ao longo da década de 1980, seguiu-se um período de aumentos nos gastos sociais por toda a região, embora em nível comparativamente baixo.¹⁶⁶

Por outro lado, na falta de implementação de uma verdadeira política de workfare teria resultado, segundo o autor, na utilização do encarceramento como sanção preferencial do sistema penal de forma mais intensa que nos Estados Unidos e na Europa.

Assim, as reformas implementadas no contexto da configuração neoliberal do estado não teriam sido conjugadas com a retração dos serviços de bem estar social, formando uma estratégia de controle das classes marginalizadas.

Em vez disso, a desregulação da economia, privatizações de serviços públicos e redução da intervenção estatal nas leis de mercado teriam sido articulados paralelamente à introdução de medidas que acentuariam a severidade da lei penal, com a criminalização de novas condutas e aumento das escalas penais, de forma independente das políticas sociais estatais.

¹⁶⁵ HATHAZI, Paul C. *European Review of Latin American and Caribbean Studies / Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, No. 95, p. 5-25, October 2013.

¹⁶⁶ MÜLLER, Markus-Michael. *The Rise of the penal state in Latin America. Contemporary Justice Review*, Vol.15:1, 57-76, 2012.

A correlação entre a introdução de reformas neoliberalizantes e o aumento da população carcerária poderia vir a ser identificada, porém, na medida em que precarização dos vínculos de emprego e a redução dos níveis salariais, além da crescente desigualdade, características históricas da formação social latinoamericana, foram acentuados pela inserção da região no modelo neoliberal globalizado, contribuindo para uma elevação substancial nos índices de criminalidade e, ao mesmo tempo, para uma o aumento da população carcerária.

Entretanto, seria necessário incluir no modelo teórico inicial a contribuição de outros fatores específicos da região como a política criminal de drogas, a precariedade dos sistemas de proteção de direitos humanos, a violência das forças policiais e a incorporação de atores informais no exercício do controle social, fora do campo burocrático formal, elementos que reforçariam o caráter excludente do sistema penal como instrumento de penalização da pobreza.

Nesse contexto, a aplicação do modelo teórico de WACQUANT, que enfatiza os aspectos formais do controle social pelo estado, nos países da América Latina deveria ser qualificada, levando-se em conta que o controle social é fortemente influenciado por práticas informais e paralegais.

Poderia ser identificada na "ubiquidade do mal comportamento da polícia na região, assim como os correspondentes altos índices de impunidade" que "indicam que tais práticas são informalmente institucionalizadas [...] toleradas e aceitas pelas elites burocráticas e políticas.", uma permanente subversão da normas legais na região.¹⁶⁷

No caso brasileiro, WAQCUNANT fez referência às raízes históricas da desigualdade social, e aos resíduos culturais da experiência violenta da repressão estatal, no âmbito das lutas agrárias e urbanas ou durante o regime militar, como forma de submissão da oposição.

Porém, os fatores históricos regionais foram apontados apenas como elementos que confirmam o modelo inicialmente proposto, reforçando a dinâmica

¹⁶⁷MÜLLER, Markus-Michel. The Universal and the particular in Latin American penal state formation In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalization and Advanced marginality*: Critically exploring the work of Loïc Wacquant. Bristol: The Policy Press, 2012.

da transição neoliberal e retração do estado do bem estar social, para estabelecer uma “ditadura sobre os pobres”.¹⁶⁸

Em abordagem diversa, inserindo as características regionais no centro da de sua hipótese, sustentou MÜLLER que o desenvolvimento do estado penal latino-americano seria inseparável da interseção de fatores que se reforçam mutuamente, quais sejam: "a urbanização do neoliberalismo e a relativa predominância de questões criminais e de segurança na agenda político-eleitoral na região e a repercussão local da guerra às drogas."¹⁶⁹

Assim, embora a literatura regional tenha incorporado a abordagem que relaciona o neoliberalismo às recentes tendências punitivistas, percebe-se um esforço no sentido de se analisar a possibilidade de utilização da hipótese teórica desenvolvida por WACQUANT na perspectiva latinoamericana, predominando a ênfase nas diferentes realidades nacionais.

2.2.5 Encarceramento e Pluralismo Radical

A relação entre neoliberalismo e níveis de encarceramento foi abordada de formamais ampla e sofisticada por CAVADINO e DIGNAN. Os autores analisaram as taxas de encarceramento em doze países, quais sejam: Estados Unidos, Países Baixos, Nova Zelândia, Finlândia, Alemanha Ocidental, Austrália, França, Itália, Suécia, Inglaterra e País de Gales, África do Sul e Japão, interpretando as diferentes tendências de punitividade nos países estudados, a partir do modelo teórico ‘pluralista radical’.¹⁷⁰

¹⁶⁸ WACQUANT, Loïc. The Militarization of Urban Marginality: Lessons from the Brazilian Metropolis. *Internation Political Socioly* Vol. 2, p. 56-74, 2008.

¹⁶⁹ MÜLLER, Markus-Michel. The Universal and the particular in Latin American penal state formation In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalization and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012.p. 197

¹⁷⁰ CAVADINO, Michael et al. *Penal Systems: A Comparative Approach*. Londres: Sage, 2009. p. 6

Nessa perspectiva, o exercício do poder punitivo não seria condicionado exclusivamente por fatores materiais, ideológicos ou culturais, constatando-se, em vez disso, que as relações entre os fatores materiais, ideológicos e culturais moldariam as ideologias penais e seriam, a seu turno, por elas moldados.

O modelo proposto por CAVADINO e DIGNAN articula, assim, fatores materiais e ideológicos, adotando elementos das tradições marxista, durkheimiana e weberiana, com base nos quais se sustenta uma influência recíproca entre todos esses fatores e as ideologias penais.

Os autores buscaram demonstrar, como tese principal, que as sociedades que compartilham o mesmo tipo de organização econômica e social e predileções culturais e ideológicas, seriam semelhantes umas às outras no que diz respeito à penalidade.¹⁷¹

Assim, foi desenvolvida uma tipologia, baseada na divisão dos doze países apontados em quatro grupos, conforme a análise de ESPING-ANDERSEN, a saber: neoliberal, corporativista conservador, corporativista social democrata, corporativista oriental.¹⁷²

Os autores associaram, dessa forma, as elevadas taxas de encarceramento nos países do grupo neoliberal (Estados Unidos, Inglaterra e Gales, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul) ao modelo socioeconômico adotado.

A redução drástica da intervenção estatal na esfera econômica, típica do modelo neoliberal, geraria, segundo CAVADINO e DIGNAN, o condicionamento do bem-estar econômico dos cidadãos às flutuações do mercado, produzindo considerável desigualdade material.

Nesse contexto, o indivíduo seria considerado responsável pelo seu fracasso econômico e, nessa mesma perspectiva, pela prática de condutas criminosas.

A responsabilização individualizada pelo crime estaria associada às concepções indeterministas baseadas na ideia de livre arbítrio, as quais

¹⁷¹Ibid. p. 6.

¹⁷² CAVADINO, Michael, DIGNAN, James. Penal Policy and political economy. *Criminology & Criminal Justice*. London, Vol. 6, Issue 4, p. 435-456, Nov. 2006; ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2012. Edição Kindle.

conduziriam a uma ideologia penal tendente à severidade, característica da chamada ideologia “law and order” (lei e ordem), resultando em altos índices de encarceramento.¹⁷³

Diversamente, nas sociedades corporativistas conservadoras (Alemanha e França) e nas sociedades corporativistas socialdemocratas (Finlândia), um grau mais intenso de intervenção estatal protegeria os cidadãos dos movimentos mercadológicos, proporcionando prestações materiais e garantindo o fornecimento de um mínimo nas áreas de saúde, educação e seguridade social.

Nessa concepção, seria presumida a responsabilização coletiva pelo fracasso econômico do indivíduo. Decorreria dessa visão comunitarista o reconhecimento da parcela de responsabilidade da sociedade pela prática de crimes, adotando-se ideologias penais associadas à ideia de reabilitação (com ênfase nos direitos dos criminosos, no caso do corporativismo socialdemocrata).¹⁷⁴

No Japão, único exemplo de país corporativista oriental, apesar da adoção de muitas medidas típicas do capitalismo neoliberal, o modelo conservaria atributos específicos que atuariam como contraponto ao individualismo exacerbado, preponderando uma concepção comunitarista nas relações sociais.

Assim, os níveis modestos de gastos estatais com bem-estar social seriam compensados pelo modelo de vinculação vitalícia entre empregadores e empregados nas grandes corporações privadas, além de um intrincado sistema de obrigações familiares recíprocas, o que reduziria a desigualdade material entre os cidadãos.

Nesse contexto, predominaria no sistema penal uma ideologia restaurativa, de forma que o pedido de desculpas e demonstração de arrependimento resultarim no afastamento dos processos formais de persecução penal, resultando em reduzidas taxas de encarceramento.

¹⁷³ Segundo CAVADINO a filosofia “law and order” consistiria em um conjunto de concepções, incluindo a crença no livre arbítrio e na disciplina da conduta humana por normas restritivas, cuja violação deve ser punida severamente. CAVADINO, Michael et al. *Penal Systems: A Comparative Approach*. Londres: Sage, 2009. p. 15-25.

¹⁷⁴ Ibid. p. 26.

Embora os autores façam ressalvas quanto à possibilidade de se identificar características socialdemocratas nos membros do grupo neoliberal e vice-versa, a tipologia desenvolvida indicaria, em uma perspectiva comparada, a associação entre a implementação de modelos neoliberais e a adoção de políticas criminais severas.

O modelo desenvolvido pelos autores explicaria, ainda, a alternância de modelos ao longo do tempo em um mesmo contexto nacional, vinculando-se a introdução de medidas neoliberais à adoção de uma política criminal mais punitiva.

Embora a análise de CAVADINO e DIGNAN corrobore os estudos de BECKET e DOWNES, confirmando o vínculo entre o estado do bem-estar social e os níveis de encarceramento, o pluralismo radical propôs uma visão mais abrangente, considerando que estado do bem-estar social e política criminal estão ambos inseridos em um contexto mais amplo de relações materiais e culturais que se influenciam reciprocamente, moldando a intervenção estatal, tanto na esfera social quanto na esfera penal.

O modelo teórico sustentado, nessa concepção, não comportaria aplicação, porém, aos países de terceiro mundo, colonizados ou que estejam sob governos totalitários, tendo em vista que, nesses casos específicos, as relações de poder não são pluralistas, sendo certo que a hipótese proposta deveria ser modificada para adequar-se às especificidades locais.¹⁷⁵

2.2.6 Encarceramento e Instituições Políticas

A partir da tipologia elaborada por CAVADINO e DIGNAN, LACEY desenvolveu um modelo de interpretação mais amplo, apontando os meios pelos quais instituições políticas, sociais e econômicas se interligariam para produzir ambientes distintos para o desenvolvimento da política criminal.¹⁷⁶

¹⁷⁵ CAVADINO, Michael et al. *Penal Systems: A Comparative Approach*. Londres: Sage, 2009. p. 13

¹⁷⁶ LACEY, Nicola. *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

A ascensão do populismo penal não seria, de acordo com LACEY, característica inevitável daquilo que GARLAND nomeou modernidade tardia.¹⁷⁷

A adesão em maior ou menor grau às políticas punitivistas, em detrimento dos princípios de inclusão social próprios dos sistemas penais democráticos, variaria, segundo a autora, de acordo com as variadas estruturas institucionais de cada sistema político.

Dando continuidade à abordagem político institucional da questão criminal, elaborada inicialmente por BECKET e SIMON,¹⁷⁸ LACEY buscou identificar quais seriam as condições institucionais para a realização de valores como moderação penal ou práticas de inclusão na justiça criminal.¹⁷⁹

Embora tenha adotado uma abordagem estruturalista, a autora afastou-se da tradição materialista, na medida em que procurou ampliar o escopo da investigação, buscando identificar como as forças econômicas interagem com fatores culturais e variadas molduras institucionais, ou seja, como, precisamente, as variáveis institucionais e político-econômicas convergem para produzir semelhanças familiares no nível da pena.

[...] é a estabilização institucional e mediação de forças estruturais e culturais, e o impacto delas nos interesses perseguidos por grupos relevantes de atores sociais, que produz uma variação significativa e

¹⁷⁷ Sobre o tema ver GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Edição Kindle, p. 30.

¹⁷⁸ BECKET, Katherine. *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics (Studies in Crime and Public Policy)*. New York: Oxford University Press, 1997. Edição Kindle, 160.p. SIMON, Jonhathan. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007. Edição Kindle, 330p. SIMON, Jonathan. *Rise of the Carceral State*. Social Research, Vol. 74. No. 2,p. 471-508, Summer 2007. Sobre o tem ver também CULLEN, Francis T. et all. Public Opinion about Punshment and Corrections. *Crime and Justice*, Vol. 27, p. 1-79,2000.

¹⁷⁹LACEY, Nicola. *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

persistente entre sistemas em estágios similares de desenvolvimento capitalista.¹⁸⁰

Assim, as instituições interligadas e difusas de coordenação dos sistemas corporativos e sociais democratas conduziriam a um ambiente que favoreceria os controles sociais informais, o qual sustentaria, por sua vez, atitudes culturais tendentes a uma atitude moderada no que se refere à pena formal.

Além disso, os sistemas democráticos de representação política proporcional proporcionariam mecanismos de neutralização da pressão popular por severidade penal, tendo em vista que o processo de implementação da política criminal pressupõe negociações políticas complexas.

Já os sistemas majoritários possibilitariam uma maior influência das demandas populares e movimentos de vítimas, de forma que as campanhas eleitorais acabariam adotando a questão criminal como foco preferencial, insuflando o sentimento de insegurança, o qual, ao seu turno, geraria a adoção de medidas penais mais severas.

Outra característica dos sistemas de representação proporcional seria o respeito ao conhecimento dos profissionais burocratas, como juízes, promotores, policiais, entre outros, os quais manteriam uma certa independência em relação aos grupos que se alternam no poder.

Diversamente, nos sistemas majoritários, os governos tenderiam a apontar aliados políticos para desenvolver e implementar as decisões políticas, garantindo controle maior das instituições e propiciando a adoção de políticas criminais moldadas pelas forças midiáticas.

Com base nessas observações, sustentou LACEY que, além dos mecanismos econômicos do mercado de trabalho e do estado do bem-estar social, também as estruturas da educação e formação técnica e os aspectos dos sistemas e burocracias políticos, isto é, a estrutura político econômica de uma forma geral,

¹⁸⁰ No original em Inglês “[...]it is this institutional stabilization and mediation of cultural and structural forces, and the impact which has on perceived interests of relevant groups of social actors, which produce the significant and persistent variation across systems at similar stages of capitalist development.” LACEY, Nicola. *The prisoners’ Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

exerceriam influência sobre a capacidade de um país de “combinar moderação e humanidade nas penas com uma resposta adequada à preocupação com crimes.”¹⁸¹

¹⁸¹ No original “[...]to combine moderation and humanity in punishment with an adequate response to popular concern about crimes”. LACEY, Nicola. *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 199; A análise de BARKER também foi elaborada em torno das instituições políticas, abordando a relação entre a regime penal e a participação dos cidadãos comuns nos processos democráticos. A autora utiliza a expressão ‘regime penal’ para designar um conjunto que inclui os discursos sobre o crime, conceitos de justiça, as finalidades da pena, o caráter e tipo de sanções e as taxas de encarceramento. Embora também tenha inserido o tema no contexto mais amplo das relações sociais, a autora procurou demonstrar que o regime penal não é determinado exclusivamente pelas demandas de força de trabalho, pela maior ou menor intervenção econômica do estado ou pelo clamor popular, mas pela articulação de todos esses fatores no âmbito das instituições políticas. Diferentes tradições democráticas configurariam, segundo BARKER, modelos distintos de articulação das relações sociais no âmbito das instituições políticas, produzindo diversas variações de regime penal. Assim, os diferentes regimes penais poderiam ser interpretados, numa perspectiva comparada, por meio da análise das diversas instituições políticas e tradições democráticas características de cada país. Essa análise deveria orientar-se, segundo a autora, pelas taxas de encarceramento, em razão do especial significado da privação de liberdade nos regimes democráticos. Definindo-se uma democracia liberal pelo grau de respeito do Estado aos direitos individuais e à autonomia de seus cidadãos, é de se reconhecer no encarceramento a expressão do limite da restrição de direitos permitida ao Estado no regime democrático. Embora também tenha inserido o tema no contexto mais amplo das relações sociais, a autora procurou demonstrar que o regime penal não é determinado exclusivamente pelas demandas de força de trabalho, pela maior ou menor intervenção econômica do estado ou pelo clamor popular, mas pela articulação de todos esses fatores no âmbito das instituições políticas. Diferentes tradições democráticas configurariam, segundo BARKER, modelos distintos de articulação das relações sociais no âmbito das

instituições políticas, produzindo diversas variações de regime penal. Assim, os diferentes regimes penais poderiam ser interpretados, numa perspectiva comparada, por meio da análise das diversas instituições políticas e tradições democráticas características de cada país. Essa análise deveria orientar-se, segundo a autora, pelas taxas de encarceramento, em razão do especial significado da privação de liberdade nos regimes democráticos. Definindo-se uma democracia liberal pelo grau de respeito do Estado aos direitos individuais e à autonomia de seus cidadãos, é de se reconhecer no encarceramento a expressão do limite da restrição de direitos permitida ao Estado no regime democrático. Nesse contexto, a participação popular é exercida por meio de plebiscitos convocados independentemente do apoio do executivo ou legislativo, nos quais questões sociais complexas são apresentadas em formulações simplificadas, às quais deve-se responder afirmativa ou negativamente, excluindo-se a possibilidade de negociações com outros grupos sociais ou concessões a interesses diversos. A divisão política e a debilidade de conexões sociais características desse sistema demandariam, segundo BARKER, a utilização de coerção estatal para o tratamento de problemas sociais, especialmente aqueles envolvendo grupos sociais marginalizados. Essa configuração ensinaria, por sua vez, a adoção de medidas de política criminal de caráter predominantemente retributivo, com ênfase no encarceramento, como foi o caso do “Victims Bill of Rights”, em 1982 e do “Three Strikes and You’re Out”, em 1993,¹⁸¹ entre outras medidas introduzidos pela iniciativa popular de plebiscito, às quais a autora atribui o aumento das taxas de encarceramento nas últimas décadas do século XX. Sobre o tema ver BARKER, Vanessa. *The Politics of Imprisonment: How the Democratic Process Shapes the Way America Punishes Offenders*. New York: Oxford University Press. Edição Kindle. p. 7, 12, 15, 47-51; A abordagem político institucional é adotada também por GOTTSALK, ao analisar o crescimento da população carcerária nos Estados Unidos nas últimas três décadas do século XX. Divergindo de análises semelhantes, GOTTSALK questionou a efetiva contribuição de fenômenos como a opinião pública punitiva, a privatização das prisões, a política criminal de drogas, o declínio do ideal de reabilitação e a retração do estado de bem estar social, optando por analisar como as diversas instituições políticas articulam esses fatores, com resultados que variam conforme o contexto nacional. Para

2.3 Encarceramento, Fatores Externos e Sistema Penal

A análise da produção bibliográfica, aqui sucintamente exposta para fins de encaminhamento do tema tratado no trabalho, revela uma extensa gama de abordagens e interpretações, que se contradizem e se complementam simultaneamente.

Embora a contribuição dos fatores externos ao sistema penal tenha sido evidenciada por meio dos diversos estudos e pesquisas mencionados, resta um déficit interpretativo no que se refere aos meios pelos quais fatores sociais, como oferta de força de trabalho, alterações político institucionais, entre outros, influenciariam o sistema penal, provocando variações nas taxas de encarceramento.

A evolução no tratamento do tema demonstra, assim, a necessidade de se buscar conectar as interpretações associadas aos fatores externos e internos do

além da atuação das elites políticas na implementação das políticas criminais, a autora sustenta que a expansão do sistema penal norte-americano se deve à influência multilateral e concomitante de diversos grupos de interesses e movimentos sociais. Nessa perspectiva, a autora associa o aumento da taxa de encarceramento nos últimos trinta anos do século XX ao surgimento de fortes movimentos de vítimas de crimes, a partir da década de 1970. Diversamente dos movimentos europeus, nos quais os direitos das vítimas são associados a prestações de bem-estar social, no caso norte-americano, adota-se uma concepção retributivista e punitivista, segundo a qual o sofrimento das vítimas deve ser compensado pelo mal imposto ao criminoso. A ideia que contrapõe os direitos de vítimas e criminosos em uma espécie de jogo de soma zero teria dado causa à introdução de uma série de medidas de política criminal que resultaram no reconhecimento do direito da vítima de participar do processo criminal e na extensão do tempo médio de prisão, provocando um aumento gradativo das taxas de encarceramento. Sobre o tema ver GOTTSCHALK, Marie. *The Prison and the Gallows: The Politics of Mass Incarceration in America*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. GOTTSCHALK, Marie. *The Prison and the Gallows: The Politics of Mass Incarceration in America*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p. 27-31, 77-79.

sistema penal, ou seja, de se conjugar as abordagens estruturalistas, funcionalistas ou materialistas históricas com a análise das decisões que efetivamente resultam em aumento da população carcerária, na perspectiva institucional.

Nas palavras de CAPLOW e SIMON, “para que salas de aula de faculdade, misseis, asilos ou prisões sejam produzidos, um grande número de pessoas tem que estar envolvidas por razões independentes dos sentimentos sociais gerais que conduzem essas tendências.”¹⁸²

Nessa perspectiva, as pesquisas mais recentes buscaram identificar mecanismos por meio dos quais os fatores macrossociológicos interagem com o sistema penal, influenciando as decisões e, por consequência, as taxas de encarceramento.

Nesse sentido, observou SNACKEN que, em países ocidentais, a privação de liberdade pressupõe previsão legal e ordem emanada de autoridade judiciária competente, sendo inviável identificar-se uma relação direta entre os fatores macrossociológicos ou os índices de criminalidade e as taxas de encarceramento, prescindindo da análise da atuação das agências no próprio sistema penal.

Segundo a autora, “o sistema de justiça criminal define criminalidade e influencia a sua abrangência ao determinar a reação à ‘criminalidade’ e suas formas específicas”¹⁸³

¹⁸²No original em inglês: “For college classrooms, missiles, asylums, or prisons to be produced, great numbers of people need to get involved for reasons independent of the general social sentiments that drive these trends.” CAPLOW, Theodore; SIMON, Jonathan. *Understanding Prison Policy and Population Trends*. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan.(Ed.)*Prisons* Chicago:The University of Chicago Press, 1999. P. 69..

¹⁸³SNACKEN, Sonja; et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995;SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. in TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*.Chicago: The University of Chicago Press, 2007.p.160.

Tem prevalecido, assim, na literatura, a concepção segundo a qual a explicação das variações nas taxas de encarceramento, tanto numa perspectiva histórica quanto comparada entre países, deve ser elaborada a partir da investigação da influência dos fatores inerentes ao sistema penal na população carcerária.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Nesse sentido, TONRY afirmou que mudanças sociais e econômicas constituiriam não fatores, ou seja, condições de fundo, parte do problema, mas não a parte mais importante do problema, já que não haveria como se estabelecer uma relação de causa e efeito ou explicação entre eles e as populações carcerárias. TONRY, Michael. *Determinants of Penal Policies*. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p.16-17. TONRY, Michael; Petersilia, Joan. *American Prisons at the Beginning of the Twenty First Century*. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan. (Ed.) *Prisons*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 9. BRODEUR apontou a predominância da influência dos fatores inerentes ao sistema penal sobre as taxas de encarceramento, as quais seriam “[...] essencialmente o produto das práticas penais e, quando essas práticas são coordenadas em alguma medida, elas concretizam políticas criminais. Isso significa que as taxas de encarceramento não variam diretamente na proporção dos fatores externos, como os índices de criminalidade.” No original em inglês: “[...] essentially the product of penal practices, and when those practices are to some extent coordinated, they embody penal policies. This means that incarceration rates do not directly vary in proportion to external factors such as the crime rate.” BRODEUR, Jean-Paul. *Comparative Penology in Perspective*. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p.63. BLUMSTEIN, Alfred; BECK, Allen J Beck. *Population Growth in U. S. Prisons, 1980s -1996*. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan (Ed.) *Prisons*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999; DOWNES, David. *The Buckling of the Shields: Dutch Penal Policy 1985 - 1995*. in WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*. Routledge: London, 2013. p. 147. PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 102; CHRISTIE, Nils. *Crime Control*

3 ENCARCERAMENTO E FATORES INTERNOS AO SISTEMA PENAL

A influência dos fatores internos nas taxas de encarceramento seria exercida, segundo SNACKEN, por meio das decisões produzidas nos diversos níveis do sistema penal.¹⁸⁵

3.1 Taxas de Encarceramento e Legislação

O nível legislativo constituiria o fator inicial, determinando quais comportamentos devem ser considerados criminosos e fixando os limites da imposição de pena em casos individuais.

Também se estabeleceria, no nível legislativo, o arcabouço normativo para aplicação da prisão cautelar, suspensão condicional do processo ou da pena, além da concessão de liberdade condicional e indulto, no âmbito da execução penal.

A tendência de aumento das taxas de encarceramento em vários países ocidentais, principalmente na segunda metade do século XX, vem sendo associada aos movimentos de política criminal concretizadas em reformas legislativas, cuja implementação resultou na imposição de penas mais longas.

A introdução de penas de prisão mais longas foi apontada como fator determinante para o aumento da população carcerária nos Estados Unidos,¹⁸⁶ na

as Industry: Towards Gulagas, Western Style. London: Taylor and Francis, 2000. Edição kindle. p. 53-54.

¹⁸⁶ TRAVIS apontou a contribuição das reformas legislativas para o aumento da duração das penas e para o aumento da taxa de encarceramento nos Estados Unidos, na década de 1990. TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.:

Austrália¹⁸⁷ e no Canadá,¹⁸⁸ assim como em países europeus,¹⁸⁹ como Bélgica,¹⁹⁰ Inglaterra e Gales,¹⁹¹ Noruega,¹⁹² Países Baixos,¹⁹³ e Itália.¹⁹⁴

The National Academies Press, 2014. No mesmo sentido BLUMSTEIN, ALFRED; BECK, Allen J BEck. Population Growth in U. S. Prisons, 1980s -1996. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan Prisons (Ed). Chicago:The University of Chicago Press, 1999. 54. ZIMRING e HAWKINS também interpretam o crescimento das taxas de encarceramento durante a década de 1980 como resultado de um aumento de severidade, ou seja, à introdução de penas mais longas em razão da substituição do sistema de pena indeterminada pelo mínimo obrigatório. ZIMRING, Franklin, HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*.Chicago:The University of Chicago Press, 1991. p. 170.

¹⁸⁷ FREIBERG, Arie. Prison Population Up, Sentencing Policy Harsher in Australia. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 221.

¹⁸⁸ Segundo LANDREVILLE, o aumento da população prisional do Canadá nas décadas de 1970 e 1980 se deveria primordialmente ao aumento da severidade das penas, à criação de penas mínimas e ao aumento da porção de pena a ser efetivamente executada em razão da introdução de novas regras para o livramento condicional. Assim, na década de 1970, quando da abolição da pena de morte, integrou-se ao Código Penal uma regra segundo a qual acrescenta-se um ano de pena a qualquer outra pelo uso de arma de fogo no prática do crime. Além disso, passou-se a exigir a execução de no mínimo 25 anos de pena de prisão antes do livramento condicional, em caso de homicídio em primeiro grau. Sobre o tema ver LANDREVILLE, Pierre. Quelques considérations à partir de la situation canadienne.*Déviance et société*, Vol. 12, N°3. p. 291-296, 1988; Disponível em << http://www.persee.fr/docAsPDF/ds_0378-7931_1988_num_12_3_1546.pdf>> Acesso em 25/09/2017; DOOB, Anthony. SPROTT, Jane B. Imprisonment Rates in Canada: One Law, 10 Outcomes. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 233.

-
- ¹⁸⁹ van ZYL SMIT, Dirk. Long-Term imprisonment at home and abroad. Disponível em <<https://www.rsj.nl/binaries/Van_Zyl_compleet_tcm26-25977.pdf>>. Acesso em 25/09/2017.
- ¹⁹⁰ SNACKEN observou que as taxas de encarceramento cresceram na Bélgica de 65 por cada 100.000 habitantes, nos anos 1980, para 95 por 100.000 em 2005, em razão da introdução de penas mais longas. SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. in TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 145.
- ¹⁹¹ Segundo NEWBURN, as taxas de encarceramento teriam crescido de 90 para 142 para cada 100.000 habitantes na Inglaterra e País de Gales, em razão da introdução de penas mais longas. NEWBURN, Tim. Tough on crime: Penal Policy in England and Wales. TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. P. 435-436.
- ¹⁹² O uso da prisão vem crescendo constantemente desde os anos 1980, de acordo com LARSON, em razão da implementação de penas mais longas. LARSON, Paul. Norway Prison Use Up Slightly: Community Penalties Lots. TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001. p. 126.
- ¹⁹³ TAK, Peter. Sentencing Punishment in the Netherlands. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001. p.156-161. Van KALMTHOUT, Anton M; TAK, Peter J. P. New Sanctions Proliferating in the Netherlands. In TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001. p. 188.
- ¹⁹⁴ PAVARINI, Massimo. *Governare la Penalità: Struttura Sociale, Processi Decisionali e Discorsi Pubblici sulla Pena*. Bologna: Bononia University Press. p. 55. PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abjecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.p. 206.

3.2 Taxas de Encarceramento e Persecução Penal

A polícia e o ministério público atuavam, por sua vez, no nível subsequente, decidindo quais casos devem ser perseguidos, nos limites da margem de discricionariedade fornecida no nível legislativo, admitindo-se margem mais ampla nos sistemas que adotam o princípio da oportunidade quanto à propositura da ação penal.

Segundo ZIMRING, as mudanças de comportamento dos atores legais no âmbito da persecução penal teriam contribuído em maior medida que as alterações legislativas para o crescimento da população carcerária dos Estados Unidos no período que vai de 1973 a 1985.¹⁹⁵

Diz o autor que o crescimento da população prisional nesse período teria sido

predominantemente uma questão de um número maior de condenados cumprindo penas de prisão, em vez de um aumento substancial nos tempos de pena fixados nas sentenças, de forma que a primeira parcela da grande explosão do encarceramento nos Estados Unidos foi bem apropriada para a ausência de legislação penal. Apenas o comportamento dos atores legais precisava mudar, não a lei.¹⁹⁶

Embora ZIMRING tenha reconhecido a influência de algumas mudanças na legislação implementadas de 1985 em diante, no contexto da guerra às drogas, o autor observou que o aumento das taxas de encarceramento, nesse caso, estaria imediatamente associado ao incremento dos investimentos nas forças policiais e a uma conseqüente maior efetividade na persecução das condutas previstas na legislação de entorpecentes.

¹⁹⁵ ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. *Stanford Law Review*, Vol. 323, p. 323-338, 2005.

¹⁹⁶ No original em inglês: "For the first twelve years after 1973, the growth of the U.S. prison population was chiefly a matter of a larger number of convicted felons serving prison sentences, rather than of any substantial increase in the terms of prison sentences, so that the first installment of the great imprisonment boom in the United States was well suited to the absence of penal legislation. Only the behavior of legal actors needed to change, not the law." ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. *Stanford Law Review*, Vol. 323, p. 323-338, 2005.

Já no período entre 1993 e 2002, seria possível constatar, segundo ZIMRING, uma maior contribuição das mudanças legislativas para o aumento das taxas de encarceramento, podendo-se nomear o exemplo das leis de “truth in sentencing”.

Entretanto, também a influência dessas alterações teria sido mediada pela atuação dos promotores, cujos poderes e discricionariedade expandiram-se consideravelmente em detrimento do judiciário e oficiais de livramento condicional.

Ao contrário dos juízes e servidores auxiliares, os promotores poderiam deixar de aplicar as mudanças legislativas em seus casos diários, produzindo um efeito imediato sobre as taxas de encarceramento.

O mesmo pode ser dito, segundo o autor, a respeito dos métodos formais de controle da determinação da pena, entre os quais pode-se citar as comissões de determinação da pena.

Processo semelhante foi identificado em alguns países europeus, embora de forma menos intensa que no caso dos Estados Unidos, como, por exemplo, no caso da Holanda.

Tradicionalmente considerada um reduto de tolerância, ilustrado por acentuada tendência desencarceradora nas décadas de 1940, 1950 e 1960, a Holanda tornou-se, recentemente, um exemplo de aumento rápido e acentuado da população carcerária, constatando-se um crescimento de 700%, entre 1975 e 2005.¹⁹⁷

Analisando esse fenômeno, DOWNES e van SWANINGEN associaram o aumento das taxas de encarceramento nas décadas de 1980 e 1990 a uma reconfiguração da política criminal, substituindo-se o modelo reducionista, baseado nas ideias de reabilitação, tratamento e justiça restaurativa,¹⁹⁸ por uma abordagem gerencialista, caracterizada pela instrumentalização do sistema penal para fins de incapacitação de grupos de risco.

¹⁹⁷ DOWNES, David; van SWANINGEN, René. The Road to Dystopia Changes in the Penal Climate of the Netherlands. *Crime and Justice in the Netherlands*. Vol 35, No.1, p. 31-71. 2007.

¹⁹⁸ DOWNES, David. *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in the Netherlands and England and Wales*. Oxford: Clarendon, 1988. p. 99.

Assim, pode-se identificar, em uma primeira fase, a introdução de medidas que importaram uma bifurcação¹⁹⁹ do sistema penal, combinando a aplicação de sanções menos severas para infrações menos graves, e penas mais longas para infrações mais graves.

Entretanto, as mudanças não teriam sido introduzidas, segundo os autores, por meio de inovações legislativas.

Teria ocorrido, em vez disso, reconfiguração das práticas dos promotores e juízes, nos termos das propostas veiculadas no relatório Sociedade e Crime, de 1985, pelo Ministério da Justiça.²⁰⁰

O relatório recomendava uma expansão do poder dos promotores, propondo a redução das hipóteses de não exercício incondicionado da ação penal em cinquenta por cento, a adoção de penas comunitárias para crimes menos graves e, ao mesmo tempo, a imposição de penas mais severas para o tráfico de drogas pesadas e crimes patrimoniais.²⁰¹

As inovações introduzidas no relatório Sociedade e crime de 1985 foram ampliadas e reforçadas no relatório Lei e Movimento de 1990, adotando-se uma política de expansão do poder punitivo (“net-widening”), com a redução ainda mais

¹⁹⁹ O termo foi utilizado primeiramente por BOTTOMS, designando uma abordagem em via dupla, na qual os governos aumentariam a pena para crimes mais graves (especialmente crimes violentos, crimes sexuais e de drogas) e reduziram as penas para os crimes menos graves. BOTTOMS, Antony. The Suspended Sentence in England, 1967-1978. *The British Journal of Criminology*, Vol. 21, No. 1, p. 1-26. January 1981; FRASE, Richard S. Comparative Perspectives on Sentencing Policy and Research. In TONRY, Michael e t al. *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 263.

²⁰⁰ DOWNES, David; van SWAANINGEN, René. The Road to Dystopia Changes in the Penal Climate of the Netherlands. *Crime and Justice in the Netherlands*. Vol 35, No.1, p. 31-71. 2007.

²⁰¹ DOWNES, David. The Buckling of the Shields: Dutch Penal Policy 1985 -1995. in WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*. Routledge: London, 2013. p.155.

drástica dos casos de não exercício incondicionado da ação penal (limitados a 5%) e a possibilidade de transação para crimes moderadamente graves, além da imposição de multas como condição da interrupção da persecução penal.²⁰²

Além disso, poderia ser observado, de acordo com DOWNES, uma maior severidade na capitulação de delitos, na fase pre-processual. O arrebatamento de bolsas, por exemplo, tipificado como furto na década de 1970, passou a ser tratado como roubo na década de 1980.²⁰³

Nessa perspectiva, predominariam as concepções gerencialistas e instrumentalistas, segundo as quais as prisões "deixaram de ser um posto de bem estar social e tornaram-se bastiões da defesa social".

A nova orientação político criminal teria produzido forte impacto nas taxas de encarceramento, contribuindo para

um programa de construção de prisões que começou no início da década de 1990 (após um anterior, menos ambicioso no começo dos anos 1980) conduzindo a um aumento da capacidade das prisões holandesas de 3127 em 1975 para 12.030 celas no final de 2002, além de se planejar outra expansão de cerca de 5000 vagas; e o aumento extremamente rápido nas taxas de encarceramento reais já notadas, as quais foram produzidas pela fixação de penas mais severas, com aumento tanto na proporção de condenados a pena de prisão não suspensas quanto no que se refere ao tempo de prisão fixado na sentença.²⁰⁴ (tradução nossa)

²⁰²Ibid. p. 160.

²⁰³ DOWNES, David. Op. cit., nota 200, p. 151.

²⁰⁴ No original em inglês: "The results included a prison building programme which commenced in the early 1990s (following on from a previous, less ambitious expansion programme in the early 1980s) leading to an increase in the Netherlands' prison capacity from 3,127 in 1975 to 12,030 cells by the end of 2002 with further expansion of around 5,000 places planned; and the extremely rapid rises in actual imprisonment rates which we have already noted. The latter were pre-eminently brought about by harsher sentencing, with significant increases in both the proportion of convicted offenders sentenced to non-suspended custody and in the lengths of custodial sentences passed." CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*. London: Sage Publications, 2014. Kindle edition. p. 2895.

Nesse contexto, Embora os índices de criminalidade tenham se estabilizado após 1985, a população prisional permaneceu em tendência de crescimento, devido à imposição de penas de prisão não suspensas (em casos que anteriormente seriam arquivados, ou teriam a execução suspensa), além da imposição de penas mais longas, da introdução de punição extra para criminosos reincidentes, uma intensificação da guerra às drogas e encarceramento de população em situação de rua pela impossibilidade de pagamento de multas.

Também a flexibilização do princípio da cela individual teria contribuído, segundo os autores, para o crescimento da população carcerária, na medida em que a capacidade nominal das unidades prisionais deixou de constituir um limite ao número de presos.²⁰⁵

O crescimento das taxas de encarceramento no período em foco teria sido gerado, segundo informe do centro de investigações do Ministério da Justiça Holandês, através de inovações que foram introduzidas independentemente de qualquer produção legislativa, tratando-se apenas de uma reorientação da prática dos promotores públicos, que teria acabado por influenciar os níveis de utilização da pena de prisão .

Tomando-se em conjunto as mudanças político criminais introduzidas nas décadas de 1980 e 1990, pode-se identificar uma mudança de orientação que subjaz às novas práticas adotadas, que se refere às teorias da pena, notadamente o declínio do ideal de reabilitação e sua substituição por uma abordagem utilitarista. Esse aspecto será tratado mais detidamente em outra parte deste trabalho.

Também na Bélgica, as mudanças nas práticas dos promotores foram identificadas como um dos fatores determinantes do crescimento das taxas de encarceramento após 1983.²⁰⁶

²⁰⁵ DOWNES, David; van SWAANINGEN, René. *The Road to Dystopia Changes in the Penal Climate of the Netherlands*. Crime and Justice in the Netherlands. Vol 35, No. 1. 2007. p. 31-71.

²⁰⁶ SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. in TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p.155.

Segundo SNACKEN, a tendência crescente de atuação autônoma dos promotores teria contribuído para o aumento da população carcerária na Bélgica, na medida em que apenas os casos mais graves seriam levados a julgamento pelo poder judiciário, o qual tenderia a impor penas mais longas em razão de visão distorcida dos índices de criminalidade.²⁰⁷

3.3 Taxas de Encarceramento e Decisões Judiciais

As sentenças judiciais, por sua vez, influenciariam de forma especialmente determinante as populações carcerárias, vez que consubstanciam a opção por uma pena privativa de liberdade, em detrimento de penas restritivas de direitos, fixando a duração da reprimenda conforme a moldura legal adotada.

Também as decisões sobre prisão cautelar (que podem constituir atribuição de promotores ou competência judicial) contribuiriam para as variações nas taxas de encarceramento, as quais seriam influenciadas tanto pela frequência da imposição da medida quanto pela sua duração.

No caso da Bélgica, por exemplo, o número de admissões à prisão em razão de condenação sofreu redução nos anos 1990 e posterior estabilização nos anos 2000. Porém a utilização da prisão preventiva e de penas longas registrou aumento no mesmo período, de forma que “a taxa de encarceramento na Bélgica aumentou de 65 por 100.000 habitantes nos anos 1980, para 95 por 100.000 habitantes em 2005.”²⁰⁸

A coexistência de tendências opostas resultaria, na visão de SNACKEN, da adoção de uma política criminal bifurcada, na qual impõe-se preferencialmente penas não privativas de liberdade, porém, utiliza-se mais frequentemente e por mais tempo a prisão preventiva no curso do processo. Além disso, seriam impostas penas mais longas, especialmente em relação a delitos de drogas e sexuais.²⁰⁹

²⁰⁷ Ibid. p. 176-177.

²⁰⁸ SNACKEN, Sonja. Op. cit., nota 205, p. 127.

²⁰⁹ Assim, houve visível redução no que se refere à fixação de penas de oito dias a um mês (de 7.031 ou 23,4 por cento em 1994 para 2.990 ou 13,9 por cento em 2003) de um a três meses (de 7797 ou 25,9 por cento em 1994 para 4437 ou

As práticas dos promotores e juizes teriam contribuído também, segundo FEEST e HARTMUT-MICHAEL para o crescimento da taxa de encarceramento na República Federal da Alemanha em 1983 e no período entre 1991 e 1994.²¹⁰

Segundo os autores, a adoção de uma filosofia penal que conjuga tradicionais princípios de compensação da culpa e exigências de prevenção geral teria proporcionado uma larga margem de discricionariedade aos promotores e juizes,²¹¹ possibilitando a influência de suas práticas sobre as flutuações da população carcerária, independentemente de eventuais alterações legislativas.

De acordo com FEEST e HARTMUT-MICHAEL, a reforma legislativa de 1969, fortemente influenciada pela ideia de ressocialização, desencorajava a aplicação de penas de prisão de menos de seis meses em razão dos efeitos contraproducentes das penas curtas e, ao mesmo tempo, promovia a aplicação de penas mais longas para crimes graves, tendo em vista maior necessidade de ressocialização.

20,7 por cento em 2003, quanto que a sentenças de 3 a 6 meses aumentaram de 6009 ou 20 por cento em 1994 para 5679 ou 26.5 por cento em 2003. Penas de 6 meses a um ano, por sua vez aumentaram de 4076 ou 13.5 por cento para 4545 ou 21.2 em 1994 por cento em 2003. SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. in TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 127-142.

²¹⁰ FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems. Toward a Comparative and International Penology*. London: Routled.

²¹¹ Segundo WEIGEND, as penas são previstas individualmente para cada crime no Código Penal de 1871 ou leis especiais, estabelecendo-se o mínimo e o máximo de forma tão ampla que se permite considerável margem de discricionariedade a juizes e promotores. Sobre o tema ver: WEIGEND, Thomas. Sentencing and Punishment in Germany. in TONRY, Michael; FRASE, Richard S. (Ed.) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 189.

Assim, embora a reforma legislativa de 1969 tenha contribuído para uma radical redução da taxa de encarceramento na década de 1970, a tendência de redução não se manteve no longo prazo, constatando-se índices elevados novamente em 1983 e, em seguida, uma tendência de crescimento constante, até que, em 1996, a população adulta presa superou o índice de 1968, anterior à reforma.²¹²

Como observado pelos autores, manteve-se constante no período abordado a proporção de pessoas condenadas à pena de prisão (em relação ao total de condenações) e houve aumento da proporção de pessoas condenadas à pena de prisão suspensa.

O aumento da taxa de encarceramento seria produto, portanto, do aumento da duração das penas de prisão fixadas nos casos individuais.²¹³

²¹² WEIGEND, Thomas. Sentencing and Punishment in Germany. in TONRY, Michael; FRASE, Richard S. (Ed). *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 191.

²¹³ Segundo FEEST e HARTMUT –MICHAEL, em 1971 havia 22.217 presos (45 por cento de todos os presos condenados a penas de prisão não suspensas) condenados à pena de menos de 6 meses. Em 1983 esse número caiu para 10.787 (21.6 por cento). Quanto às sentenças de mais de 2 e menos de 5 anos, o número em 1971 era de 3.715 (8 por cento, enquanto que em 1983, era 8.782 (14,6 por cento). O numero de penas longas de mais de 5 anos eram 566 (1.2 por cento) em 1971 e 1636 (3.3 por cento) em 1983. Sobre o tema ver: FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems. Toward a Comparative and International Penology*. London: Routledge. 244; No mesmo sentido: OBERWITTLER, Dietrich. HÖFER, Sven. Crime and Justice in Germany an analysis of recente trends and research. *European Journal of Criminology*, Vol. 24, December 2005. Disponível em <<https://www.mpicc.de/files/pdf1/obi_hoefer.pdf>>. Acesso em 11 de outubro de 2017.

Em que pese a influência da reforma legislativa da lei de drogas, com o aumento da pena máxima para 10 anos em 1971 e para 15 anos em 1983, essa inesperada elevação da taxa de encarceramento poderia ser interpretada, segundo os autores, como o resultado da política bifurcada adotada pelos promotores e juízes na sua atuação em casos individuais, em razão da aplicação das ideias de ressocialização.²¹⁴

Como observado por KUHN, apesar do caráter inegavelmente desencarcerador da reforma de 1969, poderia se constatar um

efeito perverso de aumento do barema geral das sanções. Os juízes parecem ter adaptado a fixação de suas penas à nova legislação [...] Como as penas de curta duração ficaram limitadas e sujeitas à motivação, os juízes preferiram sem dúvida contornar o problema impondo penas de mais de 6 meses a certos delinquentes que, sob a antiga legislação, teriam talvez sido condenados a penas mais curtas.²¹⁵ (tradução nossa)

²¹⁴ Segundo WEIGEND, o promotor influencia a fixação de penas, embora não tenha autoridade oficial para isso, na medida em que ele pode escolher entre diversas infrações praticadas pelo acusado, qual será levada ao judiciário, além da possibilidade de deixar de ajuizar ação penal, caso o suspeito promova a restituição do direito da vítima, entre outras possibilidades. WEIGEND, Thomas. Sentencing and Punishment in Germany. in TONRY, Michael; FRASE, Richard S. (Ed). *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001. P. 189. Sobre o tema ver DÜNKEL, Frieder. *Der deutsche Strafvollzug im internationalen Vergleich. Vortrag anlässlich der Tagung: Das Gefängnis als lernende Organization*, Baden Baden, p. 27-29, November 2002. FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems. Toward a Comparative and International Penology*. London: Routledge. p. 243.

²¹⁵ No original em francês: “[...] effet pervers d’augmentation du barème general des sanctions semble s’être manifesté. Les juges semblent avoir adapté le prononce de leurs sanctions à la nouvelle legislation, condamnant effectivement certains prévenus qui auraient été amenés à subir une peine privative de liberté sous l’ancien droit à des peines pécunieres, masi condamnant aussi plus sévèrement certains autres prévenus pour lesquesls la peine pécunieire es considérée comme insuffisante.” KUHN, André. *Étude Des*

A política criminal de bifurcação teria sido mais intensa depois de 1981, com a polarização entre criminosos “bons”, autores de crimes de menor potencial ofensivo, cujos processos deveriam ser arquivados e criminosos “maus”, predominantemente os que praticaram crimes violentos e relacionados às drogas, a quem deveriam ser aplicadas penas mais longas.²¹⁶

Nas palavras de FEEST e HARTMUT-MICHAEL,

[...] a reforma penal de 1969 conduziu ao índice mais baixo de taxa de encarceramento. Essa situação indicava que era possível realizar um “sonho correccional”: reabilitar menor presos mais efetivamente. Não foi previsto que sentenças mais longas para uma reabilitação mais “eficiente” contribuiria para a superpopulação carcerária.²¹⁷ (tradução nossa)

O aumento da taxa de encarceramento também teria sido produzido pela frequente imposição da prisão preventiva, devido principalmente ao caráter lacônico

Fluctuations de da Population Carcérale Allemande. *Déviance et Société*, Vol. 20, No 1, 1996.

²¹⁶FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems. Toward a Comparative and International Penology*. London: Routledge. p. 245.

²¹⁷No original em inglês: “[...]the penal reform of 1969 led to an all-time low of imprisonment rates. This situation promised that it was possible to realize a "correctional dream": to rehabilitate fewer prisoners more effectively. It was not foreseen that longer sentences for a more "efficient" rehabilitation would contribute to prison overcrowding.”FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems. Toward a Comparative and International Penology*. London: Routledge. p.253. No mesmo sentido WEIGEND, notando que o fenômeno se deve ao fato de que a redução das penas de prisão nos anos 1970 restringiu-se quase que exclusivamente às penas inferiores a 9 meses. WEIGEND, Thomas. Sentencing and Punishment in Germany. In TONRY, Michael; FRASE, Richard S. (Ed.)*Sentencing and Sanctions in Western Countries*: New York: Oxford University Press, 2001. p. 193.

da legislação pertinente, o qual forneceria ampla margem de atuação aos promotores e juízes.

Segundo FEEST e HARTMUT-MICHAEL, os juízes teriam aplicado a prisão cautelar em nome da “prevenção geral,” “intervenção de crise”, “pressão para provocar confissão”, entre outros fundamentos, nenhum dos quais previstos no Código de Processo Penal.²¹⁸

O aumento acentuado da taxa de encarceramento na Inglaterra e Gales nos últimos 50 anos, e mais acentuadamente anos 1990 e 2000, também foi atribuído às práticas do poder judiciário.²¹⁹

Segundo CAVADINO et al, embora não se tenha registrado um aumento dos índices de criminalidade ou do número de criminosos processados, teria se registrado um aumento do número de criminosos condenados à pena de prisão e uma maior severidade das penas.²²⁰

Poderia constatar-se, dizem os autores, uma tendência de se optar, dentre as várias espécies de penas, pelas mais graves e, em se decidindo pela pena de prisão, pelas mais longas.

De modo geral, criminosos que, uma década e meia atrás poderiam ter recebido uma multa, agora provavelmente receberão uma pena comunitária mais onerosa, enquanto que aqueles que teriam recebido penas comunitária, deverão ser encarcerados, e aqueles que são encarcerados enfrentam penas mais longas.²²¹ (tradução nossa)

²¹⁸ FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems*. Toward a Comparative and International Penology. London: Routledge. p. 246.

²¹⁹ CAVADINO, Michael; DIGNAN, James, MAIR, George. *The Penal System: An Introduction*. London: Sage Publications, 2013. Edição Kindle. p. 13.

²²⁰ Ibid. p. 84. No mesmo sentido: NEWBURN, Tim. Tough on crime: Penal Policy in England and Wales. TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 436.

²²¹ No original em inglês: “Overall, offenders who a decade and a half ago might have received a fine are now likely to receive a more onerous community penalty,

Os autores apontaram, ainda, uma tendência de se impor mais frequentemente e por período de tempo maior a prisão preventiva.

Assim, embora reconheçam a influencia de outros fatores, como ciclos econômicos e opinião pública, CAVADINO e seus colegas apontaram a prática dos tribunais como o fator predominante na determinação das taxas de encarceramento, afirmando que a "responsabilidade pelo aumento massivo na população prisional nos anos recentes está em grande parte nas mãos dos julgadores".²²²

A tendência de maior severidade concretizada nas sentenças judiciais estaria inserida, entretanto, em um contexto mais amplo de promoção da bifurcação punitiva da política criminal, veiculada por políticas e ações governamentais, dentre as quais se destacam os Criminal Justice Act de 1991²²³ e Criminal Justice Act de 1993,²²⁴ e a célebre declaração do Secretário do Interior Michael Howard em 1993 —“prison works” (prisão funciona).²²⁵

whereas those who might have received community penalties are now more likely to be imprisoned, and those who are imprisoned face longer prison terms.”CAVADINO, Michael; DIGNAN, James, MAIR, George. Op. cit., nota 2018, p. 84.

²²²CAVADINO, Michael; DIGNAN, James, MAIR, George. *The Penal System: An Introduction*. London: Sage Publications, 2013. Edição Kindle. p. 86

²²³ Ibid. p.27. REINO UNIDO. *Criminal Justice Act 1991*. Disponível em <<<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/53/contents>>>. Acesso em 23/04/2018

²²⁴ Embora o Criminal Justice Act de 1991 tenha introduzido diretrizes de determinação de pena destinadas a reduzir a frequência de imposição de penas de prisão, por meio da implementação de uma política criminal bifurcada, as medidas ali previstas não foram implementadas pelos governos posteriores, os quais adotaram concepções mais punitivas, tendendo a conferir mais ênfase ao tratamento severo das infrações mais graves, desequilibrando o sistema bifurcado. Essa evolução, cujos aspectos normativos e ideológicos serão analisados mais adiante neste trabalho, culminou na edição do Criminal Justice Act 1993, cujos fundamentos ideológicos podem ser associados à declaração de

Mais recentemente, registrou-se outra fase de elevação da taxa de encarceramento, nos anos 2011 e 2012, a qual CAVADINO associou ao tratamento conferido aos réus acusadas de crimes relacionados aos tumultos urbanos de agosto de 2011, os quais foram mantidos presos cautelarmente por longo tempo, e, posteriormente, sentenciados de forma severa.²²⁶

3.4 Taxas de Encarceramento e Execução Penal

A execução penal constituiria, assim, o derradeiro nível do sistema penal, sendo influenciado por todos os anteriores e produzindo, a seu turno, efeitos nas populações prisionais, por meio de institutos como a liberdade antecipada, indulto coletivo, conversões de pena, entre outros.²²⁷

Michael Howard, na conferência do Partido Conservador, em outubro de 1993, quando disse: “[...]Nós não devemos mais julgar o sucesso do nosso sistema de justiça pela queda da nossa população prisional....sejamos claros: Prisão funciona.” (tradução nossa). No original em inglês: “[...] We shall no longer judge the success of our system of justice by a fall in our prison population...Let us be clear: Prison Works.” NEWBURN, Tim. *Tough on crime: Penal Policy in England and Wales.* TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative perspective.* Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 438. REINO UNIDO. *Criminal Justice Act 1993.* Disponível em <<<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/36/contents>>>. Acesso em 23/04/2018

²²⁵ No original em inglês: “Prison works”. CAVADINO, Michael; DIGNAN, James, MAIR, George. *The Penal System: An Introduction.* London: Sage Publications, 2013. Edição Kindle. p. 12.

²²⁶ Ibid. p.13.

²²⁷ SNACKEN, Sonja; at al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice.* Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995; SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. in TONRY,

Além da influência de mudanças legislativas que restringiram as saídas antecipadas (na forma de “parole” (livramento condicional) ou perdão da pena) em diversos países, decisões judiciais e administrativas no nível da execução contribuiriam para o aumento da população carcerária independentemente da moldura legal em vigor ou reforçando os efeitos de determinadas previsões legais.

No caso dos Estados Unidos, BLUMSTEIN e BECK apontaram um aumento do tempo efetivo do cumprimento de pena em relação aos homicídios, no período entre 1980 e 1996, em razão de uma combinação de penas mais longas, maior frequência na imposição de prisão perpétua, maior resistência na concessão de livramento condicional, uma tendência crescente de se determinar a recaptura em caso de violação das condições de livramento condicional, além da relutância em se comutar a pena de morte em perpétua com possibilidade de livramento condicional.

O mesmo fenômeno teria ocorrido em relação a outros crimes, como roubo e violação sexual, na década de 1990.²²⁸

Segundo SNACKEN, também na Bélgica teria ocorrido uma restrição nas políticas de concessão de livramento antecipado em relação a crimes sexuais, na década de 1980, independentemente de alteração legislativa, embora os Ministros da Justiça tenham recorrido repetidamente aos perdões coletivos, refletindo-se, no âmbito da execução penal, a chamada bifurcação da política criminal.²²⁹

Uma outra redução no número de presos sob livramento condicional ocorreu entre 1997 e 2006, quando foram implementadas as chamadas comissões de

Michael. (org). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.p.160.

²²⁸ BLUMSTEIN, Alfred; BECK, Allen J. Population Growth I U. S. Prisons. In TONRY, Michael; PETERSILIA, Joan. Prisons. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 35-37; TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 17.

²²⁹ SNACKEN, Sonja & BEYENS, Kristel & TUBEX, Hilde. (1995). 1. SNACKEN, Sonja; at al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995.

livramento condicional, registrando-se um aumento do tempo de execução efetiva da pena privativa de liberdade em razão do tempo de demora da decisão das comissões.

Constatou-se ainda, um aumento do índices de revogação do livramento condicional em razão de descumprimento das condições.²³⁰

Da mesma forma, no Canadá, durante a década de 1990, foram adotadas medidas que restringiriam a redução do tempo de inelegibilidade para o livramento condicional.²³¹

Já na África do Sul, teria se verificado uma redução nas concessões de livramento condicional entre 1995 e 2005 em razão de problemas de eficiência do Departamento de Serviços Correccionais.²³²

²³⁰ O sistema de livramento condicional belga foi reformulado após o impacto do do caso Dutroux, em agosto de 1996, envolvendo o suposto sequestro estupro e homicídio de várias crianças e adolescentes durante o período de prova do livramento condicional do autor do fato. Duas reformas legislativas (1988 e 2006) transferiam o decisão do livramento condicional em casos individuais, primeiramente para Comissões de Livramento Condicional multidisciplinares (instaladas em 1999 e, posteriormente, para Cortes de Implementação de Sentença, em 2007. Sobre o tema ver: BAUWENS, Aline & ROBERT, Luc & SNACKEN, Sonja. (2012). *Conditional Release in Belgium: How Reforms Have Impacted Recall*. European Journal of Probation. Vol. 4., N. 1, p. 19-33, 2012.

²³¹ WEBSTER, CHeryl Marie ; DOOB, Anthony N. Punitive Trends and Stable Imprisonment Rates in Canad. In ONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

²³² GIFFARD, Chris; MUNTINGH, Lukas. The Effect of Sentencing on the Size of the South African Prison Population. Report Comissioned by the Open Society Foundation for South Africa. Octorber, 2006. Disponível em <<<https://acjr.org.za/resource-centre/The%20impact%20of%20sentencing%20on%20the%20size%20of%20the%20prison%20population.pdf>>>. Acesso em 15/04/2018.

3.5 Taxas de encarceramento, política criminal bifurcada e penas de longa duração

Diversos estudos constataram a mudança da composição da população prisional, registrando-se uma tendência de aumento da proporção de presos cumprindo penas de longa duração na maior parte dos países industrializados.²³³

O crescimento do número de presos cumprindo penas de longa duração impactaria diretamente a evolução da taxa de encarceramento, na medida em que esse índice é calculado em função do número de presos em determinado dia do ano, implicando a super-representação dos condenados às penas mais longas.

A relação entre o aumento proporcional do número de penas de longa duração constituiria mais um forte indício, segundo SNACKEN, da influência de decisões tomadas nos diversos níveis da justiça criminal sobre as flutuações das taxas de encarceramento.

Segundo TUBEX e SNACKEN, as reformas legislativas introduzidas no contexto da adoção da chamada política criminal de lei e ordem, buscando implementar penas de maior duração na maioria dos países industrializados, tem como alvos preferenciais os mesmo delitos, quais sejam: crimes de drogas, crimes violentos, crimes praticados por reincidentes e posse de arma de fogo.²³⁴

²³³Embora o conceito de pena de longa duração não seja uniforme, já que varia conforme o sistema de sanções de cada ordenamento, a tendência de aumento proporcional das penas de longa duração pode ser avaliada com base nos parâmetros adotados em cada país.

²³⁴ TUBEX, Hilde; SNACKEN, Sonja. *Évolutions des Longues Peines...Aperçu International et analyse des causes. Déviance et société*, Vol. 19, n.2 p. 103-126, 1995. CAVADINO, Michael; DIGNAN, James, MAIR, George. *The Penal System: An Introduction*. London: Sage Publications, 2013. p. 27 Edição Kindle; TONRY, Michael. *Sentencing in America, 1975-2025*. University of Chicago, 2013. DÜNKEL, Frieder. *Der deutsche Strafvollzug im internationalen Vergleich*. Palestra no evento "Das Gefängnis als lernende Organisation", Baden Baden, 27 de novembro de 2002. KAMINSKI, Dan.SNACKEN, Sonja; van der KERCHOVE, Michel. *Mutations dans le Champ des Peines et de Leur Exécution. Déviance et*

Nesse contexto, as penas de maior duração constituiriam, segundo SNACKEN, parte de uma política de bifurcação do sistema penal, na qual aplicar-se-ia tratamento mais severo para determinados crimes (como os sexuais, os violentos e os relacionados ao tráfico de drogas), reservando-se alternativas à prisão (penas não privativas de liberdade) para os demais casos.²³⁵

São apontadas duas explicações para esse fenômeno, quais sejam: a) as penas restritivas de direito seriam aplicadas, em geral, aos criminosos com histórico criminal limitado, substituindo, não as penas de prisão de curta duração, mas outras medidas alternativas menos restritivas, naquilo que se convencionou chamar de efeito de expansão da malha (“net-widening”), sendo que, em caso de descumprimento, o encarceramento é utilizado como sanção subsidiária; b) no que diz respeito aos crimes mais graves, foram introduzidas penas mínimas mais elevadas e a exigência de tempo mínimo de execução de penas privativas de liberdade, à semelhança do modelo norteamericano do “truth in sentencing” que resultaram na extensão do tempo médio de prisão.²³⁶

Assim, embora a introdução de penas restritivas de direito tenha resultado efetivamente na redução da imposição de pena de prisão, teria ocorrido, simultaneamente, um aumento do tempo médio de cumprimento de pena prisão.

As autoras sustentaram que a investigação das causas do aumento do tempo médio de duração das penas deve partir do movimento de descriminalização, despenalização e abolição da pena de morte que caracterizou

Société, Vol. 31, No. 4, p. 487-504, 2007; SNACKEN, Sonja. *Penal Policy and Practice in Belgium*. *Crime and Justice*, Vol. 36. 127, 2007.

²³⁵ SNACKEN, Sonja. *Penal Policy And Practice In Belgium*. In TONRY, Michael. (Org). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 153. No mesmo sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda. *Superpopulação Carcerária. Controlo da Execução e Alternativas*. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, Vol. 1, no 1, Junho 2013.

²³⁶ DÜNKEL, Frieder. *Der deutsche Strafvollzug im internationalen Vergleich*. Palestra no evento “Das Gefängnis als lernende Organisation”, Baden Baden, 27 de novembro de 2002.

a política criminal nos anos 1960 e 1970, orientado pela ideia de reabilitação e pelas críticas ao encarceramento como fator dessocializador.

Segundo TUBEX e SNACKEN, movimentos de descriminalização teriam efeitos variados, de acordo com as estratégias adotadas.

Por um lado, a descriminalização introduzida no ordenamento legalmente, em seguida a um período de não aplicação da norma incriminadora, não teria nenhum efeito sobre a população prisional.

A descriminalização de crimes punidos com penas de prisão de curta duração, por sua vez, resultariam no aumento proporcional da imposição de penas de longa duração.

Já a introdução de penas alternativas à prisão poderia ter efeitos de expansão do campo de aplicação da lei penal (“net-widening”), já que, como demonstrado em diversos estudos, a pena não privativa de liberdade substitui a pena de prisão apenas em aproximadamente cinquenta por cento dos casos.

Além disso, no caso de descumprimento, prevê-se, em regra, sanções mais severas que aquelas impostas em casos de não substituição, uma vez que o apenado já teria sido beneficiado anteriormente.

As autoras observaram, ainda, que, em alguns casos, seguiu-se aos movimentos de descriminalização e despenalização uma tendência oposta, passando-se a impor penas ainda mais severas para determinadas infrações consideradas mais graves, caracterizando-se assim, a chamada bifurcação ou dualização da política criminal.

No que se refere à pena de morte, o movimento de abolição teria ocasionado um aumento da aplicação da prisão perpétua, com maior restrição à liberdade antecipada, em diversos países.²³⁷

²³⁷ TUBEX, Hilde; SNACKEN, Sonja. *Évolutions des Longues Peines...Aperçu International et analyse des causes. Déviance et société*, Vol. 19, n.2 p. 103-126, 1995.

3.5.1 Política criminal bifurcada nos EUA: penas determinadas e crescimento da população carcerária

O caso dos Estados Unidos constituiria exemplo do fenômeno acima descrito.²³⁸

Nesse sentido, TONRY atribuiu grande parcela do aumento das taxas de encarceramento nos estados norteamericanos, desde 1973 até 2010, ao abandono do modelo de penas indeterminadas, caracterizado por maior discricionariedade do juiz sentenciante, e sua substituição pelo sistema de penas determinadas, com a implementação de reformas que introduziram as “sentencing guidelines” (diretrizes de determinação de pena), leis de “mandatory minimum”, “truth in sentencing”, “three strikes and you are out”.²³⁹

²³⁸ TUBEX, Hilde; SNACKEN, Sonja. Évolutions des Longues Peines...Aperçu International et analyse des causes. *Déviante et société*, Vol. 19, n.2 p. 103-126, 1995. TONRY, Michael. Sentencing in America, 1975-2025. University of Chicago, 2013; TONRY, Michael.(ed) Penal Reform in TONRY, Michael. Introduction: Penal Policies at the Beginning of the Twenty-Frist Century Times. New York: Oxford Universtity, 2001. 278 p.18. ZIMRING, Franklin, HAWKINS, Gordon. The Scale of Imprisonment. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 170. No mesmo sentido, mas reconhecendo apenas uma contribuição secundária para o aumento da taxa de encarceramento: BLUMSTEIN, ALFRED; BECK, Allen J. Population Growth in U. S. Prisons, 1980s -1996. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan(Ed.). *Prisons*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 43; TRAVIS, Jeremy et al. The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences, Washington, D. C.: The National Academies Press, 2014. p. 73.

²³⁹ TONRY, Michael. Introduction: Penal Policies at the Beginning of the Twenty-Frist Century. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. P.. 19; A ideia de “Truth in sentencing” (pena verdadeira) também conhecida como “honesty in sentencing” (pena honesta), consiste em um neologismo que alude às leis de “truth in lending” da década de 1970, as quais exigiam que os empréstimos ao consumidor tivessem regras claras quanto à cobrança de juros e termos de financiamento. No âmbito do

sistema penal, o termo denota uma presunção de desonestidade em institutos como liberdade condicional, indulto, entre outros mecanismos que resultam em redução do tempo de execução da pena privativa de liberdade. TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.: The National Academies Press, 2014; *Sentencing in America, 1975-2025*. University of Chicago, 2013. De acordo com CAVADINO et al, “truth in sentencing” significa que o juiz deve denotar a exata medida de tempo que o apenado passa na prisão, ou seja, não deveria existir possibilidade de saída antecipada. CAVADINO et al. *Penal System: an Introduction*. London: Sage, 2013. p.340. Com a expressão “Three strikes and you’re out” (três golpes e você está fora), designa-se a previsão de aumento de pena para criminosos reincidentes (sendo que o número de anotações antecedentes varia de estado para estado), em nível superior ao usualmente estabelecido para reincidentes, para determinados tipos de crimes, introduzida em diversos estados norte-americanos, predominante mente na década de 1990. Califórnia e Washington foram os primeiro estados a implementar esse tipo de dispositivo, sendo o modelo reproduzido em mais de 20 estados posteriormente. Os crimes abrangidos pelos dispositivos variam de estado para estado, sendo os mais comuns o homicídio, o estupro, e o roubo de automóveis. O número de crimes praticados para fins de aplicação das normas também é variável, assim como as penas impostas para o caso de ser atingido esse número, observando-se que, em 12 estados, foi prevista a pena de prisão perpétua sem possibilidade de livramento condicional. Ver sobre o tema CLARK, John et al. *Three Strikes and You’re Out: A Review of State Legislation* in. US Department of Justice. Office of Justice Programs. National Institute of Justice. *Research in Brief*. September 1997. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles/165369.pdf>>. Acesso em 11/04/2018. Quanto às leis de “mandatory minimum”, trata-se de normas que determinam que o juiz fixe a pena na medida determinada para a lei, sem que se lhe forneça nenhuma discricionariedade para individualização. Sobre o tema ver TONRY, Michael. *Reconsidering Indeterminate and Structured Sentencing*. *Sentencing and Corrections*. No. 2, Sep. 1999. TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.: The National Academies Press, 2014. No mesmo sentido BLUMSTEIN, ALFRED;

As chamadas “sentencing guidelines” foram introduzidas em alguns estados americanos, no início da década de 1980, como resultado de um movimento de crítica ao sistema de penas indeterminadas que vigorou até meados da década de 1970 (e ainda é aplicado, em certa medida, como se verá adiante, nos dias atuais).

Entretanto, as críticas que conduziram ao abandono do sistema de penas indeterminadas não eram uníssonas, podendo-se identificar duas vertentes.

De um lado, as críticas liberais atacavam principalmente a disparidade na aplicação da pena em casos individuais, a propensão a decisões preconceituosas, além da impossibilidade de recurso, em razão da inexistência de patamares preestabelecidos.

Em um segundo momento, o ataque ao sistema de penas indeterminadas viria a incorporar críticas de cunho mais conservador, com ênfase na excessiva leniência nos julgamentos de casos individuais.

As “sentencing guidelines,” implementadas inicialmente nos estados de Minnesota, Washington e Óregon, teriam tido sido estruturadas nos moldes da abordagem liberal, reduzindo a disparidade de tratamento entre casos individuais.

Além disso, a disponibilidade de vagas no sistema prisional passou a ser levada em conta na fixação da pena, possibilitando o controle do crescimento da população carcerária de acordo com os recursos do sistema prisional.²⁴⁰

BECK, Allen J BEck. Population Growth in U. S. Prisons, 1980s -1996. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan Prisons (Ed). Chicago:The University of Chicago Press, 1999. 54; ZIMRING e HAWKINS também interpretam o crescimento das taxas de encarceramento durante a década de 1980 como resultado de um aumento de severidade, ou seja, à introdução de penas mais longas em razão da substituição do sistema de pena indeterminada pelo mínimo obrigatório. ZIMRING, Franklin, HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*.Chicago:The University of Chicago Press, 1991. p. 170.

²⁴⁰Como se verá mais detidamente adiante, vários tipos de “sentencing guidelines” foram introduzidos no contexto de reforma da legislação de fixação de penas nos Estados Unidos, a saber: voluntárias, facultativas (presumptive) e obrigatórias, além das “parole guidelines”, isto é padroes para aplicação do livramento condicional. Sobre o tema ver *The Status of Sentencing Guideline Reforms in the*

Diversamente, as “sentencing guidelines” federais introduzidas em 1987, teriam contribuído para um aumento da duração das penas de prisão, sem levar em consideração a disponibilidade de recursos do sistema prisional, resultando no aumento da população carcerária durante a década de 1990.²⁴¹

De acordo com TONRY, as diretrizes federais teriam adotado uma abordagem bifurcada da política criminal, optando por punir mais gravemente crimes violentos, reduzindo a punição para os demais.²⁴²

Também leis de “mandatory-minimum” teriam contribuído para o aumento das taxas de encarceramento nesse mesmo período, embora sua influência seja menos expressiva, na visão de ZIMRING e HAWKINS.²⁴³

No que se refere às leis de “truth in sentencing”, apesar da impossibilidade de se apontar específica e isoladamente sua contribuição para o crescimento das taxas de encarceramento, por meio de pesquisas empíricas, em razão de limitações metodológicas, observa-se que predomina na literatura a associação entre essas medidas e o crescimento da população carcerária.²⁴⁴

U.S. (December 1999) - KEVIN R. Reitz. In TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001. p. 36.

²⁴¹The Status of Sentencing Guideline Reforms in the U.S. (December 1999) - KEVIN R. Reitz. In TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001. p. 36; *Sentencing in America, 1975-2025*. University of Chicago, 2013.

²⁴²TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. *Penal Reform in America, 1975-2025*. New York, Oxford University Press, 2016.p. 1966.

²⁴³BLUMSTEIN, ALFRED; BECK, Allen J. Population Growth in U. S. Prisons, 1980s -1996. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan(Ed).*Prisons*. Chicago:The University of Chicago Press, 1999. 54; ZIMRING, Franklin, HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*. Chicago:The University of Chicago Press, 1991. p. 168.

²⁴⁴TONRY, Michael. *Sentencing in America, 1975-2025*. University of Chicago, 2013;TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.: The National

De acordo com ALBRECHT, a implementação desse conjunto de medidas nos níveis estadual e federal teria sido predominantemente orientada para crimes violentos e de drogas, resultando a fragmentação da política criminal, ao substituir o ideal de reabilitação, por um sistema bifurcado, no que se reserva o tratamento mais severo para determinados grupos considerados perigosos, enquanto se admite penas não privativas de liberdade para os demais casos.²⁴⁵

3.5.2 Política criminal bifurcada na Europa

Também na Europa foi observada a mesma tendência, embora se deve ter em conta as diferenças numéricas entre a situação carcerária dos Estados Unidos e a taxa de encarceramento média dos países europeus.

Assim, na França, indicou-se como manifestação do movimento de bifurcação a introdução, dos chamados períodos de segurança(1978), do aumento de penas para os delitos sexuais(1980) e para os delitos violentos e cometidos por reincidentes (1981), além do tratamento mais severo para terrorismo e crimes de drogas e a extensão do período de segurança para 30 anos para certos delitos.²⁴⁶

Academies Press, 2014. p. 80-83; ALBRECHT, Hans Jorg. *Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*, United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and Treatment of Offenders (UNAFEI), March 2011. Reprint with permission from UNAFEI, April 2012. p. 28

²⁴⁵ALBRECHT, Hans Jorg. *Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*, United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and Treatment of Offenders (UNAFEI), March 2011. Reprint with permission from UNAFEI, April 2012. p. 28

²⁴⁶ Os períodos de segurança criados pela legislação em 1978 importavam a vedação de ajustamentos da execução da pena, impossibilitando o livramento antecipado antes de cumprimento de metade ou dois terços da pena. ROCHÉ, Sebastian. Criminal Justice Policy in France: Illusions of Severity. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.p. 495-497; na França, o número de condenados a penas maiores de cinco anos em 1992 era 66% mais elevado

Na Inglaterra, o Criminal Justice Act de 1988 aumentou a pena para crimes praticados com arma de fogo e crimes violentos contra crianças e o Criminal Justice Act 1991, seguindo a mesma tendência, implementou maior severidade em relação aos delitos sexuais e aos delitos violentos, embora penas menos longas tenham sido estabelecidas para crimes patrimoniais.²⁴⁷

Tendência semelhante pode ser apontada na Bélgica, onde a definição de estupro foi ampliada em 1989, introduzindo-se novas circunstâncias agravantes e um aumento da duração da pena.

Reformas legislativas foram implementadas também para introduzir no ordenamento belga medidas similares às leis de “truth in sentencing”, adotadas nos países anglofonos.

Após acentuado crescimento da taxa de encarceramento durante a década de 1990, que resultou em quadro de inaceitável superlotação, a administração decidiu fazer uso de estratégias de “porta de trás” (“back door policy”), ampliando consideravelmente as hipóteses de cabimento do livramento condicional para condenados a penas inferiores a três anos, por meio de uma série de cartas circulares do Ministério da Justiça em um período de 20 anos.

O uso intenso da liberdade condicional para redução da população carcerária teria conduzido, segundo BEYENS et al. à reforma de legislação, em 2006, para restringir o cabimento do instituto no caso das condenações a pena de três anos ou mais, impondo o cumprimento de um terço da pena para primários e dois terços

que em 1985 (passando de 5989 a 9139) TOURNIER, Pierre. Démographie carcérale en trois dimensions: le temps, l'espace et l'individu. *Déviance et société*. Vol. 22, Numéro 2, p. 215-229, 1998; Disponível em <<http://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1998_num_22_2_1662>>. Acesso em 18 de outubro de 2017.

²⁴⁷ TUBEX, Hilde; SNACKEN, Sonja. Évolutions des Longues Peines...Aperçu International et analyse des causes. *Déviance et société*, Vo. 19, n.2 p. 103-126, 1995; Sobre o tema ver NEWBURN, Tim. Tough on crime: Penal Policy in England and Wales. In TONRY, Michael. (org.) *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 425 – 465.

para reincidentes, além de condicionar a medida à elaboração de um plano de reintegração desenvolvido pelo preso com auxílio do serviço psicossocial.

Nesse contexto, a decisão é tomada, não pela administração, mas por uma Corte Multidisciplinar de Implementação de Sentenças, presidida por um juiz profissional.

A reforma legislativa resultou na implantação de uma política bifurcada, na qual condenados a penas de até três anos são liberados antecipadamente em decisões com escopo coletivo, como forma de regulação da população prisional, enquanto que condenados à pena de três anos ou mais são objeto de um projeto individualizado fundamentado em avaliação de riscos, garantias de supervisão e controle.

Entretanto, os resultados práticos do funcionamento do sistema conduziram a uma mudança nas práticas judiciais, na medida em que os juízes passaram a fixar penas maiores de três anos em casos nos quais anteriormente teriam fixado prazo inferior, apenas para evitar o livramento condicional coletivo e garantir um maior controle na sua implementação.

Assim, o efeito do sistema de livramento condicional sobre as práticas judiciais teria conduzido, segundo BEYENS et al à uma “espiral punitiva” com a imposição de penas de longo prazo e o aumento da superlotação carcerária.²⁴⁸

3.5.3 Abolição da pena de morte e taxa de encarceramento

TUBEX e SNACKEN apontaram a abolição da pena capital como um dos principais determinantes do aumento do tempo médio de duração da pena de prisão.

A progressiva exclusão da pena de morte dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, por meio de reformas legislativas e constitucionais, denota uma evolução condizente com o movimento internacional de proteção dos direitos

²⁴⁸ Sobre o tema ver: BEYENS, Kristel; SNACKEN, Sonja; SMIT, Dirk van Zyl. Thruth in (the implementation of) sentencing: Belgium and Elsewhere. in DAEMS, Tom. SMIT, Dirk van Zyl; SNACKEN, Sonja. *European Penology?* Oxford: Hart Publishing, 2013. p. 274-280.

fundamentais e valorização da ideia da pena como instrumento de reabilitação, em detrimento da tendência de adoção de medidas de incapacitação no sistema penal.

Entretanto, mesmo que se trate de uma medida humanizadora, último estágio de uma longa evolução no sentido de extinção dos castigos corporais, tem-se apontado a abolição da pena capital como um dos fatores determinantes para o aumento proporcional do número de presos condenados a penas de longa duração e, por consequência, para o crescimento da taxa de encarceramento.²⁴⁹

Segundo SNACKEN, a exclusão da pena de morte do ordenamento jurídico, geralmente, após um longo período sem aplicação efetiva, costumaria ser objeto de acirrado debate que acabaria resultando na adoção de penas de prisão perpétuas ou de longa duração com forma de compensação aos setores favoráveis à pena capital.

Assim, no Canadá, com a abolição da pena de morte em 1976, os condenados por homicídio em primeiro grau passaram a cumprir prisão perpétua sem direito a livramento condicional antes de cumprirem 25 anos, embora, antes da abolição, as penas fossem comutadas com a possibilidade de livramento condicional após 10 anos.

Também foi introduzido, no contexto da abolição da pena de morte, um acréscimo de um ano a ser somado a qualquer outra pena pelo uso de arma de fogo no cometimento de qualquer crime.²⁵⁰

A extensão do tempo de encarceramento teria provocado, segundo SNACKEN, um aumento da população prisional, sendo certo que nos sete anos

²⁴⁹SNACKEN, Sonja & BEYENS, Kristel & TUBEX, Hilde. (1995). 1. SNACKEN, Sonja; at al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995.

²⁵⁰ LANDREVILLE, Pierre. Quelques considerations à partir de la situation canadienne. *Déviante et soceété*. Vol. 12. N. 3. p. 291-296, 1988. Disponível em <<http://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1988_num_12_3_1546>>. Acesso em 19/10/2017.

que precederam a abolição houve quinze condenações à pena capital, enquanto que nos sete anos seguintes, 260 foram condenados à prisão perpétua.²⁵¹

Semelhante fenômeno teria sido observado na Inglaterra e Gales, onde a abolição da pena de morte em 1965 foi acompanhada da previsão de prisão perpétua obrigatória, condicionando-se a possibilidade de livramento condicional a um sistema tarifário, estabelecendo-se um mínimo a ser cumprido como retribuição.

Com isso, a população média de presos cumprindo pena de prisão perpétua aumentou de 76 em 1965 para 217 em 1990 e 229 em 1990.²⁵²

Ambos os exemplos permitiriam concluir, dizem as autoras, que a abolição da pena de morte conduziria à adoção de mudanças legislativas que autorizam a incapacitação dos autores dos crimes considerados “imperdoáveis”, acarretando o tratamento mais severo em todos os níveis do sistema penal.

3.5.4 Política criminal de drogas

A política criminal de drogas também tem sido apontada como fator determinante para o aumento da população carcerária, observando-se a sua contribuição para o agravamento da situação de superlotação de unidades prisionais em diversos países.

A mudança nas estruturas da populações prisionais teria se iniciado da década de 1980, segundo ALBRECHT, na medida em que o encarceramento passou a ser predominantemente utilizado como resposta a um mercado de drogas em expansão.²⁵³

²⁵¹ Sobre o tema ver GAUCHER, Bob; LOWMAN, John. Canadian Prisons, in WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*. London: Routledge, 2013. Edição Kindle. p. 66-67.

²⁵² TUBEX, Hilde; SNACKEN, Sonja. Évolutions des Longues Peines...Aperçu International et analyse des causes. *Déviance et société*, Vol. 19, n.2, p. 103-126, 1995.

²⁵³ ALBRECHT, Hans Jörg. Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities.

Assim, os crime de drogas, especialmente o tráfico, passariam à posição de objeto prioritário da atividade policial, tendo-se intensificado o investimento nas polícias da maioria dos países ocidentais, as quais foram expandidas e aparelhadas para atuar na chamada “guerra às drogas”.²⁵⁴

Além disso, constatou-se a imposição de penas mais severas para os crimes de drogas, seja como decorrência de mudanças nas práticas de promotores e juízes, seja em razão de reformas legislativas modificando critérios de fixação de penas.

Soma-se a isso, a restrição de possibilidades de livramento condicional por meio de inovações legislativas ou ordens administrativas.

Embora essa tendência não se restrinja aos Estados Unidos, o caso norte-americano se destaca no cenário internacional em razão de uma maior propensão à criminalização de atividades relacionadas às drogas, a condenar à pena de prisão por crimes de drogas e a impor penas mais longas aos condenados por crimes de drogas.²⁵⁵

Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities, United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and Treatment of Offenders (UNAFEI), March 2011. Reprint with permission from UNAFEI, April 2012. p. 25.

²⁵⁴ SNACKEN, Sonja & BEYENS, Kristel & TUBEX, Hilde. (1995). 1. SNACKEN, Sonja; at al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995.

²⁵⁵ Segundo LYNCH, os Estados Unidos aplica pena de prisão em 67 por cento dos casos de drogas, muito mais que na Holanda (46 por cento) que na Suíça (38 por cento) e na França (35 por cento). Além disso, o tempo esperado de execução de pena de prisão nos Estados Unidos são 23 meses, enquanto na Inglaterra são 12 meses, na Suécia, 8.2 meses e na Holanda, 8.3 meses.. LUNCH, James P.; PRIDEMORE, William Alex. Crime in International Perspective. In SILSON, James Q.; PETERSILIA, Joan. *Crime and Public Policy*. New York: Oxford University Press, 2011. Edição Kindle. p. 39-40.

A política criminal de drogas norte-americana teria contribuído de forma importante para o crescimento da taxa de encarceramento, por meio de reformas legislativas, na década de 1980, desencadeadas pela difusão do uso do craque nas grandes cidades, além da crescente pressão do público e da mídia.

Nesse contexto, o Congresso introduziu, em 1986 e 1988, medidas que aumentaram a pena para crimes de drogas federais e expandiram os recursos destinados ao controle desses crimes nos níveis federal e estadual.

A legislação federal teria provocado a adoção de medidas semelhantes no nível estadual, com a edição de novas leis mais severas, além de gerar pressão para que promotores e juízes dessem prioridade à punição de crimes de drogas.

O resultado, segundo ZIMRING, teria sido persistência, no período entre 1986 e 1993, da tendência de crescimento acelerado que já existia desde meados da década de 1970, caracterizando-se esse período mais recente pela influência predominante da guerra às drogas no aumento da população carcerária.²⁵⁶

A influência das ideias penais dos Estados Unidos no que se refere às drogas ilícitas teria se replicado, respeitadas as especificidades regionais, em diversos países europeus, identificando-se uma tendência mais ou menos generalizada de intensificação do controle e persecução, além da maior severidade das penas.

Embora os dados a respeito das variações nas populações carcerárias não seja organizado separadamente em relação a cada um dos crimes, várias fontes apontaram o aumento da proporção de presos por crimes de drogas em diversos países.²⁵⁷

²⁵⁶ ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. *Stanford Law Review*, Vol. 323, p. 323-338, 2005; ZIMRING, Franklin E. *The Scale of Imprisonment in The United States: Twentieth Century Patterns and Twenty-First Century Prospects*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 100, p. 1225, 2010; TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.: The National Academies Press, 2014. p. 68.

²⁵⁷ Na Bélgica, a proporção de crimes de droga aumentou de 4.2% em 1980 para 14,8% em 1991. BEYENS, K., et al. *Overbevolkte gevangenissen: omvang, oorzaken en mogelijke oplossingen*. Antuérpia: Anhem, 1993. SNACKEN, Sonja

Na Bélgica, a política criminal de drogas estaria inserida, de acordo com SNACKEN, na dinâmica de bifurcação que contribuiu para o crescimento da população carcerária durante as décadas de 1980 e 1990.

O fenômeno estaria associado, segundo a autora, às mudanças nas práticas policiais e persecutórias no final da década de 1990, quando passou-se a impor tratamento distinto para delitos de menor potencial ofensivo e crimes de drogas, sexuais e violentos.

Embora tenha-se introduzido na legislação, em 1994, a mediação penal e serviço comunitário no nível persecutorial, uma circular conjunta de 23 de maio de 1993 do Ministro da Justiça e Procurador Geral proibiu a renúncia ao exercício da ação penal em qualquer caso de crime de droga, daí decorrendo uma redução do número de renúncias em crimes de droga durante a década de 1990.

Conjugada à reforma da legislação em 2003, para agravar as penas para delitos de drogas, as práticas adotadas pelos promotores resultaram no aumento do

& BEYENS, Kristel & TUBEX, Hilde. (1995). 1. SNACKEN, Sonja; at al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995; Na Inglaterra e Gales, aumentou de 3% em 1982 para 10% em 1992. FIELDING, N. and FOWLES, T. (1994), Penal Policy File No. 55 April-June 1994. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 33: 352–360. Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/wol1/doi/10.1111/j.1468-2311.1994.tb00819.x/abstract>>>. Acesso em 16/10/2017. Na Holanda, a expansão da capacidade da populaçãoo prisional em 2.000 vagas entre 1980 e 1986 pode ser associado ao aumento das penas para crimes de drogas. VERHAGEN, J. De Kwantitatieve betekenis van de Opiumwet voor de capaciteitsuitbreiding van het gevangeniswezen. In DE HAAN, W.; VERPALEN, R> (Eds). *Bezeten van de bajes*, Nijmegen, 1989. P. 99-102. Apud SNACKEN, Sonja & BEYENS, Kristel & TUBEX, Hilde. (1995). 1. SNACKEN, Sonja; at al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995.

número de casos levados ao judiciário, das prisões preventivas e do número de condenações por tráfico ilícito.²⁵⁸

No caso da Holanda, por sua vez, DOWNES associou o acentuado crescimento da taxa de encarceramento (de 33, em 1987, para 123.5 em 2004), à intensificação da guerra às drogas, entre outros fatores.

Segundo SWAANINGEN, ainda que a prisão do usuário de drogas não problemático seja excepcional, substituiu-se uma abordagem focada na saúde pública por uma ênfase na resposta do sistema penal, de forma que cerca de 20% dos presos estariam condenados por crime de drogas.²⁵⁹

Também na Alemanha, a política criminal de drogas foi apontada como fator determinante no crescimento da população carcerária, com a introdução de reformas legislativas que aumentaram a duração da pena de prisão para delitos de drogas em 1971 e 1983.²⁶⁰

²⁵⁸ A Lei de 3 de Maio de 2003 ampliou as possibilidades de imposição de prisão condicional ou “probation” para usuários de droga reincidentes ou que tenham cometido crimes para sustentar o uso. Entretanto, adotou abordagem punitiva em relação ao tráfico em larga escala, fixando, além da prisão, uma multa compulsória. Sobre o tema ver SNACKEN, Sonja. Penal Policy and Practice in Belgium. in TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 165 -168.

²⁵⁹ Como observado por SWANINGEN, no Relatório Sociedade e Delito de 1985, se afirmou explicitamente que a Holanda havia se transformado em um dos principais “narco-Estados” Europeus, recomendando penas duras para fazer frente à essa tendência. Sobre o tema ver: DOWNES, David; van SWAANINGEN, René. The Road to Dystopia Changes in the Penal Climate of the Netherlands. *Crime and Justice in the Netherlands*. Vol 35, No.1, p. 31-71. 2007.

²⁶⁰ FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems*. Toward a Comparative and International Penology. London: Routledge. p. 244. Diverge KUHN, para

Além disso, implementou-se na prática de promotores de juízes, uma política bifurcada tendente à imposição de penas mais severas para crimes violentos e de drogas na década de 1990.²⁶¹

3.6 A redução das taxas de encarceramento e a política criminal

Vários exemplos de contribuição das decisões nos diversos níveis do sistema pena para a redução da taxa de encarceramento são encontrados na literatura, destacando-se os casos da Finlândia, Japão, Holanda e Alemanha.

3.6.1 Reformas legislativas: o caso da Finlândia

As populações prisionais nos países escandinavos mantiveram-se razoavelmente estáveis e abaixo da média dos países europeus, durante toda a segunda metade do Século XX e primeiros anos do Século XXI, salvo no caso da Finlândia, onde as taxas, inicialmente mais elevadas que a dos países vizinhos, somente atingiram o padrão da região após drástica redução.²⁶²

quem a contribuição da política criminal de drogas foi quase insignificante, sendo certo que o aumento verificado no período teria resultado de efeitos não esperados da bifurcação da política criminal. Sobre o tema ver KUHN, André. *Étude Des Fluctuations de la Population Carcérale Allemande. Déviance et Société*, Vol. 20 – N. 1. p.59-83, 1996. WEIGEND, Thomas. *Sentencing and Punishment in Germany*. in TONRY, Michael; FRASE, Richard S. (Ed). *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 194.

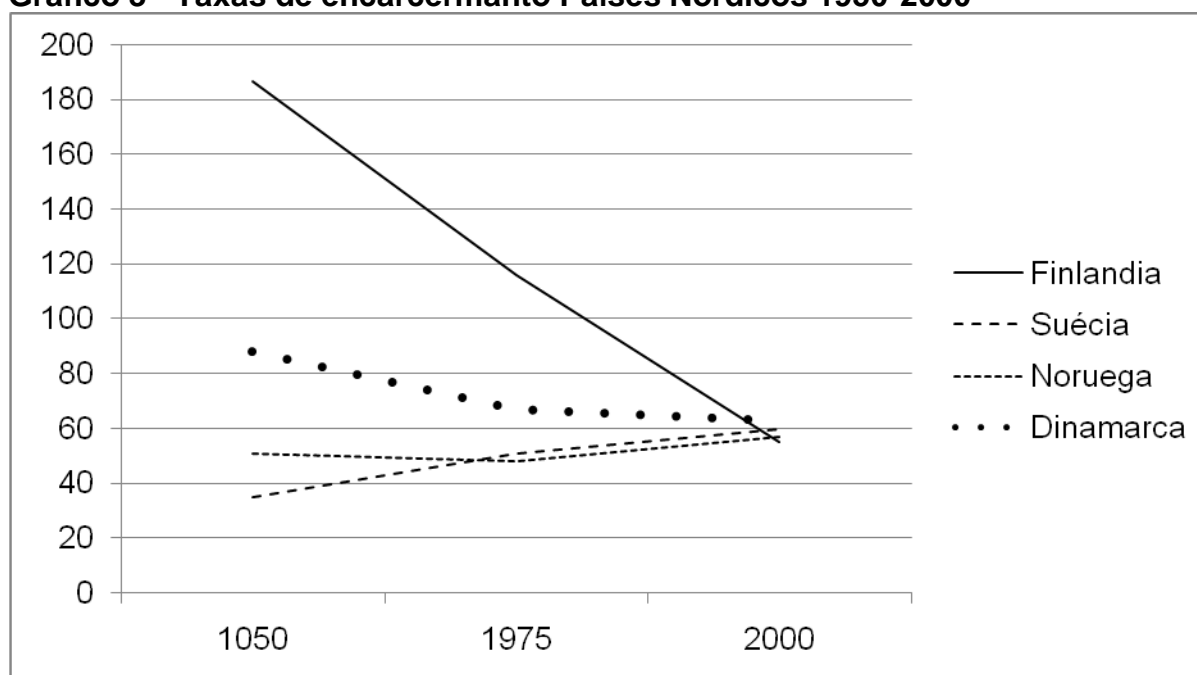
²⁶¹ FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems*. Toward a Comparative and International Penology. London: Routledge. p. 244.

²⁶² BONDSON, Ulla V. Levels of Punitiveness in Scandinavia: description and explanations. In PRATT, John et al. *The New punitiveness: Trends, Theories, perspectives*. London: Routledge, 2011.

O caso finlandês, já brevemente analisado acima, tem sido apontado como um exemplo de redução acentuada da taxa de encarceramento, em decorrência de mudanças político-criminais introduzidas, predominantemente, por meio de reformas legislativas.

Das primeiras décadas do Século XX até a década de 1970, a taxa de encarceramento finlandesa figurava entre as mais altas de Europa (118 por 100.000 habitantes, em 1976),²⁶³ destacando-se consideravelmente da média regional, como demonstra a tabela abaixo.

Gráfico 3 - Taxas de encarceramento Países Nórdicos 1950-2000



Fonte: World Prison Brief Data. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/country/norway>>. Acesso em 18/04/2018.

Segundo LAPPÍ-SEPPÄLÄ, a discrepância em relação ao padrão regional estaria associada à adoção de uma política criminal caracterizada pela severidade

²⁶³ TÖRNUDD, Patrik. *Fifteen Years of Decreasing prisoner Rates in Finland: A report presented to a Study Group from Western Australia in 1991 with a Postscript 5 November 1993*. National Research Institute of Legal Policy. Research Communications, 1993.

e rigidez, com previsões estritas e casuísticas para reincidentes e penas longas para delitos patrimoniais.²⁶⁴

A tendência ascendente da taxa de encarceramento finlandesa teria sido revertida, segundo o autor, graças às reformas legislativas em mudança nas práticas judiciais introduzidas na segunda metade do Século XX.²⁶⁵

Assim, registrou-se uma redução no tempo médio de duração das sentenças, na década de 1950, que teria resultado de uma mudança de orientação das práticas judiciais, adotada em reação à severidade imposta no período pós Segunda Grande Guerra, independentemente de mudança legislativa.²⁶⁶

As novas práticas viriam a ser reforçadas posteriormente por mudanças implementadas na legislação ao longo das décadas de 1970, 1980 e 1990, com efeitos significativos nos índices de encarceramento.

As diversas reformas introduzidas teriam provocado impactos variados nas taxas de encarceramento, podendo-se organizá-las, e, segundo a estimativa

²⁶⁴ Segundo CHRISTIE, o fato de que a taxa de encarceramento costumava ser mais próxima da média regional no primeiro quarto do século XX, permite concluir que a elevação desse índice na década de 1950 deve-se à adoção de “uma escala peculiar de sofrimento” (em inglês, “peculiar scale of suffering”), em razão da guerra civil e da independência da Rússia em 1917, além de duas guerras contra a União Soviética em 1939 e 1944). CHRISTIE, Nils. *Changes in Penal Values*. In BONDESON, Ulla. *Crime and Justice in Scandinavia*. Hopenhagen: Thomson, 2005.. Segundo LAPPPI-SEPPALA, após a segunda guerra com a União Soviética, altos índices de criminalidade deram causa à aplicação de penas mais severas, provocando um aumento considerável da taxa de encarceramento. LAPPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Imprisonment and Penal Policy in Finland*. *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 45. p.333-380, 2009.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ LAPPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Imprisonment and Penal Policy in Finland*. *Scandinavian Studies in Law*. Vol. 45. 333-380, 2009; LAPPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Regulating the Prison Population: Experiences from a Long-Term Policy in Finland*. National Resarch Institute of Legal Policiry Research Communicaitons 38. Helsinki, 1998.

elaborada por LAPPI-SEPPALA, em três grupos separados conforme o grau de efetivo impacto nas taxas de encarceramento:

Tabela 6 - Reformas legislativas na Finlândia no Século XX

Grau de efetividade	Ano e Reforma
Três pontos de redução	1977 – Reforma da lei de direção alcoolizada, na qual a prisão foi substituída por multa ou suspensão condicional da pena; 1989 – Tempo mínimo de cumprimento de pena para livramento condicional passou de três meses para 14 dias; 1995 – Expansão do serviço comunitário;
Dois pontos de redução	1966 – Reforma do livramento Condicional, com redução do tempo mínimo da tentativa de seis para 4 meses; 1967 – Anistia em celebração dos 50 anos da independência; 1972 – redução da pena de furto; 1973 – Introdução de regras restritivas para prisão cautelar; 1976 – Reforma da lei da prisão com redução do tempo mínimo para livramento condicional de quatro para três meses; 1977 – Reforma das normas de determinação da pena com a redução do impacto da reincidência na duração da pena; 1991 – Redução das penas para crimes patrimoniais; 1992 – Introdução do serviço comunitário
Um ponto de redução	1969 – Reforma dos dias-multa, com a redução do número de dias multa a ser imposto; 1969 – Reforma da lei de lesão corporal, reduzindo-se a ênfase na lesão culposa; 1973 – Introdução de normas de detração do tempo da prisão preventiva;

Grau de efetividade	Ano e Reforma
	1976 – Expansão da 1977 – Reforma dos dias-multa, impondo multas mais severas em substituição à prisão; 1989 – Redução da taxa de dívida da multa; 1990 – A redução do tempo de duração da prisão preventiva; 1991 – Expansão do âmbito de aplicação do não exercício da ação penal; 2000 – Expansão do uso de prisão condicional, incluindo serviço comunitário.

Fonte: LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Imprisonment and Penal Policy in Finland*. *Scandinavian Studies in Law*. Vol. 45. 333-380, 2009.

Assim, em 1969, o uso de prisão para os devedores de multa foi restringido e a embriaguez pública foi descriminalizada, provocando uma redução significativa do número de presos pela falta de pagamento da multa.

A pena para o crime de furto foi reduzida pela primeira vez em 1972 e, posteriormente, em 1991, inclusive para furto de automóveis, possibilitando-se a aplicação de multa para essa categoria de crimes.

O efeito dessas modificações teria sido imediato, segundo LAPPI-SEPPÄLÄ, com uma redução da parcela de prisão incondicional e um aumento proporcional do número de multas aplicadas.²⁶⁷

Semelhante resultado teria sido obtido, para esse autor, com a introdução, em 1977, da norma que possibilitou a aplicação de multa e prisão condicional para a direção alcoolizada.

Além disso, a reforma de 1973 restringiu a aplicação da detenção preventiva, até então imposta aos reincidentes em crimes patrimoniais, aos casos de

²⁶⁷LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Imprisonment and Penal Policy in Finland*. *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 45. p.333-380, 2009.

criminosos violentos perigosos. Com isso, o número de reincidentes presos foi reduzida em noventa por cento em um ano (de 206 para 24).²⁶⁸

[...] houve um tremendo aumento no uso das penas de prisão condicional, refletindo o rápido aumento da criminalidade na Finlândia – enquanto o número de penas de prisão incondicional havia diminuído desde 1976. A tendência de um aumento do uso da prisão condicional já era visível antes da reforma legislativa de 1976, mas a reforma tornou possível aumentar radicalmente seu uso, apesar do crescimento dos índices de criminalidade e apesar do fato de que a população de criminosos nos anos 1980 era um tanto quanto mais velha e tinha mais condenações anteriores que a população de criminosos dos anos 1970. (tradução nossa)²⁶⁹

Também foram modificadas as regras do livramento condicional, reduzindo-se o tempo mínimo de cumprimento de pena de seis para quatro meses, nos anos 1960 e, posteriormente, de quatro para três meses, nos anos 1970, chegando ao mínimo de quatorze meses nos anos 1980.²⁷⁰

²⁶⁸ LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Regulating the Prison Population: Experiences from a Long-Term Policy in Finland*. National Research Institute of Legal Policy Research Communications 38. Helsinki, 1998. TÖRNUDD, Patrik. *Fifteen Years of Decreasing prisoner Rates in Finland: A report presented to a Study Group from Western Australia en 1991 with a Postscript 5 November 1993*. National Research Institute of Legal Policy. Research Communications, 1993.

²⁶⁹No original em inglês: “[...][...] there has been a tremendous increase in the use of conditional sentences of imprisonment-reflecting the rapid increase of criminality in Finland - while the number of unconditional sentences has decreased since 1976. the trend towards increased use of conditional imprisonment was visible already before the law reform of 1976, but this reform made it possible to radically increase its use, despite rising crime figures and despite the fact that the offender population in the 1980s was somewhat older and had more previous convictions than the offender population of the 1970s.”TÖRNUDD, Patrik. *Fifteen Years of Decreasing prisoner Rates in Finland: A report presented to a Study Group from Wstern Australia en 1991 with a Postscript 5 November 1993*. National Resarch Institue of Legal Policy. Research Communications, 1993.

²⁷⁰LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Imprisonment and Penal Policy in Finland. *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 45. p.333-380, 2009.

A última grande reforma reducionista teria sido implementada na Finlândia com a introdução, na década de 1990 das penas comunitárias.²⁷¹

Segundo LAPPÍ-SEPPÄLÄ, a significativa redução na população carcerária após a implementação das penas comunitárias poderia ser atribuído ao sistema de substituição adotado.

A aplicação da pena comunitária pressupõe uma operação em duas etapas, de forma a garantir que ela seja utilizada somente em casos nos quais seria aplicada a prisão incondicional.

Em um primeiro momento, o julgador deve averiguar se o caso seria passível de aplicação de pena de prisão incondicional. Em caso positivo, e, somente nesse caso, o julgador substitui a pena de prisão incondicional pela pena comunitária.

Mais recentemente, nos primeiros anos do Século XXI, registrou-se uma tendência de ascensão da taxa de encarceramento, em razão da introdução de penas mais severas e restrições de alternativas penais nos casos de violência doméstica, aumento de penas para delitos sexuais e aumento da duração das penas impostas para crimes de drogas.

Mais recentemente, foi registrada tendência ascendente entre os anos 2000 e 2005, em razão da introdução de reformas que, segundo LAPPÍ-SEPPÄLÄ, teriam contribuído para o aumento da taxa de encarceramento no período indicado, entre as quais foram apontadas:

Tabela 7 - Reformas legislativas com impacto na taxa de encarceramento na Finlândia nas décadas de 1990 e 2000

ANO	REFORMA
1991	Aumento de pena para crimes econômicos
1993	Aumento de penas para crimes de drogas
1994	Limite de porcentagem de álcool na corrente sanguínea para a direção alcoolizada agravada reduzido de 1,5 para 1,2%
1995	Expansão de poderes policiais com relação a telecomunicações

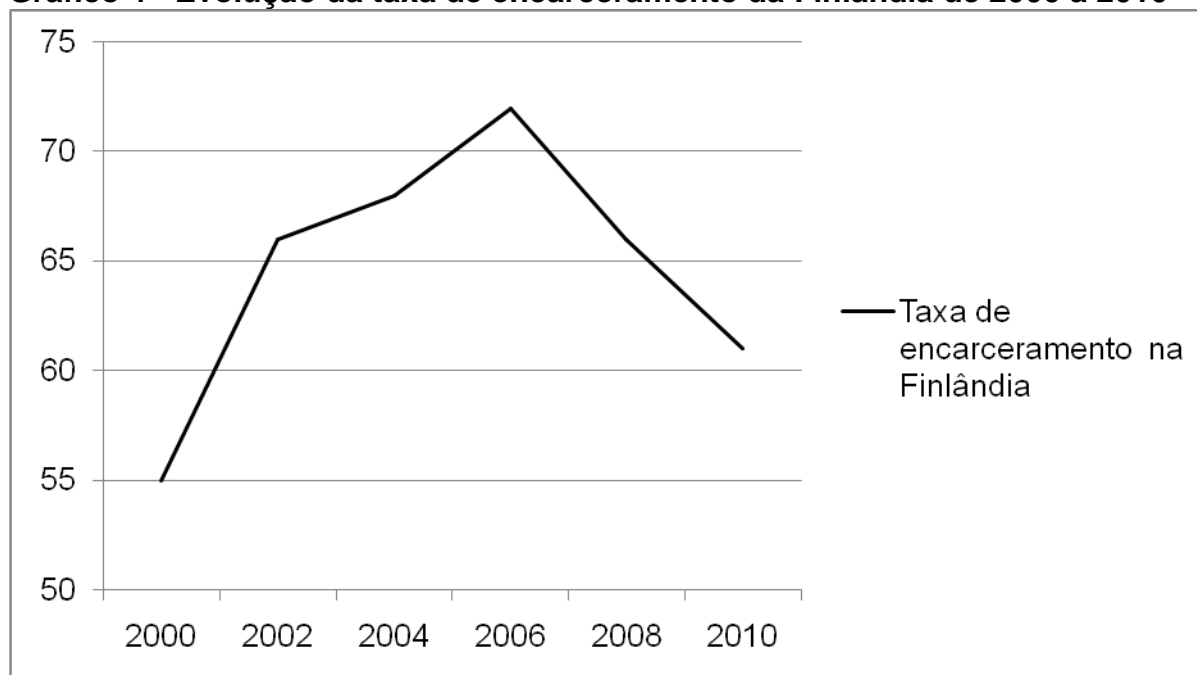
²⁷¹ As penas comunitárias consistem em trabalho não remunerado sob supervisão, normalmente em seguimentos de 3 ou 4 horas, em dois dias da semana. Sobre o tema ver LAPPÍ-SEPPÄLÄ, Tapio. Imprisonment and Penal Policy in Finland. *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 45. p.333-380, 2009.

ANO	REFORMA
1995	Inclusão da violência doméstica entre delitos de atribuição do ministério público
1999	Aumento da pena para estupro
1999	Aumento do controle de drogas na prisão
2000	Aumento da pena para lesões
2001	Mais multa para usuários de drogas
2002	Extensão de poderes policiais para telecomunicações e medidas coercitivas
2002	Aumento da pena do furto de carros
2003	Introdução de leis de crime organizado
2003	Introdução de leis de terrorismo
2004	Extensão de poderes policiais para telecomunicações
2004	Restrições ao não exercício da ação penal para violência doméstica
2005	Aumento de pena para tráfico de pessoas e pornografia infantil

Fonte: LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Imprisonment and Penal Policy in Finland. *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 45. p.333-380, 2009.

Essa tendência expansiva teria sido revertida graças à adoção de uma nova taxa de conversão da pena de multa em 2006 e à exclusão da possibilidade de execução de multas pequenas.²⁷²

²⁷² Mais recentemente, nos primeiros anos do século XXI, registrou-se uma tendência de ascensão da taxa de encarceramento, em razão da introdução de penas mais severas e restrições de alternativas penais nos casos de violência doméstica, aumento de penas para delitos sexuais e aumento da duração das penas impostas para crimes de drogas. LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Imprisonment and Penal Policy in Finland. *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 45. p.333-380, 2009.

Gráfico 4 - Evolução da taxa de encarceramento da Finlândia de 2000 a 2010

Fonte: World Prison Brief Data. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/country/norway>>. Acesso em 18/04/2018.

Todas as alterações legislativas e nas práticas judiciais acima indicadas, além de outras de menor expressão, constituiriam, segundo LAPPI-SEPPÄLLÄ, fatores determinantes para redução da taxa de encarceramento ao longo da segunda metade do Século XX.

Segundo TÖRNUDD, porém o sucesso da reforma legislativa finlandesa dever-se-ia, sobretudo, ao seu arcabouço normativo, isto é, às concepções político-criminais que a fundamentaram (rotuladas como “neoclassicismo humano”), bem como à pronta adesão dos juízes e promotores.²⁷³

No caso finlandês, a crítica ao modelo de tratamento teria conduzido, na visão de LAPPI-SEPPÄLLÄ à adoção da teoria da prevenção integração, associada à ideia de minimização de danos e redistribuição dos custos do crime e da pena,

²⁷³ TÖRNUDD, Patrik. *Fifteen Years of Decreasing prisoner Rates in Finland: A report presented to a Study Group from Western Australia in 1991 with a Postscript 5 November 1993*. National Research Institute of Legal Policy. Research Communications, 1993.

relativizando-se a importância da punição e, portanto, a necessidade de penas severas.²⁷⁴

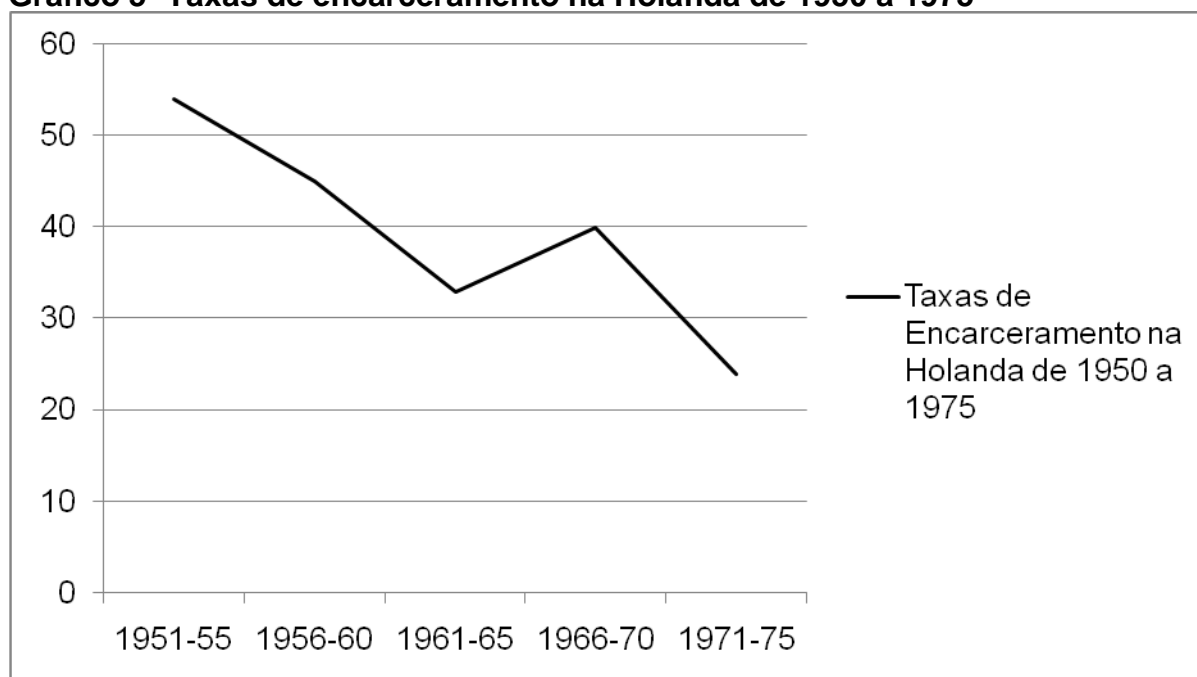
A relação entre as medidas político-criminais e as teorias da pena será analisada mais adiante, em seção própria deste trabalho.

3.6.2 Práticas persecutórias e judiciárias: os casos da Holanda, do Japão e Alemanha

3.6.2.1 Holanda (1950-1975)

A taxa de encarceramento holandesa registrou uma redução importante entre 1950 e 1975, atingindo o índice mais baixo dentre os países ocidentais nesse período.

Gráfico 5 - Taxas de encarceramento na Holanda de 1950 a 1975



Fonte: World Prison Brief Data. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/country/norway>>. Acesso em 18/04/2018.²⁷⁵

²⁷⁴ LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Regulating the Prison Population: Experiences from a Long-Term Policy in Finland*. National Research Institute of Legal Policy Research Communications 38. Helsinki, 1998.

A redução rápida e acentuada teria ocorrido, segundo DOWNES, principalmente em razão de mudanças nas práticas de promotores e juízes, apesar da inexistência de qualquer reforma legislativa ou inovação administrativa no âmbito da política criminal.

Nesse contexto, o autor apontou como fatores determinantes para o decréscimo da população prisional o aumento do número de casos de renúncia à ação penal pelos promotores, a tendência de utilização menos frequente da pena de prisão (aplicando-se preferencialmente a multa), além do aumento no número de penas de prisão suspensas²⁷⁶ e da redução na duração das penas fixadas,²⁷⁷ devendo-se levar em conta, ainda, a contribuição parcial do declínio da taxa de elucidação de crimes pela polícia.²⁷⁸

²⁷⁵ Os números divergem daqueles apresentados por RUTHERFORD, embora ambos os registros denotem uma acentuada redução. Sobre o tema ver RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984.p. 136.

²⁷⁶ Como observado por RUTHERFORD, eventual quebra de sentenças suspensas, na Holanda, não enseja a decretação da prisão automaticamente, salvo se preenchidas outras condições, de forma que essa alternativa penal não tem efeitos indesejados sobre a população carcerária. RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984.p. 141.

²⁷⁷ A tendência de aumento na utilização da renúncia à ação penal pode ser observada, segundo DOWNES para todos os crimes, inclusive os mais graves. No caso do estupro, a proporção de renúncias à ação penal em relação ao total de casos submetidos aos promotores aumentou de 30 em 1960 para 53 por cento em 1978; no caso da invasão de domicílio, de 31 em 1960 para 59 em 1978 e, no caso dos roubos, de 20 em 1960 para 48 em 1979). Observou RUTHERFORD que houve uma expansão da aplicação da pena de multa de 58 por cento de todos os casos em 1950, para 65 por cento em 1975. RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984.p. 141. Segundo DOWNES, a

Também a utilização do livramento condicional teria contribuído, embora em menor medida que os fatores apontados acima, para a redução da população carcerária, já que, como observou DOWNES, “virtualmente todos os presos obtinham livramento condicional depois de nove meses ou dois terços de sua pena, prevalecendo o critério mais severo, sendo que, em 90% dos casos o preso seria libertado na primeira oportunidade.”²⁷⁹

Além do livramento condicional, as listas de espera para ingresso dos condenados nas unidades foram utilizadas de forma crescente ao longo de todo o período estudado, como forma de controle da população prisional.²⁸⁰

Esse fatores teriam provocado, segundo DOWNES, uma redução da proporção do número de presos condenados a penas longas, contribuindo, portanto, para a redução da taxa de encarceramento, apesar da elevação dos índices de criminalidade no mesmo período.

A resistência ao encarceramento manifestada nas práticas persecutórias e judiciais estaria associada, segundo DOWNES, à evolução do modelo de

porcentagem de condenações à pena de prisão reduziu-se de 73 em 1950 para 43 por cento em 1979, nos casos de estupro; de 73 para 25 por cento no caso de invasão e de 89 para 47 por cento, em caso de roubo; enquanto que a proporção de prisões não suspensas reduziu-se de 27 por cento em 1950 para 21 por cento em 1979. No que se refere à duração das penas fixadas, em relação ao estupro houve redução de 13.6 para 7.2 meses, entre 1950 e 1979, no caso da invasão, de 11.7 para 4.0 meses e no caso do roubo de 27.6 para 14.9 meses. DOWNES, David. *The Origins and Consequences of Dutch Penal Policy Since 1945: a Preliminary Analysis*. *The British Journal of Criminology*. Vol. 22, No. 4, 1982.

²⁷⁸ DOWNES, David. *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in the Netherlands and England and Wales*. Oxford: Clarendon, 1988. p. 45

²⁷⁹ *Ibid.* p. 37.

²⁸⁰ RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984. p. 136.

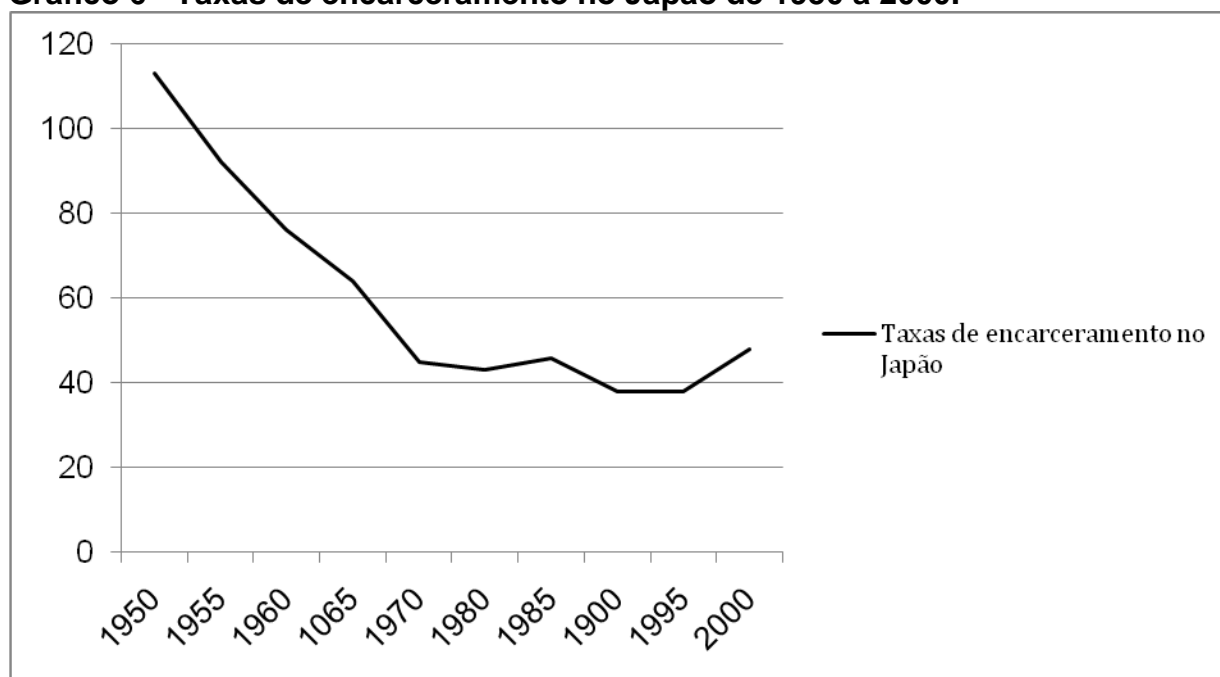
tratamento e das penas indeterminadas no sistema penal holandês e à adoção das concepções da chamada Escola de Utrecht.²⁸¹

Nessa perspectiva, as críticas ao modelo de tratamento e ao uso excessivo de penas longas como instrumento de cura seriam reforçadas pela a ideia de rejeição da utilização da prisão em razão de seu impacto negativo, característica da Escola de Utrecht, afastando-se, assim, eventual adoção de política criminal baseada na prevenção geral como finalidade precípua da pena.

3.6.2.2 Japão (1950-1975)

A redução da taxa de encarceramento japonesa de 113 em 1950, para 38 em 1990 situa o Japão entre os casos mais destacados de política criminal reducionista.

²⁸¹ Grupo formado por POMPE, KEMPE e BAAN. POMPE, Willem(1893-1986), era advogado, professor nas universidades de Nijmegen e Utrecht, criou um instituto de pesquisa em Utrecht em 1934 e desenvolveu uma visão inteiramente nova da pena e do tratamento de criminosos “graves”, considerando o criminoso acima de tudo um ser humano. Uma das primeiras publicações do instituto foi o livro de KEMPE, (KEMPE, Gerrit Theodore. Crime and the Religious Community); KEMPE, Gerrit Theodore, criminólogo que tinha interesse no sistema de “probation”. BAAN, Pieter era, psiquiatra, fundador do Observatório de Psiquiatria de Utrecht.

Gráfico 6 - Taxas de encarceramento no Japão de 1950 a 2000.

Fonte: World Prison Brief Data. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/country/norway>>. Acesso em 18/04/2018.

Embora frequentemente se suponha que a população carcerária japonesa vem decrescendo em razão da reduzida criminalidade, não se observa relação direta de causa e efeito entre taxa de encarceramento e os índices de incidência de crime.

A taxa de encarceramento japonesa seria influenciada, segundo JOHNSON, por fatores internos do sistema penal, notadamente o exercício da suspensão de persecução e suspensão das penas por promotores e juízes respectivamente.

Segundo o autor, diante de um acentuado crescimento da população carcerária no final do Século XIX (de 32.000 em 1882 ,para 65.000 em 1998), os reformadores Meiji optaram por introduzir na legislação princípios de persecução discricionária (de acordo com o princípio da oportunidade da ação penal) e a possibilidade de suspensão da pena de prisão.²⁸²

²⁸² JOHNSON, Elmer H. The Japanese Experience: Effects of Decreasing Resort to Imprisonment. in WEISS, Robert P. et al. *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*. London: Routledge, 2013. Edição Kindle. p. 341, 344.

A suspensão da persecução foi introduzida não só como mecanismo de controle da população carcerária em razão das pressões fiscais, mas principalmente como instrumento de reabilitação, proporcionando ao criminoso a oportunidade de arrepender-se e reconciliar-se com eventuais vítimas do crime.²⁸³

Apesar do declínio da suspensão da persecução, dos anos 1960 até os anos 1980, o uso do instituto voltou a expandir-se nos anos 1990, sendo aplicado em 78.7 por cento dos casos em 1995.²⁸⁴

Também a suspensão da pena de prisão, introduzida nos moldes do modelo franco-belga, tem sido utilizada de forma crescente ao longo dos anos, expandindo-se de 13.7 por cento em 1931 para 60.3 por cento dos casos em 1991.²⁸⁵

Ambos os mecanismos vem atuando conjuntamente para assegurar a redução da população carcerária, apesar da elevação progressiva do tempo de duração média das penas de prisão fixadas nos casos individuais.²⁸⁶

²⁸³ Embora o instituto tenha sido utilizado desde 1884, no context da Restauração Meiji, a prática recebeu fundamento legal em 1922. De acordo com o art. 248 do CCP, os promotores devem considerar os seguintes fatores para decidir sobre suspensão: o caráter, idade, situação do criminoso; a gravidade do crime; circunstâncias do crime e condições posteriores ao seu cometimento, como, por exemplo, a compensação dos danos. UNAFEI paper. Resource Material Series N. 53. Disponível em <<http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No53/No53_10FP.pdf>>. Acesso em 5 de novembro de 2017.

²⁸⁴ UNAFEI paper. Resource Material Series N. 53. Disponível em <<http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No53/No53_10FP.pdf>>. Acesso em 5 de novembro de 2017.

²⁸⁵ A suspensão de penas de prisão foi introduzida no Japão em 1905, para penas de 3 anos ou menos. Sobre o temaver ²⁸⁵ RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984.p. 134.

²⁸⁶ JOHNSON, Elmer H. The Japanese Experience: Effects of Decreasing Resort to Imprisonment. in WEISS, Robert P. et al. *Comparing Prison Systems: Toward a*

Segundo RUTHERFORD, na segunda metade do século XX também o indulto foi utilizado como instrumento de regulação da população carcerária, sendo que diversas vezes o instituto marcou datas festivas nacionais, contribuindo para a redução da taxa de encarceramento.

O autor menciona ainda, como fator determinante para a redução da taxa de encarceramento, a expansão na utilização da multa, após a sua inserção no Código Penal em 1907.²⁸⁷

3.6.2.3 Alemanha Ocidental (1983-1991)

A população carcerária alemã reduziu-se em média 3,5 por cento por ano, no período de 1983 a 1989, apresentando tendência divergente da média de crescimento dos países membros do Conselho Europeu, nos quais registrou-se aumento de 3 por cento ao ano no mesmo período.

A redução ocorreu apesar do aumento constante dos índices de criminalidade no mesmo período, exceto em Baden-Württemberg e Bremen, onde registrou-se declínio em razão de modificações no sistema de contagem.

O fenômeno poderia ser atribuído, de acordo com GRAHAM, a um declínio nos índices de persecução formal, além de uma redução na imposição de prisões preventivas e aplicação da pena de prisão.²⁸⁸

Nessa perspectiva, a redução da população carcerária teria ocorrido independentemente de qualquer modificação legislativa ou ordem administrativa, unicamente em razão de mudanças nas práticas de promotores e juízes.

Comparative and International Penology. London: Routledge, 2013. Edição Kindle. p. 341, 353.

²⁸⁷ RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984.p. 134.

²⁸⁸ GRAHAM, John. Decarceration in the Federal Republic of Germany: How Practitioners are Succeeding Where Policy-Makers Have Failed. *British Journal of Criminology*. Vol 20. N. 2. Spring 1990.

Os promotores teriam passado a utilizar com mais frequência a ampla margem de discricionariedade que o sistema alemão lhes proporciona para arquivar casos e impor sanções como multa ou serviços comunitários e reparações, deixando de prosseguir com a persecução formal em um maior número de casos.²⁸⁹

Quanto à redução do número de presos provisórios, especialmente os jovens adultos, o declínio estaria associado, segundo GRAHAM, à imposição menos frequente de prisão preventiva, apesar do aumento da duração da custódia cautelar.

Também se reduziu a proporção de jovens adultos e adultos (embora menos acentuadamente) condenados à pena de prisão, não obstante uma tendência de aplicação de penas mais longas no período.²⁹⁰

RUTHERFORD associou as práticas que originaram a tendência de redução a uma mudança de atitude dos profissionais sob a influência da Conferência Organizada pela Associação de Advogados Alemães, em fevereiro de 1983, sobre o uso excessivo de prisão preventiva.

A presença de aproximadamente duzentos profissionais, dentre os quais promotores e juizes, somada à ampla cobertura midiática teriam potencializado um acirrado debate no âmbito do sistema penal sobre as finalidades e efetividade da prisão preventiva, conduzindo à redução de sua aplicação no período subsequente.

Embora direcionado para a prisão cautelar, o movimento teria acabado por impulsionar uma mudança de atitude do judiciário em relação à pena de prisão, ocasionando também o declínio do número de casos de aplicação.

²⁸⁹ Assim, a taxa de persecução formal foi reduzida de 1.997 em 1983 para 1.692 por 100.000 habitantes em 1986 no que se refere aos jovens adultos e de 778 para 752 por 100.000 habitantes em relação aos adultos, no mesmo intervalo de tempo. Enquadram-se na categoria jovens adultos aqueles com idade entre 18 e 21 anos que podem ser processados e julgados pela justiça de adultos ou pela justiça juvenil, conforme avaliação judicial da maturidade demonstrada pelo autor do fato. Sobre o tema ver. GRAHAM, John. Decarceration in the Federal Republic of Germany: How Practitioners are Succeeding Where Policy-Makers Have Failed. *British Journal of Criminology*. Vol 20. N. 2. Spring 1990.

²⁹⁰ Ibid.

Nesse sentido, observou RUTHERFORD que

a prisão preventiva tornou-se um tema de cruzada para os advogados militantes porque restava pouca confiança na prisão. Como instrumento de ressocialização, as prisões demonstraram ter falhado em atender expectativas de trabalhadores sociais e outros profissionais de tratamento. (tradução nossa)²⁹¹

Trata-se, portanto, de mais um caso, além dos exemplos holandês e japonês acima descritos, de influência das decisões tomadas no âmbito do sistema penal sobre as taxas de encarceramento, notadamente decisões tomadas por juízes e promotores.

3.6.3 Execução Penal e redução da Taxa de Encarceramento

Também tem se associado a redução de taxas de encarceramento com a aplicação de saídas antecipadas para controle do crescimento da população carcerária, especialmente livramento condicional e indultos coletivos, atuando-se assim, no âmbito da execução penal.

3.6.3.1 França

Embora constata-se um aumento da taxa de encarceramento francesa ao longo da segunda metade do Século XX, o crescimento se deu de forma menos acelerada desde meados dos anos 1980, sendo certo que grande parcela dessa evolução se deve à utilização de indultos coletivos e anistias.²⁹²

²⁹¹ Em inglês no original: “Remand in custody has become a crusading issue for practising lawyers because little confidence remained in the prison. As a means of resocialisation, the prisons have demonstrably failed to meet earlier expectations of social workers and other treatment personnel.” RUTHERFORD, Andrew. *The English Penal Crisis: Paradox and Possibilities*. In RIDEAOUT, R; JOWEL, J. *Current Legal Problems*. London: Stevens, 1988. p. 93-113.

²⁹² KENSIE, Annie; TOURNIER, Pierre. French Prison Number Stable, since 1988, but populations changing. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001. KENSIE, Annie; TOURNIER, Pierre. French Prison Number Stable, since 1988, but populations changing. in TONRY,

Assim, registra-se uma taxa de encarceramento no ano 2000 apenas ligeiramente acima daquela registrada em 1990, devendo-se o controle dos níveis de encarceramento à edição anual de indultos coletivos.²⁹³

3.6.3.2 Itália

Também na Itália o perdão coletivo foi utilizado como instrumento de controle da população carcerária, ensejando três períodos de estabilidade entre 1983 e 1997, em meio à tendência de crescimento constante.²⁹⁴

3.7 Crescimento da população carcerária e o Controle Constitucional

A primeira etapa da individualização da pena desenvolve-se por meio da fixação do marco penal pelo legislador, consistindo no “processo de concreção das consequências jurídicas que correspondem aplicar a uma sujeito criminalmente responsável pela infração penal.”²⁹⁵

Trata-se de uma função política, desenvolvida exclusivamente pelo parlamento, de acordo com o princípio da reserva da legalidade, incorporado em

Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

²⁹³Sobre o tema ver: LEVY, René. Pardons and Amnesties in France. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 551-590.

²⁹⁴KUHN, André. Incarceration Rates Across the World. TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

²⁹⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999. p. 43.

Constituições e Códigos Penais de quase totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais.²⁹⁶

Como disse CORBETA, a cominação de penas seria uma “manifestação por excelência daquelas escolhas de natureza política e exercício do poder discricionário do Parlamento...”²⁹⁷

Em decorrência do caráter eminentemente político do processo legislativo, observa-se uma escassez de produção doutrinária a respeito do tema, concentrando-se a maioria dos trabalhos sobre a determinação da medida da pena na fase judicial da individualização.

O tratamento do tema tem se limitado, assim, à descrição mais ou menos crítica das práticas legislativas em matéria penal, adotando-se, na maioria dos trabalhos, uma perspectiva secularizada e utilitarista, na qual se vincula a cominação de pena pelo legislador ao estabelecimento da ameaça penal, de acordo com as necessidades de proteção dos bens jurídicos fundamentais.²⁹⁸

Entretanto, a produção legislativa não vem sendo desenvolvida em perfeita consonância com a ciência penal, podendo-se observar a influência da doutrina apenas como fator auxiliar, no âmbito do processo democrático.

A influência da dogmática tem sido condicionada, assim, por “múltiplos fatores heterogêneos e mutáveis”, dentro os quais destaca-se a contribuição dos meios de comunicação de massa, caracterizada por alto grau de

²⁹⁶ LUISE, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 23.

²⁹⁷No original em italiano: “una manifestazione per excellenza di quelle scelte di <<natura politica>> ed esercizio di qual <<potere discrezionale del Parlamento>>” CORBETA, Stefano. La Cornice Edittale Della Penal e il Sindacato di Legittimità Costituzionale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Anno XL, p. 134 - 174,1997.

²⁹⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999. p. 43.

“[...]irracionalidade, emotividade e artificialidade das solicitações da consciência social.”²⁹⁹

Segundo SILVA SÁNCHEZ, a relação entre a dogmática e a produção legislativa seria caracterizada, na seara penal, pela constante tensão entre as diversas concepções teóricas e a legislação efetivamente produzida. Nas palavras do autor

Outra coisa é o panorama legislativo concreto, confuso e às vezes contraditório, que se encontra certamente por de trás das aspirações da doutrina (de modo significativo em certos aspectos da conjuntura atual como se disse). A doutrina, contudo, continua esforçando-se pela configuração de um esquema de fins de direito penal que faça compatível a máxima eficácia preventiva com o mínimo de sacrifício da liberdade individual... (tradução nossa)³⁰⁰

²⁹⁹ PALAZZO, Francesco C. *Scienza Penale e produzione Legislativa Paradosse e Contraddizioni di un Rapporto Problematico. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Anno XL, p. 694-735, 1997.

³⁰⁰ No original em espanhol: “Otra cosa es el panorama legislativo concreto, confuso y a veces contradictorio, que se encuentra certamente por detrás de las aspiraciones de la doctrina (de modo significativo en ciertos aspectos de la coyuntura actual como se dijo). La doctrina, con todo, continua esforzándose por la configuración de un esquema de fines del Derecho penal que haga compatible la << máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual >>...” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosh, 1992. p. 298. Nesse sentido, PALAZZO apontou alguns fenômenos característicos da produção legislativa nas últimas décadas do Século XX, a saber: inflação legislativa, legislação de emergência, suavização do sistema e modernização. A inflação legislativa seria caracterizada, de acordo com o autor, pela criminalização de condutas inexpressivas, sob pretexto de resolver, por meio do direito penal, conflitos e problemas sociais que demandariam outro tratamento. Já a legislação de emergência teria se desenvolvido com o terrorismo e se dilatado em razão da luta contra a máfia e a criminalidade organizada, caracterizando-se, sobretudo, pelo forte caráter simbólico. A suavização do sistema consistiria na alteração, ainda que assistemática, de institutos de execução penal, sob a influência das teorias preventivas especiais. A modernização do sistema, por sua vez, seria implementada por meio de reformas buscando a adaptação da legislação aos princípios constitucionais. Sobre o tema ver: PALAZZO, Francesco

Nesse contexto, poderia observar-se, segundo o autor, uma tendência de expansão do poder punitivo, por meio de dispositivos cuja função simbólica ou educativa predomina sobre a finalidade de tutela de bens jurídicos.

Trata-se de fenômeno caracterizado, por exemplo, pela criação de delitos com vítima difusa, os quais expressariam melhor objetivos de “organização política, econômica e social”, vulnerando-se a exigência de afetação individual, além de antecipar a proteção penal com a técnica de delitos de perigo abstratos.³⁰¹

Não obstante a predominância do caráter político na produção legislativa, o legislador seria limitado em sua atividade política pelas normas constitucionais, as quais constituiriam, de acordo com BURCHARD, um elo normativo entre o processo legislativo e a prática do sistema penal.³⁰²

C. Scienza Penale e Produzione Legislativa Paradosse e Contraddizioni di un Rapporto Problematico. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Anno XL, p. 694-735, 1997.

³⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: Jose Maria Bosh, 1992. p. 291-299. No mesmo sentido HASSEMER, observando que as reformas do direito penal tem se concentrado na Parte Especial, conduzindo não à simplificação ou abrandamento mas acentuando as determinações penais e penas cominadas, para estender o Direito Penal a novos setores. Além disso, a moderna política criminal adotaria uma tendência, segundo HASSEMER de afastamento da forma tradicional do cometimento do delito e da determinação normal do bem jurídico, já que sua forma típica de delito seria a do delito de perigo abstrato e sua determinação normal de bem jurídico seria o bem jurídico universal concebido de forma ampla (como a saúde no Direito Penal das Drogas). Sobre o tema ver: HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*. Vol. 1, N. 1, p. 37-43, 2013. Disponível em << <http://www.seer.ufrgs.br/redppc/article/viewFile/44239/27787>>>. Acesso em 10 de maio de 2018.

³⁰² BURCHARD. Christoph. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS,

Como observou PALAZZO, “A influência dos “valores constitucionais no sistema penal exercita-se no campo das relações entre política e direito penal: relações, a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas.”³⁰³

Assim, as constituições liberal-democráticas exerceriam, na visão do autor, uma influência racionalizadora, reforçando os limites garantidores que impediriam a instrumentalização do direito penal em detrimento dos direitos fundamentais.³⁰⁴

Para além de uma função limitadora ou racionalizadora, o texto constitucional desempenharia, na visão de DONINI, uma função de fundamento da pena e do Direito Penal, fornecendo uma espécie de síntese, um “modelo de intervenção penal que se imponha ao Parlamento de fora, de cima.”³⁰⁵

A influência constitucional sobre a produção legislativa seria exercida, segundo PALAZZO, por meio da aplicação dos princípios de direito penal constitucional e princípios ou valores constitucionais pertinentes à matéria penal.

Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos Atuais das Ciências Criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 32.

³⁰³ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: Um estudo comparado*. Curitiba: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 16

³⁰⁴ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: Um estudo comparado*. Curitiba: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 17-18

³⁰⁵ DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y limites. La experiencia italiana. *Revista Penal*. N. 08, p. 24-38, 2001. Segundo MIR PUIG, porém, a legitimação do direito penal adviria, não do texto constitucional propriamente dito, mas dos princípios democráticos que o informam, os quais já constituíam fonte de legitimação antes da Constituição, sendo certo que seu acolhimento na Constituição agragara a legitimidade externa do modelo político e, seus princípios, validade jurídico positiva. MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. In *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p.1360.

Os princípios de direito penal constitucional apresentariam um conteúdo tipicamente penalístico, delineando a “feição constitucional de um determinado sistema penal”, demarcando os limites de exercício do poder punitivo e regulando a relação entre indivíduo e Estado no setor do direito penal.³⁰⁶

Trata-se de princípios garantidores ou princípios do Estado de Direito, os quais constituem produto das ideias iluministas do século XVIII, concretizados inicialmente na constituição americana e na Constituição Francesa de 1791.

Assim, estão presentes nas Constituições promulgadas nos últimos decênios, por exemplo, o princípio da legalidade, que condiciona a existência do delito à previa previsão legal, o princípio da pessoalidade da pena, que exige que a sanção circunscreva-se à pessoa do condenado, além de outros similares, como o da intervenção mínima, da individualização da sanção penal e da humanidade.³⁰⁷

Os princípios constitucionais pertinentes em matéria penal, por sua vez, seriam informados, segundo PALAZZO, pelas exigências do Estado Social, e condicionariam o conteúdo ou a matéria disciplinada na legislação penal e não a forma da tutela, determinando a elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores.³⁰⁸

A constituição forneceria, de acordo com DONINI, uma hierarquia de bens aos quais o “(...) legislador deveria ater-se para construir os interesses mercedores de proteção penal.”

Descartadas as presunções absolutas de perigo ou os tipos de perigo abstrato em geral, assim como as faltas, a Constituição (e não simplesmente a civilidade do Direito imporia também, entre outras coisas, a reserva absoluta de lei e, portanto, a exclusão de fontes secundárias (salvo uma aprovação parlamentar específica), o respeito ao princípio de taxatividade das normas penais, a afirmação estrita do princípio de

³⁰⁶ PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal: Um estudo comparado. Curitiba: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 22

³⁰⁷ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. P. 13.

³⁰⁸ PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal: Um estudo comparado. Curitiba: Sergio Antonio Fabris, 1989.p. 22-23. LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 14.

culpabilidade e a orientação da pena em uma dimensão solidária, a objetivos de reeducação/ressocialização.³⁰⁹ (tradução nossa)

Embora fundadas em acepções eminentemente limitadoras da intervenção punitiva estatal, as teorias constitucionais acabaram por adotar também a ideia de uma obrigação constitucional de criminalizar, desenvolvida com base em dois fundamentos principais.³¹⁰

O primeiro fundamento consiste em uma acepção do direito penal como um sistema de dupla faceta.

De um lado, conteria as sanções mais graves do ordenamento jurídico e intervém por meio de limitações aos direitos fundamentais da pessoa, e por isso, carece de legitimação e limitação.

De outro lado, seria instrumento indispensável para a proteção dos valores essenciais à vida do homem sem sociedade. Essa ideia pressupõe a adesão às teorias preventivas da pena, notadamente as da prevenção positiva.

O segundo fundamento está relacionado com a interpretação da constituição, tendo em vista uma mudança no papel do Estado de Direito.

Segundo CUNHA, a constituição também teria uma dupla faceta. Uma primeira faceta, afinada com as doutrinas liberais, voltada para a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal. Nesse caso, a Constituição atuaria na relação indivíduo/Estado.

³⁰⁹ No original em espanhol: “Descartadas las presunciones absolutas de peligro o los tipos de peligro abstracto en general, así como las faltas, la Constitución (y no simplemente la civilidade del Derecho) impondría también, entre otras cosas, la reserva absoluta de ley, y, por tanto, la exclusión de fuentes secundarias (salvo una probación parlamentaria específica), el respeto al principio de taxatividad de las normas penales, la afirmación estricta del principio de culpabilidad y la orientación de la pena, en una dimensión solidaria, a objetivos de reeducación/resocialización.” DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. *Revista Penal*. N. 08, p. 24-38, 2001.

³¹⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Ed., 1995. p. 271-288

No reverso, a constituição atuaria também como protetora ativa do indivíduo contra ataques de terceiros, para proteger efetivamente os valores fundamentais.

De acordo com essa concepção, a visão do estado como potencial violador dos direitos fundamentais estaria superada. Abandonar-se-ia a concepção liberal do Estado para adotar, em substituição, um modelo de Estado de direito democrático e social.

Por consequência, a constituição deixaria de ser vista como instrumento de limitação do atuar estatal e passaria a desempenhar também um papel de propulsora dos direitos fundamentais, prevendo, não só direitos subjetivos de defesa dos indivíduos, mas também direitos a atuações estatais.³¹¹

Seriam exigíveis, assim, prestações do Estado voltadas à proteção dos direitos fundamentais contra a agressão de particulares, por meio da criação de sistemas preventivos e sancionatórios.

O sistema preventivo mais forte de que o Estado dispõe é o direito penal, de forma que seria legítima a criminalização de condutas que agridem direitos fundamentais com sede constitucional.

A autora observa, no entanto, que o Direito Penal não tem que ser resposta para qualquer ameaça ou ataque a todos os valores constitucionais. Ao legislador ficaria reservada uma certa margem de decisão. Caber-lhe-ia avaliar se os valores constitucionalmente protegidos podem ser tutelados a contento por outro meio, que

³¹¹ Os mesmos fundamentos (levando a conclusões semelhantes) amparam o raciocínio de Francesco C. Palazzo. Ao abordar o problema das obrigações constitucionais de criminalização, referiu-se esse autor de um Estado “empenhado e ativo (inclusive penalmente)” na persecução da tutela de interesses” PALAZZO, Francesco C. , Valores Constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre:Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 103. Também nesse sentido, BATISTA, Nilo, Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P.90; CARVALHO, Márcia Dometila Lima, Fundamentação Constitucional do Direito Penal, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. Passim; FELDENS, Luciano, A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controlo de Normas Pen ais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; LUISI, Luiz, Os princípios Constitucionais Penais, Porto Alegre:Sérgio Antônio Fabris, 2003. p.175-176

não o direito penal e, além disso, selecionar as condutas que constituem ataques ou ameaças graves a esses valores.³¹²

Essa margem não existiria, porém, em casos muito limitados, nos quais a necessidade de tutela penal fosse muito evidente. Haveria obrigação constitucional de criminalizar apenas para condutas que se situem no “núcleo do Direito Penal”, isto é, “(...) condutas de inequívoca e elevada dignidade penal (onde se inclui uma elevada danosidade social) e carecidas de intervenção penal *de tal modo* que se possa considerar controlável constitucionalmente uma não intervenção.”³¹³

Nessa perspectiva, vem se desenvolvendo, segundo PALAZZO, uma relação entre a Constituição e a política criminal concretizada na legislação, que se manifesta com intensidade variada nos diversos ordenamento jurídicos, conforme a atuação mais ou menos incisiva das respectivas cortes constitucionais.³¹⁴

Assim, tem se identificado, na jurisprudência constitucional, uma tendência de se admitir o controle de constitucionalidade das escolhas de política criminal, preponderando sobre a liberdade de escolha do legislador e as limitações impostas pela reserva legal, os princípios extrajurídicos incorporados nos textos constitucionais.

No que se refere especificamente à determinação da medida da pena, tem se notado uma ampliação dos limites de sindicabilidade das decisões legislativas, conjugando-se o princípio da razoabilidade com as finalidades da pena.

Serão descritos, em seguida alguns exemplos de controle de constitucionalidade extraídos da jurisprudência das Cortes Constitucionais italiana e espanhola, nas quais o controle se dá com maior intensidade, e, de outro lado, da BVerG, cujo entendimento orienta-se em sentido diverso, reconhecendo maior margem de escolha ao legislador.

³¹²CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 290.

³¹³ *Ibid.*, p. 301 – 307.

³¹⁴PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal: Um estudo comparado*. Curitiba: Sergio Antonio Fabris, 1989.p. 24.

3.7.1 Leis penais e controle constitucional na Itália

O desenvolvimento de um processo estável de controle constitucional da produção legislativa foi desenvolvido na Itália, principalmente nas décadas de 1970 e 1980.

A jurisprudência da Corte Constitucional italiana, por exemplo, abandonou uma posição inicial de apego ao princípio da reserva legal, para controlar a medida da pena em relação aos parâmetros estabelecidos pela escala de valores emergentes da Constituição.

Assim, desde o final da década de 1960, foram proferidas sentenças manipulativas tendo por objeto as incriminações implementadas pelo regime fascista, nas quais se efetuou uma “operação de transformação contextual do bem jurídico tutelado, substituindo aquele originário por outro mais compatível com o novo ordenamento constitucional.”³¹⁵

Posteriormente, a Corte ampliou seu âmbito de intervenção, ao admitir o controle constitucional das leis no que se refere à medida e à proporção das penas.

Nessa perspectiva, inúmeras sentenças foram proferidas no sentido de buscar a adequação medida da pena à finalidade perseguida pelo legislador, tomando por parâmetro a finalidade reeducativa, de acordo com o princípio da razoabilidade.

Nesse conjunto incluem-se a sentença n. 409/1989, que declarou ainconstitucionalidade do crime de recusa de prestação de serviço militar por motivo de consciência, em razão de desproporcionalidade por excesso em relação ao crime de faltar à convocação; a sentença n. 139/1989, na qual foi declarada a ilegitimidade parcial da pena fixada para o crime de instigação do militar a desobedecer as leis; a sentença n. 49/1989 na qual foi declarada a ilegitimidade da pena prevista para o crime de posse injustificada de meios de espionagem; sentença n. 341/1994, relativa ao crime de ultraje a funcionário público, no qual a Corte entendeu como violação ao princípio da razoabilidade a fixação da pena

³¹⁵ PALAZZO, Francesco. *Offensività e Ragionevolezza nel Controllo di Costituzionalità sul Contenuto delle Leggi Penali*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Anno XL, p. 350 - 384, 1998.

mínima do delito em valor equivalente a doze vezes a pena mínima cominada para o delito de injúria, entre outras.³¹⁶

Observou PALAZZO que o argumento utilizado nessas decisões inseriram o controle constitucional na lógica funcionalista, já que subjaz ao raciocínio utilizado a questão do desvalor do fato.

Se, de fato, a pena inidônea à reeducação é, antes de tudo, aquela desproporcional por excesso, daí decorre que, em todo caso, o controle da medida da pena, acaba por referir-se no juízo técnico funcionalístico conduzido com base no art. 27/3 da Constituição, não pode fazer menos que percorrer a vontade legislativa—caracterizada por um alto grau de discricionariedade — concernente ao intrínseco desvalor do fato criminoso.³¹⁷ (tradução nossa)

Por outro lado, o controle de constitucionalidade foi exercido em sentido contrário, na sentença n.440/1995, para ampliar o âmbito aplicação do crime de blasfêmia, considerando como fato típico expressão proferida contra qualquer divindade, mesmo que não católica, de forma a tutelar-se, não apenas a religião do Estado, mas a fé religiosa em si.³¹⁸

³¹⁶ PALAZZO, Francesco. *Offensività e Ragionevolezza nel Controllo di Costituzionalità sul Contenuto delle Leggi Penali*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Anno XL, p. 350 - 384, 1998. CORBETA, Stefano. *La Cornice Edittale Della Penal e il Sindacato di Legittimità Costituzionale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Anno XL, p. 134 - 174, 1997

³¹⁷ No original em italiano: “Se, infatti, a pena inidonea alla rieducazione è prima ditutto quella sproporzionata per eccesso, ne viene che in ogni caso il controllo sulla misura della pena, sebbene terminante nel giudizio tecnico-funzionalità condot to alla stregua dell’art. 27/3 Cost., non può tuttavia fare a meno di percorrere le valutazioni legislative — caratterizzate da un alto tasso di discrezionalità — concernenti l’intrinseco disvalore del fatto criminoso.” PALAZZO, Francesco. *Offensività e Ragionevolezza nel Controllo di Costituzionalità sul Contenuto delle Leggi Penali*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Anno XL, p. 350 - 384, 1998.

³¹⁸ D’AMICO, Marilisa. *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. N. 4, nov. 2016. Disponível em << <http://hdl.handle.net/2434/457227>>>. Acesso em 09 de maio de 2018.

Mais recentemente, porém, a Corte Constitucional teria adotado uma prática menos atuante no controle da legislação penal, segundo DONINI, debilitando a ideia da Constituição como fundamento do Direito Penal.³¹⁹

3.7.2 Leis Penais e Controle Constitucional da Espanha

Também na Espanha desenvolveu-se gradualmente um modelo no qual se admite o controle de constitucionalidade das leis penais pela Corte Constitucional, embora a jurisprudência mantenha a intervenção limitada apenas a casos excepcionais.

Assim, em um primeiro momento, o Tribunal Constitucional optou por reservar ao legislador o juízo da proporcionalidade da pena prevista em lei com caráter geral em relação a um fato punível, como se deu, por exemplo, na STC 65/1986, na qual decidiu-se que não se deveria extrair do art. 25, 1 da Constituição³²⁰ um direito fundamental à proporcionalidade abstrata.

O entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional foi baseado na concepção segundo a qual o controle de proporcionalidade das leis penais estaria associado com princípios próprios do Estado de Direito, como justiça, dignidade da pessoa e culpabilidade, mais especificamente relacionados com a ideia de proporcionalidade que com os direitos fundamentais afetados pela intervenção penal.

O mesmo entendimento foi mantido na STC 150/1991, substituindo-se, porém, a absoluta negação de controle constitucional pela possibilidade de controle

³¹⁹ DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y limites. La experiencia italiana. *Revista Penal*. N. 08, p. 24-38, 2001.

³²⁰ Art. 25, 1 Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que em momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento. ESPANHA. CONSTITUIÇÃO. 29.12.1978.

em casos de “desproporção que vulnere o princípio do Estado de Direito, o valor da justiça, a dignidade da pessoa e o princípio da culpabilidade derivado dela.”³²¹

Porém, foi somente no caso Herri Batasuna (STC 136/1999) que o Tribunal Constitucional declarou, de forma inédita, a inconstitucionalidade de um preceito legal (art. 174 bus a, aplicável aos casos de colaboração com o terrorismo) por haver vulnerado o princípio da proporcionalidade, já que as sentenças anteriores limitaram-se a declarar a desproporcionalidade da pena, julgando inconstitucional, não o preceito, mas a decisão judicial que havia imposto apenas nas instâncias inferiores.³²²

Mesmo ao exercer o controle de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade do preceito em abstrato, o Tribunal teria mantido, segundo MIR PUIG, as declarações utilizadas nas sentenças anteriores, no sentido de que o legislador gozaria de uma ampla margem de liberdade para decidir quando uma intervenção penal é proporcional.³²³

³²¹ MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. In *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p.1376.

³²² Foi o caso da STC 85/1982 que declarou desproporcional a condenação por desacato, por afetar a liberdade de expressão e informação, desclassificando a conduta para vexação injusta de caráter leve. MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. In *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p.1377.

³²³ MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. In *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p.1360

3.7.3 Leis penais e controle constitucional na Alemanha

Já o controle constitucional exercido na Alemanha difere dos modelos italiano e espanhol, na medida em que predomina na jurisprudência do BVerfGE o entendimento segundo o qual o legislador tem ampla margem de decisão sobre a função das leis penais, de forma que só se caracteriza excesso em caso de extrapolação das “amplas prerrogativas de valoração” do legislador.³²⁴

Nesse sentido, a BVerfGE afastou o princípio do bem jurídico, em que pese a ampla aceitação em âmbito doutrinário, para adotar, em seu lugar, o princípio da proporcionalidade como instrumento de controle do poder punitivo.³²⁵

Assim, por exemplo, a BVerfGE estabeleceu, seguindo uma tendência europeia, que o direito penal serve para proteger a moral, de forma que os comportamento moralmente desviados podem ser criminalizados.³²⁶

O entendimento apontado foi melhor concretizado na sentença que considerou constitucional o crime de incesto, ao argumento de que o legislador poderia delegar à jurisprudência as sentença justas e equitativas nos casos

³²⁴ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade do “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

³²⁵ ROXIN, CLAUS. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. München: C.H. Beck., 2006, p. 40. BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade do “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 35.

³²⁶ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade do “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

concretos e que os limites penais e processuais já seriam suficientes no controle do poder punitivo.³²⁷

Segundo BURCHARD, o critério da proporcionalidade estabeleceria uma conexão direta com a doutrina dos fins da pena, utilizando-se como ponto de partida da análise a intervenção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nas palavras do autor

Uma norma penal teria que servir para a “proteção dos demais ou do público em geral”; a utilização do direito penal só é legítima se um comportamento é “particularmente prejudicial à sociedade e insuportável para a convivência ordenada das pessoas.”³²⁸

Faculta-se, assim, ao legislador, a prerrogativa de decidir sobre a conveniência e a necessidade de uma disposição penal, caracterizando-se a desproporcionalidade somente em caso de “projeções irracionais e injustificáveis.”³²⁹

As prerrogativas reconhecidas ao legislador seriam ainda mais amplas, de acordo com BURCHARD, em razão da liberdade que se lhe atribui de decidir sobre a finalidade da pena, admitindo-se incriminações com finalidade retributiva, preventiva, simbólica, entre outras, observando-se, na prática legislativa, uma maior ênfase nas finalidades preventivas.

³²⁷ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade do “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Posição crítica em relação à decisão do BVerfG foi adotada por ROXIN. Sobre o tema ver ROXIN, CLAUS. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: C.H. Beck., 2006, p. 27.

³²⁸ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade do “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 43

³²⁹ BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade do “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

Assim, embora a doutrina tenha se expressado pela necessidade de uma crítica científica à criação de leis penais, com maior controle sobre as decisões legislativas, o fato é que o controle exercido pela BVerfGE vem sendo considerado insuficiente tanto por defensores do modelo do bem jurídico quanto por adeptos do princípio da proporcionalidade.³³⁰

A relutância da BVerfGE em impor limites à produção legislativa é especialmente evidente no que se refere, às finalidades dos Direito Penal, vez que as decisões vem adotando uma abordagem plurifuncional, em vez de se vincularem a apenas uma das tradicionais teorias.

Pode ser apontada como exemplo a sentença que considerou constitucional a prisão perpétua por assassinato (BVerfGE 45, 187 (220)), em 2006, na qual aquela corte incluiu como finalidades apropriadas da pena a retribuição, a prevenção, a ressocialização e a restauração.

Entretanto, uma abordagem mais incisiva foi adotada na decisão da vedação de descriminalização do aborto realizado no primeiro semestre de gestação, em 1975, na qual foi ressalvada a possibilidade de não persecução no caso de aconselhamento e exame médico prévios, fundamentou-se no dever constitucional de proteção da vida humana, entendendo-se que a previsão obrigaria o Estado a marcar a conduta como um ato reprovável (na ausência de sério risco para a gestante).³³¹

A matéria recebeu tratamento diverso, porém, na segunda decisão sobre o aborto, em 1993 (BVerfGE 88, (203)), na qual se atingiu uma solução intermediária, reconhecendo que cabe ao legislador decidir sobre a melhor forma de proteger da vida do feto, não se lhe impondo obrigação de criminalizar a conduta realizada até

³³⁰ du BOIS-PEDAIN, Antje. The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State. In *Liberal criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart, 2014. p. 346

³³¹ du BOIS-PEDAIN, Antje. The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State. In *Liberal criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart, 2014. p. 348

doze semanas de gestação, desde que a tutela seja realizada por meio de aconselhamento profissional à mulher.³³²

3.8 Crescimento da População Carcerária e Controle Internacional

A atuação legislativa nos ordenamentos jurídicos nacionais tem sido controlada também pelas instâncias internacionais, podendo-se identificar intensa atividade dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos europeu e interamericano, para limitar as decisões político criminais legislativas produzidas no âmbito dos estados-membros.

Assim, será apresentada uma breve análise da atuação de ambas as cortes no que se refere ao fenômeno da expansão carcerária, de forma a se demonstrar o efeito limitador e orientador da atuação judiciária internacional sobre a produção legislativa no nível nacional.

3.8.1 Crescimento da população carcerária e a Corte Europeia de Direitos Humanos

3.8.1.1 Breve histórico

O sistema europeu de direitos humanos foi implementado após a Segunda Grande Guerra, com o estabelecimento do Conselho Europeu (1949) e o respectivo Comitê de Ministros e subsequente adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), cuja aplicação seria garantida pela Corte Europeia de Direitos Humanos e, inicialmente, Comissão Europeia de Direitos Humanos.

Os primeiros anos de funcionamento da Corte foram marcados pela grande quantidade de demandas de indivíduos presos, porém a jurisprudência teria se limitado, segundo ZYL SMITT, às questões procedimentais, deixando de apreciar

³³² MARTINS, Leonardo. (org.). Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

condições materiais de detenção e sua compatibilidade com o art. 3º da Convenção.³³³

Dada da carência de proteção efetiva dos direitos das pessoas presas pela Corte, foram desenvolvidos outros mecanismos, introduzindo-se a Convenção Europeia de Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante, a qual foi assinada e ratificada por todos os membros do Conselho Europeu (1989), estabelecendo-se um Comitê de Prevenção à Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante (CPT).

Caberia ao CPT a prevenção de futuras violações de direitos humanos, promovendo inspeções e produzindo relatórios, a partir dos quais seriam desenvolvidos padrões e orientações a serem seguidos pelos estados membros.

Desenvolvendo seus relatórios com base em evidências práticas, o CPT teve condições de elaborar, a partir da jurisprudência da Corte Europeia, recomendações mais detalhadas no que diz respeito às condições de detenção.³³⁴

Assim, em seu segundo Relatório Geral, o CPT já apontava que o nível de superlotação em uma prisão ou em parte dela pode ser considerado, por si mesmo, tratamento desumano ou degradante do ponto de vista físico e destacava a preocupação do Comitê com a combinação entre superlotação e inexistência de atividades, dificuldade de acesso a instalações de higiene, etc.³³⁵

³³³ Van ZYL SMITT, Dirk. The history of European prison law and Policy. In van ZYL SMITT, Dirk et. SNACKEN, Sonja. Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights. New York: Oxford University Press, 2011. E-book. p. 98.

³³⁴ Van ZYL SMITT, Dirk. The history of European prison law and Policy. In van ZYL SMITT, Dirk et. SNACKEN, Sonja. Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights. New York: Oxford University Press, 2011. E-book. p. 117

³³⁵ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). 2nd General Report on the CPT's Activities covering the period 1 January to 31 December 1991. Disponível em <https://rm.coe.int/1680696a3f> Acesso em 09 de novembro 2018.

Além disso, o Conselho Europeu vem atuando, no âmbito da política criminal, por meio da edição de recomendações e resoluções elaboradas pelo Comitê sobre Problemas Penais, dentre as quais inúmeras voltaram-se para questões relativas aos direitos das pessoas presas e condições de detenção.

O conselho buscou, ainda, promover variadas medidas para a redução do uso do encarceramento,³³⁶ tendo em vista a recorrência de problemas de inflação e superpopulação carcerária em diversos países europeus, tendo adotado uma série de recomendações e resoluções.

Destaca-se, nesse contexto, a Recomendação R(99)22, na qual foram indicados princípios básicos que devem orientar as legislações e práticas dos estados visando à redução do encarceramento.

Assim, recomendou-se aos Estados a utilização da prisão apenas como último recurso (n. 1), a adoção de uma variedade de penas e medidas comunitárias (n. 3), descriminalização de determinadas condutas (n.4), e a elaboração de uma análise detalhada dos fatores que contribuem para a inflação carcerária (5).

No tocante à fixação da pena, recomendou-se esforços no sentido de se reduzir a imposição de penas de prisão longas, privilegiando-se, em vez disso, a suspensão condicional da pena, a adoção da suspensão como sanção autônoma, independentemente da imposição de pena de prisão, a utilização de prestação de serviços comunitários, a introdução de mediação entre vítimas e autores e compensação às vítimas, adoção de restrições à liberdade por meio de ordens de recolhimento ou monitoramento eletrônico (n. 15).

³³⁶ Já nos anos 1960 e 1970, o comitê adotou diversas resoluções tratando especificamente do assunto, como Resolução (65) 1 sobre a suspensão da pena, probation e outras alternativas ao encarceramento, a Resolução (65) 11 sobre a prisão cautelar, a Resolução (73) 17 sobre o tratamento de curto prazo para criminosos adultos, a Resolução (73) 24 sobre trabalho comunitário e de grupo com criminosos, a Resolução (76) 10 sobre alternativas penais. Sobre o tema ver CONCIL OF EUROPE. Compendium of Conventions, Recommendations and Resolutions Relating to Prisons and Community Sanctions and Measures. Disponível em <https://rm.coe.int/compendium-e-2018/16808ae2cf>. Acesso em 11 de novembro de 2018.

Aponta, ainda, a Recomendação, que juízes e promotores devem levar em conta, em suas decisões, a disponibilidade de recursos, ou seja, a capacidade dos estabelecimentos prisionais, avaliando o impacto da imposição da pena sobre a população carcerária (n.19)

Além disso, ao estabelecer as normas de determinação de pena, deve o legislador, de acordo com a Recomendação, buscar a redução do uso da prisão, expandindo as penas comunitárias ou utilizando outras medidas como a mediação ou compensação da vítima (n. 20).

Também na Recomendação (2006)² sobre as regras penitenciárias europeias, foi enfatizada a utilização da prisão como último recurso, ressaltando-se nos comentários, a necessidade de se manter a população carcerária no “nível mais baixo”, priorizando-se a imposição de penas alternativas e revisando-se a legislação para descriminalizar certos comportamentos ou de reclassificá-los de forma que se não se lhes puna mais com pena de prisão.³³⁷

Os comentários às Regras Penitenciárias apontam, ainda, que o nível da população carcerária é determinado em função do sistema de justiça penal e nem sempre decorre diretamente da evolução dos índices de criminalidade.³³⁸

3.8.1.2 Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre superpopulação carcerária

Em que pese os esforços dos Estados membros, o problema da inflação e superpopulação carcerária persiste até os dias atuais em países europeus, razão

³³⁷ CONSEIL D'EUROPE. Commentaire de la Recommandation Rec (2006)² du Comité des Ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes. Disponível em <https://rm.coe.int/16806ab9b6>. Acesso em 11 de novembro de 2018.

³³⁸ COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018

pela qual a CtDH examinou, nos últimos anos, numerosas demandas ligadas às condições de detenção relacionadas à superpopulação carcerária.³³⁹

Além disso, segundo SNACKEN, o número de casos sobre más condições de detenção teria aumentado devido ao ingresso na União Europeia dos Estados do leste, os quais apresentariam padrões de detenção problemáticos.³⁴⁰

Assim, a Corte Europeia teria passado a adotar, segundo ROBERT, postura marcadamente atuante em relação aos direitos dos presos, a partir começo dos anos 2000, passando a incluir as condições de detenção no campo de proteção do art. 3º da Convenção, tendo em vista a ausência de dispositivo de proteção específica dos direitos dos presos.³⁴¹

Nessa perspectiva, a constatação de condições de vida deficientes no ambiente carcerário seriam suficientes, de acordo com CÉRÉ, para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se a vontade de humilhação do indivíduo preso por parte da administração penitenciária, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene.³⁴²

³³⁹ COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018.

³⁴⁰ DÜNKEL, Frider; SNACKEN, Sonja. Les Prisons en Europe. Paris : L'Harmattan, 2005. p. 41-42.

³⁴¹ Ao contrário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 10 parag. 2) e da Convenção Americana de Direitos do Homem (artigo 5 parag. 2), os quais estipulam que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade humana.

³⁴² CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. Ano 1. Vol. 1 n. 1 Junho 2013. Disponível em https://www.google.fr/search?q=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDP-GB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&og=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDP-

A corte teria atenuado a exigência do elemento intencional, de acordo com ROBERT a partir do caso Dougoz e Peers vs. Grécia de 19 de abril de 2001, em razão da “particular vulnerabilidade na qual se encontra inelutavelmente colocada uma pessoa privada de liberdade.”

Outra mudança significativa foi a dispensa da exigência de um mínimo de gravidade, de forma que “a constatação objetiva de condições de detenção deploráveis permite, por si só, reter a qualificação de tratamento degradante, independentemente das consequências concretas naquela situação sobre o estado de saúde do preso.”

Identifica-se, segundo a autora, um desenvolvimento da jurisprudência da Corte no sentido de estabelecer padrões elevados de exigência em relação às condições de detenção e influenciar efetivamente o debate sobre a superpopulação carcerária por meio das decisões judiciais.

O engajamento da jurisprudência é evidenciado pelo caráter nitidamente pedagógico das decisões, nas quais a Corte vem listando, aos poucos, as características determinantes de condições de detenção compatíveis com a dignidade humana, com apoio nas Regras Penitenciárias Europeias e nas recomendações do CPT, atribuindo-lhes, assim, efeito cogente.³⁴³

[GB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&ags=chrome..69i57.1023j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](#)> Acesso em 14 de novembro de 2018.

³⁴³ ROBERT, Aglaé. Justice et Surpopulation Penale : La mise en cause recorrente de la France par les juridictions françaises et européennes. Regar européen. Colloque de l’Anjap. Paris, 4 avril 2014. No mesmo sentido, acrescentando que hoje as decisões de condenação da Corte fundamentam-se no trabalho do CPT, CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. Ano 1. Vol. 1 n. 1 Junho 2013. Disponível em

<https://www.google.fr/search?q=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDP-GB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&og=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDP-GB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&ags=chrome..69i57.1023j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8> Acesso em 14 de novembro de 2018.

Além disso, abandonando uma abordagem casuística em favor de um tratamento principiológico, a Corte teria abandonado sua posição inicial, deixando de atuar apenas como órgão jurisdicional ou interpretativo, para desenvolver uma atividade, como disse ROBERT, de caráter normativo

Assim, os juízes europeus estabeleceram, por exemplo, um espaço mínimo de vida individual de três metros quadrados, em celas compartilhadas, aproximando-se das preconizações do CPT, segundo as quais o espaço habitável coletivamente seria de quatro metros quadrados.

Ficaria caracterizada, segundo a autora, uma posição não só de denúncia mas de combate à superpopulação carcerária.³⁴⁴

3.8.1.3 A superpopulação carcerária e os julgados-piloto

O tratamento da superpopulação carcerária pela Corte adquiriu caráter ainda mais incisivo com adoção do procedimento de julgado-piloto (nos termos do artigo 61 do Regulamento da CtDH),³⁴⁵ sempre que constatados problemas estruturais ou sistemáticos subjacentes aos casos repetitivos de superlotação.³⁴⁶

³⁴⁴ ROBERT, Aglaé. Justice et Surpopulation Penale : La mise en cause recorrente de la France par les juridictions françaises et européennes. Regar européen. Colloque de l'Anjap. Paris, 4 avril 2014.

³⁴⁵ Artigo 61 – Procedimento do Julgamento piloto 1. A corte pode decidir aplicar o procedimento do julgamento piloto e adotar um julgamento piloto, sempre que os fatos que dão origem a uma queixa introduzida perante ela revelam a existência, na Parte interessada, de um problema estrutural ou sistêmico ou de uma outra disfunção similar que tenha dado ensejo ou seja suscetível de dar ensejo à introdução de queixas análogas. No original em francês : Article 61 – Procédure de l'arrêt pilote 1. La Cour peut décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote et adopter un arrêt pilote lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Règlement de la Cour.

Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf. Acesso em 11 de novembro de 2018.

³⁴⁶ A Corte Europeia elaborou o procedimento de julgando-piloto para se dotar de um método que permitisse identificar os problemas judiciais subjacentes aos casos repetitivos dirigidos contra alguns países em razão das mesmas situações fáticas. O método permite que a corte aplique a esses casos um tratamento prioritário, incumbindo-lhe, então, não só se pronunciar sobre a questão da violação da CEDH, mas também identificar os problemas sistemáticos e fornecer ao governo envolvido indicações claras sobre as medidas de composição que devem ser adotadas. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Fiche Thématique – Les arrêts pilotes. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf. Acesso em 12 de novembro de 2018. O objetivo da adoção do procedimento de julgamento piloto consiste em induzir o Estado a remediar o estado de coisas que deu origem a repetidas queixas, resolvendo, assim, um grande número de casos individuais gerados pelo mesmo problema estrutural. Busca-se, com isso facilitar a resolução rápida e efetiva de disfunções que afetem a proteção dos direitos dos indivíduos presos, por meio de remédios domésticos efetivos, ou soluções ad hoc como acordos com os queixosos. O exame dos casos similares podem ser suspensos enquanto se aguarda o julgamento final, e, caso as medidas necessárias não sejam adotadas pelo Estado, a Corte pode voltar a examinar os casos similares. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Case of Neshkov and Others v. Bulgaria. Final Judgement. Strasbourg 27 January 2015. Disponível em <<https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECCollectionType%22:%22CEC%22,%22EXECCAppno%22:%2241035/98%22,%22EXECCIdentifier%22:%2204-3589%22%7D>>. Acesso em 13 de novembro de 2018. A partir dos julgamentos piloto, teria se desenvolvido outra categoria, os falsos ou quase-julgamentos piloto. Tratar-se-ia de casos, segundo, AFROUKH, nos quais a Corte não adotou expressamente o procedimento de julgamento-piloto, mas identificou um problema estrutural e a urgência de medidas gerais em nível nacional. Nesses casos, a corte teria deixado de expor indicações de medidas no dispositivo do julgamento, limitando-se a fazê-lo na fundamentação da decisão. Sobre o tema ver AFROUKH, Mustapha. La Cour européenne des Droits de L'Homme et L'Execution de ses

Mais que toda a jurisprudência da CtEDH, os julgados-piloto vem contribuindo para identificação de estratégias eficazes de redução da população carcerária, uma vez que, como bem observou ROBERT, a Corte não se limita, nesses casos, a recomendar a adoção de medidas isoladas, promovendo, em vez disso, a implementação de um plano de ação complexo, envolvendo “todos os atores da cadeia penal”, isto é, o legislador, as autoridades judiciárias e administrativas.

Para além das injunções da Corte, de caráter marcadamente genérico, seriam os planos de ação dos Estados, sua execução, e o subsequente acompanhamento pelo Comitê de Ministros, segundo a autora, verdadeira fonte de consulta, na medida em que nesse estágio as indicações, ideias e reflexões seriam mais precisas e detalhadas.

Como disse a autora,

É, portanto, essencialmente nesse contexto de seguimento da execução dos julgamentos da corte que as indicações sobre as medidas a serem tomadas para remediar a superpopulação carcerária se fazem mais precisas, mais detalhadas e que se encontra, por conseguinte, numerosas ideias de medidas corretivas a partir das quais a reflexão pode ser afinada: a instauração de uma duração máxima para a detenção preventiva, a supressão de penas mínimas obrigatórias, o desenvolvimento de certas medidas alternativas à detenção como o trabalho comunitário ou a vigilância eletrônica, o acesso facilitado às reduções de pena ou à liberdade condicional, a revisão da escala de penas ou, para não citar mais que uma última medida, a implementação de um sistema de informática de gestão em tempo real dos locais de privação de liberdade. Dito de outra forma, se a jurisprudência europeia inicia uma estratégia global de luta contra a superpopulação carcerária, é o comité de ministros que verdadeiramente estabelece as medidas necessárias e orienta os planos de ação para atacar fenômeno.³⁴⁷

Arrêts. RDLF 2012, chron. N. 05. Disponível em <<http://www.revuedlf.com/cedh/lacour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-l%E2%80%99execution-de-ses-arrets/>>. Acesso em 11 de novembro de 2018.

³⁴⁷ No original em francês : « C'est donc essentiellement dans ce cadre du suivi de l'exécution des arrêts de la Cour que les indications sur les mesures à prendre pour remédier au surpeuplement carcéral se font plus précises, plus détaillées, et que l'on trouve en conséquence de nombreuses idées de mesures correctives à partir desquelles la réflexion peut être affinée : l'instauration d'une durée maximum pour la détention préventive, la suppression des peines planchers, le développement de certaines mesures alternatives à la détention telles le travail d'intérêt général ou la surveillance électronique, l'accès facilité aux réductions de peine ou à la libération

A importância dos julgados-piloto foi expressa e repetidamente reconhecida no Livro Branco sobre a Superpopulação Carcerária, elaborado em 2015 pelo Conselho Europeu para conduzir os diálogos das autoridades nacionais no sentido de organizar estratégias de longo prazo e medidas específicas de luta contra a superpopulação carcerária³⁴⁸.

O documento fez diversas referências aos julgados-piloto e quase piloto proferidos pela Corte Europeia, mencionando os planos de ação adotados pela Itália após o julgamento do caso Torregiani, da Hungria, após o caso Varga³⁴⁹ e

conditionnelle, la révision de l'échelle des peines ou, pour ne citer qu'une dernière mesure, la mise en place d'un système informatique de gestion en temps réel des places en établissement pénitentiaire. Autrement dit, si la jurisprudence européenne initie une stratégie globale de lutte contre le surpeuplement carcéral, c'est le Comité des ministres qui véritablement précise les mesures nécessaires et oriente les plans d'action pour endiguer le phénomène. » ROBERT, Anne-Gaëlle. Le surpeuplement carcéral en Europe : des recommandations inspirées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Lexbase Hebdo edition privé . 702 15 juin 2017.

³⁴⁸ COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018

³⁴⁹ No caso Vargas e outros vs. Hungria, foi adotado o procedimento de julgado-piloto em 2015, tendo a Corte Europeia determinado a adoção de medidas punitivas não custodiais da forma a mais ampla possível, bem como a implementação, pelo Estado, no prazo de 6 meses, de uma combinação de remédios, preventivos ou compensatórios para garantir composição por violações de direitos decorrentes de superpopulação carcerária. O governo húngaro apresentou um plano de ação prevendo a adoção de diversas medidas, como a ampliação dos estabelecimentos penitenciários e construção de novas unidades prisionais, introdução do instituto da custódia de reintegração, que autoriza o cumprimento da pena em regime domiciliar nos últimos meses de execução, em alguns casos e a utilização do monitoramento eletrônico de forma obrigatória na substituição da prisão cautelar no curso do

pela Bulgária,³⁵⁰ após o caso Neshkov, bem como a execução dos planos implementados em seguida ao julgamento do grupo de casos Nisiotis vs Grécia³⁵¹ e Bragadireanu vs Romênia.³⁵²

processo por prisão domiciliar. A implementação das medidas propostas vem sendo acompanhada pelo Comitê de Ministros, tendo-se registrado redução da população carcerária desde então. Sobre o tema ver COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. DH-DD (2018)690 : Varga and others v. Hungary. Communication from Hungary. Revised Plan of the Government of Hungary. 15 June 2018.

³⁵⁰ No caso Neshkov vs. Bulgaria, instaurado a partir de seis aplicações contra a Bulgária entre 2010 e 2013, foi adotado o procedimento de julgado-piloto, em 2015, tendo em vista ter-se constatado que os problemas de superpopulação e da precariedade das condições de detenção tinham caráter sistêmico e estrutural. O governo búlgaro apresentou diversos planos de ação, especificando as medidas que seriam adotadas para enfrentar o problema da superpopulação, condições de detenção, deficiência de cuidados médicos e os casos individuais que deram origem ao caso. Dentre as medidas propostas, destacam-se mudanças na disciplina do livramento condicional no sentido de ampliar a possibilidade de requerimento ao preso ou autoridade carcerária, introdução de monitoramento eletrônico e mecanismos mais flexíveis de alocação de presos. Após o último relatório, o comitê de ministros decidiu que o Estado apresentou planos de ação eficazes e demonstrou a redução da população carcerária nos anos seguintes ao julgado-piloto, sendo necessário, porém, manter o acompanhamento da execução, tendo em vista a necessidade de atualização quanto à efetiva implementação das medidas propostas e seus efeitos sobre a população carcerária. Sobre o tema ver COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Case of Neshkov and Others v. Bulgaria. Final Judgement. Strasbourg 27 January 2015. Disponível em [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXECDocumentTypeCollection%22:\[%22CEC%22\],\[%22EXECApno%22:\[%2241035/98%22\],\[%22EXECIdentifier%22:\[%22004-3589%22\]}](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22EXECDocumentTypeCollection%22:[%22CEC%22],[%22EXECApno%22:[%2241035/98%22],[%22EXECIdentifier%22:[%22004-3589%22]}). Acesso em 12 de novembro de 2018.

³⁵¹ No grupo de casos Nisiotis v. Grécia, introduzido em 2007, a corte não adotou o procedimento de julgado-piloto expressamente, porém indicou medidas a serem adotadas pelo governo para a redução da população carcerária e melhoria das

condições de detenção. Foram implementadas reformas legislativas na Grécia que contribuíram para a redução do tempo de prisão cautelar, resultando em considerável diminuição da população carcerária, de forma que o Comitê de Ministros deu o caso por encerrado em 2018.,. COMITÉ DES MINISTRES. Action Report (13/04/2018). Communication from Greece concerning the case of SIASIOS and Others v. Greece. Disponível em <http://www.revuedlf.com/cedh/la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-l%E2%80%99execution-de-ses-arrets/> Acesso em 11 de novembro de 2018.

³⁵² No que se refere ao caso Bragadireanu v. Romênia, foi adotado procedimento de julgado-piloto em abril de 2017 no grupo de casos Rezmives e outros, indicando a necessidade de introdução de medidas gerais para combater o problema da superlotação, com apresentação de cronograma de implementação no prazo de 6 meses. O plano de ação apresentado pelo governo romeno previu a introdução, até o final de 2018, de uma reforma legislativa estabelecendo a possibilidade de utilização do monitoramento eletrônico como modalidade de execução da pena e no âmbito do livramento condicional, além de aumentar o investimento nos serviços de “probation”. O Comitê de ministros considerou a medida promissora, desde que implementada rapidamente e que seus efeitos não sejam anulados na prática pelos fatores que contribuíram para o crescimento da população carcerária (sentenças longas para reincidentes e condições mais severas para a obtenção do livramento condicional de acordo com a Reforma de 2014). Assim, as autoridades foram convidadas a prestar contas sobre o progresso obtido com o plano no futuro. Sobre o tema ver COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L’HOMME. Bragadireanu v. Romania. Caso 22088/04. Disponível em <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22bragadireanu%22%2C%22EXEC%22%5D%2C%22EXECCollection%22:%5B%22CEC%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-12985%22%5D%7D>> Acesso em 13 de novembro de 2018. Além dos casos mencionados no Livro Branco, pode-se acrescentar, ainda, o caso Vasilescu v. Bélgica, como exemplo de julgamento quase-piloto. O caso se originou de um queixa relativa às más condições de detenção e falta de espaço individual e problemas de higiene, aplicada em 2012. Embora a Corte não tenha adotado o procedimento de julgado-piloto, reconheceu na decisão que os problemas de superpopulação carcerária e às más condições dos estabelecimentos prisionais que daí decorrem seriam

Dentre os casos nos quais foi adotado o procedimento de julgado-piloto pela Corte Europeia, destacam-se os casos da Rússia e Itália, especialmente em razão dos tipos de medidas implementadas, além dos efeitos das estratégias escolhidas sobre as respectivas populações carcerárias.

Não se pretende trazer ao texto uma descrição detalhada de cada um desses casos, limitando-se cada seção abaixo a destacar os aspectos mais importantes dos processos, possibilitando a posterior conexão com o tema ora tratado.

estruturais e diriam respeito não só aos casos individuais dos aplicantes. Assim, a Corte recomendou, no julgamento do caso individual Vasilescu, a adoção de medidas gerais, de forma a adequar as condições dos presos ao art. 3º da CEDH, além da introdução de um remédio acessível aos presos para prevenir a continuação das violações adequadas. O plano de ação apresentado pelo governo em Novembro de 2016 previa renovação e expansão das prisões e introdução de mecanismos de redução da população carcerária por meio de reforma legislativa. Assim, foram introduzidas novas disposições no que diz respeito à possibilidade de liberdade provisória com vigilância eletrônica no curso do processo (Lei de 27 de dezembro de 2012) e o acréscimo à lista de penas não privativas de liberdade da vigilância eletrônica e da probation (Lei de 7 de fevereiro de 2014). Além disso, uma sentença de probation passou a ser aplicada apesar de condenação anterior de até 3 anos, o que era incabível, até então. As medidas resultaram em redução continuada da população carcerária e, conseqüentemente, houve uma melhoria no que se refere à superpopulação. Diante dessas informações, o Comitê de Ministros indicou a necessidade de atualização do quadro e posteriores comunicações para melhor acompanhamento. Sobre o tema ver COUR EUROPÉENNE DE DROIT DE L'HOMME. Vasilescu v. Belgique. Caso 64682/12. Disponível em <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22vasilescu%22%5D,%22EXECDocumentTypeCollection%22:%5B%22CEC%22%5D,%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-1262%22%5D%7D>> Acesso em 13 de novembro de 2018.

3.8.1.4 Caso Ananyev vs. Rússia

A corte adotou o procedimento de julgado-piloto no caso Ananyev v. Rússia (Caso 42525/07), em janeiro de 2012, sublinhando o problema estrutural de superpopulação nos centros de detenção provisória na Federação Russa, e indicando uma série de medidas gerais que deveriam ser adotadas em complemento àquelas já indicadas pelo Comité de Ministros na Resolução interina CM/ResDH (2010)35.³⁵³

Acrescentou a Corte que outras violações foram identificadas em outros grupos de casos, no que se refere às condições de detenção, particularmente nas colônias penitenciárias e medicinais, hospitais penitenciários e celas disciplinares (inclusive de isolamento), além de questões de detenção ilegal, duração excessiva da detenção, violação ao exame judiciário efetivo de queixas relacionadas à detenção provisória, entre outros.

O governo russo apresentou, então, um plano de ação, a ser implementado com auxílio do Fundo Fiduciário Direitos Humanos para a implementação de julgados-piloto, quase piloto e outras decisões relevantes, prevendo a introdução de mecanismos para garantir uma abordagem mais equilibrada na escolha de uma medida preventiva a ser aplicada aos réus, melhorar as condições materiais das prisões, introduzir novos recursos internos, compensatórios e preventivos, além de aprimorar os já existentes, bem como criar atividades de sensibilização e cooperação mais estreita com as instituições da sociedade civil.

Além disso, foram implementadas reformas legislativas possibilitando aos tribunais a adoção de medidas de restrição, em substituição à detenção, tendo, em seguida, a Suprema Corte interpretado a nova lei no sentido de que o juiz deve examinar cautelosamente todas as circunstâncias antes de ordenar a detenção.

³⁵³ Na mencionada resolução interina, o governo foi encorajado a vigiar juízes e promotores e investigadores para que façam uso da prisão provisória como último recurso, optando preferencialmente por medidas alternativas, bem como a implementação efetiva de recursos preventivos e compensatórios que permitam recompor de maneira adequada e suficiente toda violação ao art. 3 em razão de más condições de detenção provisória.

Também foi reformada a Ordenança n. 3, impondo-se uma fiscalização mais efetiva da prolongação da investigação preliminar e da imposição de detenção provisória.

Diante dessas informações, o Comité de Ministros manifestou-se em junho de 2017, felicitando o governo pelas medidas adotadas, tendo em vista a redução da população carcerária,³⁵⁴ porém, encorajou as autoridades a “(...)explorar a possibilidade de introduzir outros meios para atenuar ou reduzir as condenações e permitir uma liberação antecipada,” esclarecendo que o governo deve manter o fornecimento de informações atualizadas sobre a implementação das medidas propostas.³⁵⁵

3.8.1.5 Caso Torregiani vs. Italia

Após uma primeira condenação em 2009 devido ao problema da superpopulação carcerária, a Itália voltou à posição de Estado violador do art. 3 da CEDH no caso Torregiani, no qual a Corte adotou o procedimento de julgado-piloto em janeiro de 2013.

A corte levou em conta que os requerentes não dispunham de um espaço de vida conforme os critérios estabelecidos em sua jurisprudência e, além disso, a falta de espaço era agravada por outros elementos relacionados à condições de detenção.

³⁵⁴ Segundo os dados do World Prison Brief, a população carcerária russa apresentou redução de 755,651 em 2012, para 646,085 em 2016. Disponível em <http://www.prisonstudies.org/country/russian-federation>> Acesso em 14 de novembro de 2018.

³⁵⁵ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Ananyev et otre c. Russie. Caso 42525/07. Disponível em <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22ananyev%22%2C%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-14143%22%2C%22EXECDocumentTypeCollection%22:%5B%22CEC%22%5D%7D>> Acesso em 14 de novembro de 2018.

Partindo dessa constatação, a Corte formulou medidas que o estado deveria adotar para remediar um problema de superpopulação carcerária endêmica, como a aplicação preferencial de penas não privativas de liberdade e a redução da utilização da detenção provisória, além de lembrar as recomendações do Comité de Ministros que preconizam a reorientação político criminal no sentido do recurso ao encarceramento como última opção.

Em seguida, a Itália apresentou plano de ação, prevendo a adoção de medidas em matéria de política criminal para reduzir o uso do encarceramento, construção e renovação dos estabelecimentos penitenciários, criação de recursos jurisdicionais preventivos e compensatórios.

Em 2016, o Comité de Ministros se disse satisfeito com a resposta das autoridades italianas e considerou que a obrigação de se conformar ao julgado-piloto foi cumprida.³⁵⁶

A implementação do plano de ação teria tido por objetivo, segundo GALLUT reduzir o número de ingressos nos estabelecimentos prisionais e a diminuir o tempo de duração da detenção, seja por meio de livramento condicional ou redução da pena.³⁵⁷

Na fase anterior à sentença, foram privilegiadas as alternativas à detenção, ampliando-se, por exemplo, o âmbito de aplicação da vigilância eletrônica (DL 146/2013) e restringindo-se a possibilidade de imposição de detenção provisória aos crimes punidos com, no mínimo, 5 anos de prisão (o limite anterior era de 4 anos).

Na execução da pena, ampliou-se a possibilidade de execução do resmescente da pena em regime domiciliar de 12 para 18 meses, sendo que a medida, pensada inicialmente como modificação temporária, foi introduzida em caráter definitivo na Lei Penitenciária Italiana em 2014.

³⁵⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Disponível em <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/01/7.pdf>> Acesso em 14 de novembro de 2018.

³⁵⁷ GALLUT, Solène. L'Efficacité des Mesures Juridiques Italiennes en Mises en Œuvre à La Suite de L'Arrêt Pilote Torreggiani. AJ Pénal. Julliet/Août 2018.

Além disso, estabeleceu-se maior facilidade de saída de presos por boa conduta e a liberação antecipada especial permitiu uma redução de 75 dia de pena por semestre, em vez de 45, como ocorria até então.

Foram também suprimidas todas as restrições previstas para o reincidentes, de forma que se aplicam também nesses casos as medidas e penas executadas na comunidade.

Constatou-se considerável redução da pena nos anos seguintes às reforma legislativas introduzidas. O numero de presos passou de 65.905 em 2013 para 52.164 em 2015, apontando-se a contribuição importante da medida de execução da pena em regime domiciliar, já que 12.000 pessoas foram libertadas sob esse fundamento.

Também foi constatada redução no que se refere às pessoas presas cautelarmente, reduzindo-se o percentual de presos provisórios de 40 por cento em 2013, para 17,7 por cento em 2015.

Entretanto, a população carcerária voltou a aumentar desde janeiro de 2016, registrando-se 58.569 presos naquele ano, agravando-se a situação de superpopulação carcerária.

Segundo MIRAVALLE e SCANDURRA, em 2018, a população carcerária e do número de pessoas submetidas às medidas alternativas à prisão tem apresentado crescimento, não ocorrendo, como se esperava, uma redução dos níveis de utilização do encarceramento pela ampliação das medidas alternativas.

No que se refere à execução da pena em regime domiciliar, por exemplo, o número de pessoas cumprindo pena nessa modalidade subiu de 9.453 em 2014, para 10.969 em março de 2018. No mesmo período o número de presos no sistema penitenciário subiu de 53.623 para 58.223.

Como indica o Relatório, “esses números crescem juntos, sinal de um aumento global do número de pessoas submetidas a controle penal,” podendo-se observar que, embora a detenção domiciliar contribua para limitar o número de pessoas presas, o instituto aplica-se preferencialmente a fatos menos graves.

O mesmo fenômeno pode ser observado no que se refere à suspensão condicional da pena (“messa alla prova”), cuja ampliação não impediu o crescimento da população carcerária.³⁵⁸

³⁵⁸ MIRAVALLE, Michele. SCANDURRA, Alessio. Il Carcere che non cambia : Tendenze e numeri del sistema penitenziario italiano all’ vigilia di un’ importante

Assim, as reformas introduzidas em razão da condenação no caso Terregianni, embora tenham provocado uma redução inicial, não contribuíram para o estabelecimento de uma tendência duradoura de redução da população carcerária.

Além da hipótese formulada com base na avaliação da implementação efetiva das medidas alternativas, cogita-se, ainda, segundo GALLUT, dos efeitos negativos da manutenção da legislação de drogas e imigração, áreas nas quais não houve modificação, além do peso da opinião pública e tendência de adesão ao populismo penal por parte do judiciário.³⁵⁹

3.8.1.6 Crescimento da população carcerária e a Corte Europeia de Direitos Humanos: Considerações finais

A partir da inclusão das condições de detenção no âmbito de proteção do art. 3 da CEDH, desenvolveu-se na jurisprudência da CtEDH uma abordagem voltada para o enfrentamento da superpopulação carcerária, a qual foi intensificada com a adoção mais frequente do procedimento de julgado-piloto.

A atuação da Corte nesses casos tem se pautado pelo reconhecimento do caráter estrutural e sistêmico dos problemas de superlotação.

Pode-se notar, ainda, que as decisões produzidas nesses casos partem da premissa de que a inflação carcerária decorre principalmente dos níveis de utilização da prisão, em caráter definitivo ou provisório, alinhando-se à orientação adotada nos documentos do Conselho Europeu, notadamente a Recomendação (99)22 e o Livro Branco sobre a Superpopulação Carcerária.

stagione mancata, di riforma. In ANTIGONE, Un anno in carcere XIV rapporto sulle condizioni di detenzione. Disponível em < <http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/numeri-e-sovrappollamento/>>. Acesso em 14 de novembro de 2018.

³⁵⁹ GALLUT, Solène. L'Efficacité des Mesures Juridiques Italiennes en Mises en Œuvre à La Suite de L'Arrêt Pilote Torreggiani. AJ Pénal. Julliet/Août 2018.

Nessa perspectiva, a Corte tem demandado aos Estados, nos casos de adoção de procedimento do julgado-piloto ou quase piloto, a implementação de mudanças político-criminais voltadas para a utilização da prisão como último recurso.

As medidas devem ser implementadas, de acordo com as decisões da Corte, por meio de reforma legislativa ou pelo direcionamento e fiscalização das práticas judiciais e persecutórias.

Nota-se, assim, uma atuação que busca influenciar a atividade legislativa e jurisdicional dos Estados membros, promovendo a adoção de políticas criminais tendentes à redução da população carcerária.

Embora as decisões da Corte não estipulem detalhada e especificamente quais medidas devem ser adotadas pelos Estados, os termos concretos de elaboração e implementação dos planos de ação propostos pelas autoridades são estabelecidos durante a execução dos julgados-piloto, sob acompanhamento e fiscalização do Comitê de Ministros.

As medidas adotadas e aprovadas pelo Comitê em cada um dos casos e sua forma de implementação complementam, assim, as sugestões iniciais da Corte, fornecendo elementos para a configuração de um conjunto de estratégias de redução da população carcerária.

O exame dos casos mencionados acima revela a predominância de medidas orientadas para ampliar o âmbito de utilização das alternativas ao encarceramento, no que se refere à fase anterior à condenação, à determinação da pena na sentença e à execução da pena.

Tem se buscado, assim, privilegiar o recolhimento domiciliar e a vigilância eletrônica como substitutos da detenção provisória no curso do processo, de forma a reduzir o número de presos provisórios.

A vigilância eletrônica também tem sido introduzida nos ordenamentos como pena autônoma ou modalidade de execução de pena, conjugada com o regime domiciliar.

No que se refere à determinação da pena, os Estados tem sido instados a fiscalizar as práticas judiciárias para garantir que sejam privilegiadas as penas não privativas de liberdade, notadamente, os trabalhos comunitários, reservando-se a pena de prisão apenas para os casos mais graves.

No âmbito da execução de pena, verifica-se também a opção pela ampliação das possibilidades de obtenção do livramento condicional e estabelecimento de regime domiciliar nas fases finais de execução da pena privativa de liberdade, com monitoramento eletrônico.

No que se refere à efetividade das medidas implementadas como estratégias de redução da população carcerária, não se dispõe de dados suficientes em relação a todos os casos, para uma avaliação conclusiva.

Entretanto, pode-se observar a redução da população carcerária após a implementação das medidas propostas na execução dos julgados piloto nos casos *Ananyev v. Rússia*, *Torreggiani v. Itália* e do julgado caso quase piloto *Vasilescu v. Bélgica*.

Entretanto, no caso Italiano, os efeitos das reformas legislativas não foram duradouros, como demonstrado acima, verificando-se uma retomada do crescimento da população carcerária desde 2016.

Além disso, no caso *Ananyev v. Rússia*, o Comité manteve a necessidade de fornecimento constante de informações sobre a efetiva implementação das medidas propostas em futuro próximo.

Não obstante isso, a adoção pela Corte do procedimento do julgado-piloto nos casos de superpopulação tem influenciado o debate europeu sobre o crescimento da população carcerária, contribuindo para mudanças de orientação político-criminal nos países europeus e promovendo a adoção de medidas para reduzir os níveis de utilização do encarceramento, tanto no nível nacional quanto no nível comunitário.

Essa mudança de orientação tem-se refletido até mesmo no âmbito das instituições da União Europeia,³⁶⁰ tradicionalmente caracterizada por uma tendência

³⁶⁰ A atuação da União Europeia no âmbito da política criminal é determinada pelo Tratado de Lisboa, adotado em 2009, dando poder à EU de legislar na área criminal e atribuindo às decisões dos órgãos europeus caráter obrigatório e cogente. Sobre o tema ver van ZYL SMIT, Dirk et al. *Release from Prison: European Policy and Practice*. New York: Routledge, 2011. Edição Kindle. p 32

de promover a criação de novos tipos penais e adoção de maior severidade na punição de determinados delitos.³⁶¹

Assim, por exemplo, na Resolução do Parlamento Europeu de 5 de outubro de 2017 sobre os Sistema Penitenciários e Condições na Prisão (P8_TA(2017)-385), foi sublinhado que a União Europeia tem um “papel necessário a desempenhar na proteção dos direitos fundamentais dos presos e na criação do espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça” (B).

Apontou-se, além disso, que o encarceramento deveria ser utilizado unicamente nos casos motivados no direito e que as penas alternativas devem ser privilegiadas para os presos que não apresentam um perigo grave para a sociedade, assegurando-se aos demais a manutenção em meio aberto, com maior acesso aos serviços sociais (M).

Nessa perspectiva, o Parlamento lembrou aos Estados que a detenção provisória deve ser uma medida de último recurso, utilizada nos casos estritamente necessários e por período de tempo o mais curto possível, deplorando que se constate que, em inúmeros Estados membros, a prática revela uma utilização sistemática da detenção provisória e indicando que a solução desse problema demanda reformas legislativas e do sistema judiciário (13).

Insistiu, ainda, o parlamento, na necessidade de implementação de uma gestão de longo termo dos sistemas penitenciários, de forma a reduzir o número de

³⁶¹ As decisões Quadro do Conselho da União Europeia seriam, segundo van ZYL SMIT, predominantemente destinadas a assegurar o exercício do poder punitivo, por meio de regras de reconhecimento mútuo de mandados de prisão e decisões condenatórias, ou garantir a criminalização de comportamentos anteriormente considerados como crimes em alguns países Europeu, ou o aumento da pena cominada em determinados casos. Diz o autor que “(...) até o momento, nenhum instrumento foi adotado visando à melhorar a posição dos defendentes.”, ao passo que alguns “(...) instrumentos tendem a influenciar os Estados Membros a respeito da pena a ser imposta.” Sobre o tema ver van ZYL SMIT, Dirk et al. Release from Prison: European Policy and Practice. New York: Routledge, 2011. Edição Kindle. p 33.

presos por meio do recurso mais frequentes às medidas punitivas não privativas de liberdade, como serviços comunitários ou vigilância eletrônica (15).

O Parlamento também encorajou os Estados membros a implementar medidas de redução ou conversão da pena, recorrendo à semiliberdade, serviços comunitários, recolhimento domiciliar ou vigilância eletrônica, além de reforçar a individualização da pena.

Nota-se, portanto, que a atuação jurisdicional da CtEDH e a atividade legislativa do Parlamento Europeu convergiram no que diz respeito à abordagem da superpopulação carcerária, tendendo a optar, cada vez mais frequentemente, instrumentos jurídicos de caráter cogente para conduzir os Estados Membros a implementar reformas político-criminais buscando a redução da população carcerária.

Nesse contexto, o procedimento dos julgados-piloto e sua forma de execução constitui instrumento essencial para a efetiva implementação de medidas jurídicas para a redução da população carcerária, tendo em vista que a execução dos julgados é passível de fiscalização pelo comitê de ministros.

Além disso, a evolução jurisprudência da CtEDH tende a impulsionar debates e mudanças político criminais nos Estados membros, os quais tendem a adequar-se aos princípios promovidos pela Corte de forma a evitar eventual condenação.

3.8.2 Crescimento da população carcerária e Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O sistema interamericano de direitos humanos iniciou-se com a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), 1959, com poderes para produzir relatórios (de sessões, anuais ou sobre determinados países), além de examinar comunicações, visitar Estados e preparar estudos e seminários.³⁶²

³⁶² Instituída pela Resolução VIII da VE Reunião de Consulta das Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959), o Órgão viria a obter fundamento convencional apenas em 1970, com a entrada em vigor do Protocolo de Reformas da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA). Sobre o tema ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o Fortalecimento de seu Mecanismo de Proteção. Texto da Conferência proferida pelo Autor no Seminário

A atuação da CIDH ampliou-se significativamente após o primeiro Protocolo de Reformas da OEA, em 1967, quando lhe foi atribuída base convencional, para abranger, não só a promoção, mas o “controle e supervisão da proteção de direitos humanos” na região.

Assim, o órgão passou a realizar coleta de dados relevantes, missões de investigação “in loco”, além de elaborar recomendações e uma série de relatórios a partir de 1973.³⁶³

Em sua vasta prática, a Comissão tem adotado resoluções casuísticas, nas quais declara se os fatos relatados constituíram ou não uma violação de direitos humanos ou recomenda ampla investigação de aparente violação, podendo, além disso, lograr uma solução amistosa com os Estados demandados.

As recomendações de caráter geral da CIDH, sejam dirigidas a determinados Estados ou incluídas em seus relatórios anuais, vem impulsionando a

“A proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil”, realizado no Auditório do STJ, em Brasília, no dia 07 de outubro de 1999. Disponível em <https://www.google.fr/search?q=CAN%C3%87ADO+TRINDADE%2C+Ant%C3%B4nio+Augusto.+O+Sistema+Interamericano+de+Direitos+Humanos+no+Limiar+do+Novo+S%C3%A9culo&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&oq=CAN%C3%87ADO+TRINDADE%2C+Ant%C3%B4nio+Augusto.+O+Sistema+Interamericano+de+Direitos+Humanos+no+Limiar+do+Novo+S%C3%A9culo&aqs=chrome..69i57.257j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8> Acesso em 16 de novembro de 2018.

³⁶³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o Fortalecimento de seu Mecanismo de Proteção. Texto da Conferência proferida pelo Autor no Seminário “A proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil”, realizado no Auditório do STJ, em Brasília, no dia 07 de outubro de 1999. Disponível em <https://www.google.fr/search?q=CAN%C3%87ADO+TRINDADE%2C+Ant%C3%B4nio+Augusto.+O+Sistema+Interamericano+de+Direitos+Humanos+no+Limiar+do+Novo+S%C3%A9culo&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&oq=CAN%C3%87ADO+TRINDADE%2C+Ant%C3%B4nio+Augusto.+O+Sistema+Interamericano+de+Direitos+Humanos+no+Limiar+do+Novo+S%C3%A9culo&aqs=chrome..69i57.257j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8> Acessp em 16 de novembro de 2018.

implementação de inúmeras reformas legislativas, com a derrogação ou supressão de dispositivos que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos.

Além disso, as recomendações motivaram a criação e fortalecimento de mecanismos de proteção de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos, como recursos e procedimentos específicos.³⁶⁴

Com a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o chamado Pacto de São José da Costa Rica, em 1978, foi estabelecido como órgão judicial autônomo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com funções consultiva e de solução de todos os casos contenciosos a ela submetidos pela Comissão Interamericana de Direito Humanos ou por um Estado Parte da Convenção, desde que tenham reconhecido sua competência.

Assim, como observa CANÇADO TRINDADE, a Corte Interamericana, ao contrário da Corte Europeia de Direitos Humanos (após a entrada em vigor do Protocolo n. 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos), não reconhece aos indivíduos o “jus standi”, ou seja, direitos de acesso direto à Corte, mas apenas o “locus standi” (após modificação do Regulamento que vigora desde 2001), “(,,,)quer dizer a capacidade de estar em juízo, graças à qual eles podem participar diretamente de todas as fases do procedimento perante a Corte interamericana de Direitos do Homem.”³⁶⁵

³⁶⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o Fortalecimento de seu Mecanismo de Proteção. Texto da Conferência proferida pelo Autor no Seminário “A proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil”, realizado no Auditório do STJ, em Brasília, no dia 07 de outubro de 1999. Disponível em <https://www.google.fr/search?q=CAN%C3%87ADO+TRINDADE%2C+Ant%C3%B4nio+Augusto.+O+Sistema+Interamericano+de+Direitos+Humanos+no+Limiar+do+Novo+S%C3%A9culo&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&oq=CAN%C3%87ADO+TRINDADE%2C+Ant%C3%B4nio+Augusto.+O+Sistema+Interamericano+de+Direitos+Humanos+no+Limiar+do+Novo+S%C3%A9culo&aqs=chrome..69i57.257j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8> Acesso em 16 de novembro de 2018.

³⁶⁵ CANCELADO TRINDADE, Antônio Augusto. Le Développement du Droit International des Droits de L’Homme à Traversa L’Activité et la Jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de L’Homme. Revista do Instituto

Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 6. Vol. 6. Número 6- 2005. Segundo RAMOS, a restrição ao direito de ação da vítima no sistema interamericano é criticada pela doutrina especializada, podendo-se observar uma tendência gradual no sentido de ampliar o acesso da vítima à Corte. Como diz o autor, "(...) a própria Comissão alterou seu Regulamento, em 2001, para estimular a propositura de ações judiciais perante a Corte. Com efeito, até tal reforma, a Comissão deveria decidir, por maioria, se ingressava com ação contra determinado Estado, mesmo se citado Estado já houvesse reconhecido a jurisdição da Corte mesmo se a Comissão já houvesse atestado a existência de violação de direitos humanos. Agora, após a reforma, no caso de ter sido constatada violação de direitos humanos sem que o Estado tenha reparado o dano, a Comissão deve automaticamente propor a ação contra o Estado, no caso de ter sido reconhecida a jurisdição da Corte, salvo se houver decisão em sentido contrário da maioria absoluta dos comissários. Ou seja, é necessário que haja a mobilização da maioria absoluta dos comissários contra a propositura da ação, o que é, por certo, dificultoso. Enquanto a reforma da Convenção Americana de Direitos Humanos não se concretiza, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos adiantou-se. No regulamento da Corte de 2001 foi permitida a participação da vítima e de seus representantes em todas as fases do processo judicial, com direito a se manifestar em igualdade de condições com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Estado réu, tal qual um assistente litisconsorcial do Autor. Em 2009, a Corte deu mais um passo rumo a um processo mais equilibrado entre os direitos das vítimas e dos Estados: na Opinião Consultiva n. 20, a Corte reinterpretou o artigo 55 da Convenção (que trata dos juízes ad hoc) e decidiu não mais aceitar a indicação de juiz ad hoc por parte do Estado réu (que não possua nenhum juiz de sua nacionalidade na composição da Corte) nos casos iniciados na Comissão por petição de vítimas de violação de direitos; na nova interpretação do artigo 55, o juiz ad hoc somente será chamado nas demandas interestatais (aliás, até hoje in-existentes). Na mesma Opinião Consultiva a Corte decidiu não mais permitir que o juiz de nacionalidade do Estado réu atue no processo, para fortalecer a imagem de imparcialidade. Ainda em 2009, o novo Regulamento da Corte absorveu tais mudanças e deu mais um passo rumo ao futuro afastamento da Comissão como Parte Autora: a ação é iniciada pelo envio de Informe da Comissão, que não mais faz uma petição inicial própria. No resto, todas as etapas processuais são focadas nas vítimas, no Estado Réu e na Comissão caso

No que diz respeito aos direitos da pessoa presa, a base normativa do Sistema Interamericano de Direitos do Homem foi determinante para o desenvolvimento de uma jurisprudência de proteção de direitos, na medida em que, ao contrário da Convenção Europeia, a Convenção Americana inclui expressamente, no âmbito de proteção do art. 5, que disciplina o direito à integridade pessoal, os direitos das pessoas presas, impondo o tratamento compatível com o respeito à dignidade humana³⁶⁶

ela mesmo deseje. Simbolicamente, a Cortetenta caracterizar a Comissão não como uma “Autora”, mas sim como órgão do sistemainteramericano, verdadeiro “custos legis”. Simultaneamente, o regulamento faz menção ao “DefensorInteramericano” para representar legalmente as vítimas sem recursos (o que antes era feito pelaComissão).Esses passos são importantes rumo à igualdade entre a vítima e o Estado, mas não dispensam anecessidade de profunda reforma do sistema da Convenção Americana, com a eliminação domonopólio de facto da Comissão na proposição das ações de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos perante a Corte de San José. Porém, até o momento, a Comissãoopermanece com o importante papel de dar início – ou não – à ação de responsabilidade internacionaldo Estado por violação de direitos humanos. Caso decida não iniciar a ação, é a Comissão, em termos práticos[234], o intérprete definitivo da Convenção Americana”. RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

³⁶⁶ Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 5: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Nesse contexto, os direitos das pessoas presas vem representando grande parte da atuação da CIDH, de forma que, em 2004, foi instituída formalmente a Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Presas, com mandato de monitorar a situação das pessoas submetidas a qualquer forma de privação de liberdade nos Estados membros da OEA, realizar visitas aos Estados, promover os mecanismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para proteger os direitos de pessoas privadas de liberdade e preparar informes e recomendações especializados dirigidos aos Estados Membros da OEA.

A questão da superpopulação carcerária foi abordada em todos os informes da Relatoria, podendo-se observar uma evolução no tratamento do tema no sentido de se reconhecer a contribuição das decisões político-criminais produzidas nos ordenamentos jurídicos nacionais para o crescimento das respectivas populações carcerárias.

Assim, no Informe sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, publicado em 2011, a Comissão sublinhou que o problema de superlotação, reconhecido como fator que pode chegar a constituir em si mesmo tratamento cruel, desumano ou degradante, afeta

(...) todos os países da região e é por sua vez a consequência de outras graves deficiências estruturais, como o emprego excessivo da prisão preventiva, o uso do encarceramento como resposta única às necessidades de segurança cidadã e a falta de instalações físicas adequadas para a alojar os reclusos.”³⁶⁷

No mesmo Informe, a comissão recomendou a adoção de políticas e estratégias que incluam, por exemplo, reformas legislativas e institucionais necessárias para assegurar o uso mais racional da prisão preventiva e a promoção do uso de medidas alternativas ou substitutivas de detenção preventiva e da privação de liberdade como pena, além do uso de outras figuras próprias do

³⁶⁷ No original em espanhol: Este problema, común a todos los países de la región es a su vez la consecuencia de otras graves deficiencias estructurales, como el empleo excesivo de la detención preventiva, el uso del encarcelamiento como respuesta única a las necesidades de seguridad ciudadana y la falta de instalaciones físicas adecuadas para alojar a los reclusos.” COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011. p. 7, 176.

processo de execução da pena, como a liberdade condicional e remição por trabalho ou estudo, dentre outras estratégias.³⁶⁸

Também no Informe sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, publicado em 2013, houve reiteradas alusões ao problema da superpopulação, como fator que pode chegar a constituir, por si só, tratamento cruel, desumano ou degradante, mencionando-se como referência o padrão estabelecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Ananyev v. Rússia*.

Além disso, a Comissão aprofundou a abordagem no que se refere à contribuição das decisões político-criminais para o crescimento da população carcerária, indicando o vínculo entre a superpopulação e a (...) tendência generalizada na região “(...) de adoção “como resposta aos desafios da segurança cidadã e ao reclamo da sociedade, medidas legislativas e institucionais que consistem fundamentalmente em um maior uso do encarceramento de pessoas como solução do problema.” Segundo a Comissão

estas reformas legais, que ao largo da última década vem replicando-se nos distintos estados da região, estão orientadas a restringir ou limitar as garantias legais aplicáveis à detenção de pessoas, potencializar a aplicação da prisão preventiva, aumentar as penas e ampliar o catálogo de delitos puníveis com pena de prisão; abster-se de estabelecer medidas alternativas à prisão e restringir o acesso à possibilidade de concessão de determinadas figuras legais próprias do processo de execução da pena nas quais o recluso progressivamente vai ganhando espaços de liberdade.

³⁶⁹

³⁶⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011. p. 7, 177.

³⁶⁹ No original em espanhol: Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva; aumentar las penas y ampliar el catálogo de delitos punibles con pena de prisión; abstenerse de establecer medidas alternativas a la prisión y restringir el acceso o la posibilidad de concesión de determinadas figuras legales propias del proceso de ejecución de la pena en las que el recluso progresivamente va ganando espacios de libertad. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe sobre el uso de la prision preventiva en las Américas. 2013. p. 34

A abordagem foi reforçada no Relatório sobre medidas para reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas publicada em 2017, no qual a Comissão recomenda aos Estados a adoção de medidas alternativas para a racionalização do uso da prisão preventiva, citando como exemplo a limitação do prazo da prisão cautelar, estabelecida por reformas legislativas introduzidas no México, Colômbia e Bolívia.

A indicação de estratégias adotadas concretamente em ordenamentos jurídicos internos constitui uma evolução voltada para a elaboração de recomendações mais específicas, a partir dos modelos já implementados pelos Estados.

Outro ponto importante foi a referência à criminalização da posse de drogas para consumo pessoal como fator que incrementa as taxas de encarceramento, ampliando o objeto do relatório para abranger decisões político-criminais não exclusivamente relacionadas ao uso da prisão preventiva.

No que diz respeito aos casos concretos submetidos à apreciação da Comissão, identifica-se a questão da superpopulação como situação que gera ou potencializa um quadro de graves violações de direitos das pessoas presas em razão das más condições de detenção.

Assim, por exemplo, no caso *Pessoas privadas de liberdade no cárcere de Urso Branco, Rondônia v. Brasil*, a Comissão reconheceu a violação do art. 5 da CADH em razão das más condições de detenção, tendo mencionado a superpopulação como fator agravante e decidindo pela admissibilidade da petição.³⁷⁰

A superlotação teve maior destaque nos casos das pessoas privadas de Liberdade nas Celas da 76ª Delegacia de Polícia de Niteroi v. Brasil, e Internos da

³⁷⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 81/06. Petição 394-02. Admissibilidade. *Pessoas Privadas de Liberdade no Cárcere de Urso Branco v. Brasil*. 21 de outubro de 2006. A Comissão atuou de forma semelhante no caso *Pessoas privadas de liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá, São Paulo v. Brasil*. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 41/08. Petição 478=07. Admissibilidade. *Pessoas Privadas de Liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá v. Brasil*. 2e de julho de 2008.

Penitenciaria de Mendoza v. Argentina, tendo a comissão adotado, em ambos os procedimentos, medidas cautelares, dentre as quais a determinação de transferência de presos e de redução substancial da superpopulação no estabelecimento.³⁷¹

Não obstante, foi reconhecida a violação do direito à integridade pessoal dos presos com base na fórmula genérica “condições de detenção”, referindo-se a comissão a uma série de circunstâncias narradas pelos peticionários, além da superlotação.

Assim, no caso dos internos de Mendoza, por exemplo, foram mencionadas, a superlotação, a ausência de luz natural e acesso ao ar exterior, permanência em celas fechadas por vinte horas por dia, indisponibilidade de instalações para necessidades fisiológicas (com utilização de saco plástico em vez de vaso sanitário), falta de água para banho e contato contínuo com presos que sofrem de sarna e outras enfermidades decorrentes de falta de higiene, tendo a Comissão decidido pela admissibilidade da petição ao final.³⁷²

A abordagem foi mais específica no caso *Guiltrichs Vanegas y Otros (Condiciones de Detención em El Cai Pococí) v. Costa Rica*,³⁷³ em que a comissão mencionou expressamente os fatores que configuraram, em conjunto, uma violação do dever do Estado de prover um trato humano às pessoas privadas de liberdade, o qual se extrai do art. 5 da Convenção, apontando a superlotação e, além disso, a falta de serviços médicos apropriados, de provisão regular de água, deficiências na alimentação e serviços laborais e educativos.

³⁷¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 36/07. Petição 1113-06. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade nas Celas da 76ª Delegacia de Polícia de Niteroi v. Brasil. 21 de julho de 2007.

³⁷² De forma semelhante, no caso da 76ª DP de Niteroi, foi levada em conta a inexistência de camas, a iluminação precária, falta de janelas e ventilação, exposição das instalações elétricas, entre outras circunstâncias além da superpopulação.

³⁷³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS DO HOMEM Informe n. 34/14 Petição 495-07. OEA/Ser/L/V/II.150. Doc. 38 4 de abril de 2014.

Destaca-se, nesse caso, a referência às arbitrariedades no processo de execução de pena como hipótese de violação do direito à integridade corporal, nos termos do art. 5, adotando-se uma concepção do preso como sujeito de direitos, não só em relação à administração penitenciária, no que se refere ao ambiente carcerário, mas também no âmbito do processo de execução de pena, em relação à aplicação de seus institutos.

Ao apontar as arbitrariedades no processo de execução como tratamento desumano, a Corte adotou uma concepção mais ampla do âmbito de proteção do art. 5, para abranger as questões relativas à execução da pena, inclusive os aspectos penais materiais.

Destaca-se, ainda, que a Comissão sublinhou a falta de efetividade dos recursos judiciais e mecanismos de queixas disponíveis para a população reclusa do estabelecimento penal objeto da petição, apontando a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção.

Assim, a decisão da admissibilidade da Comissão diverge do padrão das decisões anteriores, na medida em que foram apreciadas, ainda que sucinta e superficialmente, questões político-criminais estritamente ligadas ao direito de execução penal, no que se refere tanto aos aspectos penais quanto processuais.

No que se refere à jurisprudência da Corte Interamericana, grande parte das decisões envolve os direitos das pessoas privadas de liberdade.

Inicialmente, a Corte reconhecia a violação da integridade pessoal da pessoa pesa em razão da conjugação da superpopulação com outras circunstâncias, como falta de higiene, iluminação natural, ventilação,³⁷⁴ tratamento médico inadequado, ausência de cama para repouso,³⁷⁵ isolamento ou restrições à comunicação,³⁷⁶

³⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e otros v. Trinidad y Tobago, 2002. Caso Caesar v. Trinidad e Tobago, 2005. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela, 2006.

³⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvares v. Honduras, 2006.

³⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fermin Ramirez v. Guatemala, 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi v. Ecuador, 2004.

isolamento em cela reduzida,³⁷⁷ restrições indevidas ao regime de visitas,³⁷⁸ indisponibilidade de água.³⁷⁹

A Corte não forneceu porém, uma definição de superlotação, limitando-se a apontar o fenômeno ao constatar determinadas condições de ocupação nos casos concretos.

Assim, no Caso *Montero Aranguren e outros (Retén de Cátia) v. Venezuela*, a Corte considerou configurada a superlotação, independentemente das outras condições de detenção, com base no conceito do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das penas ou tratamentos Desumanos ou Degradantes (CPT) e a jurisprudência da CEDH, uma vez que cada preso dispunha do espaço individual equivalente a trinta centímetros quadrados.

No mesmo caso, a Corte determinou que o Estado tomasse providências legislativas, judiciais e administrativas para adequar os cárceres aos padrões internacionais, sem, no entanto, ter fixado um espaço individual mínimo para cada pessoa presa.³⁸⁰

Também configuraram superlotação, segundo a decisão da Corte, os casos *Velez Loo v. Panamá*, no qual se atingiu a taxa de ocupação de cento e vinte por cento e o Caso *Tibi v. Ecuador*, no qual a vítima foi mantida em espaço de 120 metros quadrados com 120 a 300 pessoas, durante 45 dias.³⁸¹

³⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Lori Berenson Mejia v. Perú*, 2004.

³⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Raxcacó Reyes v. Guatemala*, 2005. Caso *del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, 2006. *Yvon Neptune v. Haiti*, 2008. Caso *Fleury e otros v. Haití*, 2011.

³⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Pacheco Teruel e outros v. Honduras*, 2012.

³⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela*, 2006.

³⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi v. Ecuador*, 2004..

Concepção mais ampla foi adotada no caso *Boyce e outros v. Barbados*, configurando-se a superpopulação mesmo para os presos mantidos em celas individuais, tendo em vista que os serviços devidos pelo Estados podem ser prejudicados pela alta taxa de ocupação do estabelecimento de privação de liberdade.³⁸²

Além de reconhecer a violação do direito à integridade pessoal pela superlotação e outras condições e condenar os Estados ao pagamento de indenização pelos danos materiais e imateriais, a Corte determinou, nesses casos, a adoção de providencias legislativas, judiciais e administrativas para adequar as condições carcerárias aos padrões internacionais, em um prazo razoável, sem, porém, especificar as medidas a serem adotadas.³⁸³

No Caso *Yvon Neptune v. Haiti*, entretanto, a Corte inovou ao fixar, pela primeira vez, o prazo de dois anos para adequação das condições carcerárias aos padrões internacionais.

Pode-se reconhecer um considerável avanço na jurisprudência da Corte no caso *Pacheco Turuel e outros v. Honduras*, no qual reconheceu-se a superlotação por si só como violação da integridade pessoal, fazendo-se referência, para tanto, às normas internacionais.³⁸⁴

Além disso, nesse caso, a superlotação foi mencionada não só na fundamentação, mas no dispositivo da sentença, tendo a Corte determinado expressamente a adoção de medidas para reduzir a taxa de ocupação dos estabelecimentos penitenciários.

³⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Boyce e outros v. Barbados*, 2007.

³⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela*, 2006. Caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e otros v. Trinidad y Tobago*, 2002. Caso *Lori Berenson Mejia v. Perú*, 2004. Caso *Fermin Ramirez v. Guatemala*, 2005. Caso *Raxcacó Reyes v. Guatemala*, 2005.

³⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humano. Caso *Pacheco Turuel v. Honduras*, 2012.

A Corte determinou, ainda, a reforma do Regulamento Nacional do Sistema Penitenciário e elaboração do Manual de Administração dos Centros Penitenciários, para adequá-los aos padrões internacionais, no prazo de um ano.

Constata-se, portanto, uma evolução da jurisprudência da corte, no sentido de reconhecer a superlotação como violação da integridade pessoal, ou seja, tratamento desumano ou degradante, independentemente da concorrência de outras condições inadequadas de detenção.

Pode-se identificar também, uma tendência de se passar a determinar a redução da superlotação, fixando-se prazo pra adequação das condições carcerárias às exigências internacionais.

Verifica-se, assim, na jurisprudência interamericana uma tendência de crescente aproximação com a Corte Europeia, no que se refere aos parâmetros adotadas para a determinação da superlotação e à elaboração de determinações de adequação das condições carcerárias aos padrões internacionais, estabelecendo-se prazo para a execução das determinações.

Difere, entretanto, a abordagem da Corte interamericana principalmente no que se refere ao foco de suas decisões, nas quais enfatiza-se a questão da superlotação em detrimento do crescimento da população carcerário e suas origens.

Difere, além disso, no que diz respeito ao modelo de execução das determinações, pautado na apresentação de relatórios pelos Estados, não dispendo Corte Interamericana de um modelo de execução de suas decisões que permita o controle e direcionamento da implementação das medidas determinadas para adequação das condições carcerárias, o que debilita as decisões adotadas no que se refere à efetividade.

Considerando que a Corte tem promovido alterações legislativas e nas práticas judiciárias no que tange a outras questões relativas à privação de liberdade, eventual adoção do modelo da Corte Europeia em relação à questão carcerária, com a introdução de procedimentos de execução com monitoramento semelhante aos julgados-piloto e a ênfase na necessidade de reformas legislativas e nas práticas judiciárias seria coerente com sua linha de atuação, harmonizando-se também com as recomendações da Comissão.

3.8.3 Crescimento da população carcerária e controle internacional: considerações finais

A submissão, cada vez mais acentuada, da atividade legislativo aos controles constitucional e convencional implica a necessidade de adequação das decisões político criminais produzidas pelo legislativo aos princípios constitucionais e padrões internacionais, mitigando-se, assim, o caráter eminentemente político da produção de leis penais.

A produção de decisões político criminais no nível legislativo deve ser considerada, portanto, como atividade racional orientada por princípios e normas e voltada para a concretização dos direitos humanos.

Justifica-se, assim, a elaboração de propostas para reforma penal orientadas para a limitação do exercício do poder punitivo e conseqüente redução da população carcerária, de acordo normas convencionais e princípios constitucionais, notadamente o princípio da intervenção mínima.

Nessa perspectiva, serão propostas, em seguida, algumas medidas a serem implementadas por meio de reforma legislativa, buscando-se introduzir modificações no que se refere às normas de individualização da pena.

Para maior clareza, as propostas serão organizadas em três eixos, quais sejam: a) individualização legislativa, no qual serão analisadas as decisões de descriminalização, despenalização, revisão de escalas de pena; b) individualização judicial, no qual serão elaboradas propostas de alteração das normas de determinação da medida da pena; c) remoção de impedimentos, no qual serão abordadas a reincidência e as conseqüências do descumprimento das penas restritivas de direito.

4 ENCARCERAMENTO E TEORIAS DA PENA

Os níveis do uso da prisão tem sido associada às diversas decisões político-criminais produzidas nos diferentes níveis do sistema penal, desde o legislativo até a execução da pena.

Os programas político-criminais vem sendo associados, por sua vez, à adoção de determinadas concepções teóricas que fundamentam e orientam reformas legislativas, práticas judiciárias e outros fatores internos do sistema penal que influenciam as taxas de encarceramento.

Nessa perspectiva, RUTHERFORD identificou três tipos de abordagem político-criminal no que se refere à utilização da pena de prisão, quais sejam: a política expansionista, a política reducionista e a política de estabilidade.

A política expansionista estaria amparada na concepção segundo a qual os índices de criminalidade poderiam ser controlados por meio do sistema penal, reduzindo-se o número de práticas criminosas por meio da adoção de sanções mais severas.

As medidas implementadas no âmbito do modelo expansionista envolveriam um aumento deliberado da população carcerária, em índices constantes, ano após ano, gerando quadro de grave superlotação, além de um programa de aumento da capacidade física em larga escala, com ênfase nas unidades de segurança máxima, bem como a expansão da estrutura burocrática e contratação de pessoal em todos os níveis.³⁸⁵

O autor associou o modelo expansionista, o qual denomina Grandes Expectativas, à adoção das finalidades de prevenção geral e especial negativa, e incapacitação, ou seja, a uma concepção eminentemente utilitarista.³⁸⁶

³⁸⁵ RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984. p. 48.

³⁸⁶ O termo Grandes Expectativas (tradução nossa) no original em inglês "Great Expectations", faz alusão à novela *Great Expectations*, de DICKENS. DICKENS, Charles. *Great Expectations*. London, Collectors Library, 2003. 637 p.; O modelo Grandes Expectativas basear-se-ia, segundo RUTHERFORD, na presunção de que o sistema penal pode ser organizado de forma a controlar a prática de

O exemplo mais destacado da política expansionista seriam os Estados Unidos, desde a década de 1960.³⁸⁷

Já o modelo reducionista envolveria a restrição da margem de discricionariedade judicial na fixação da pena, garantindo-se a aplicação da sanção menos restritiva possível, além da redução do âmbito de incidência do sistema penal e da vedação de penas privativas de liberdade para furtos.

Segundo RUTHERFORD, no modelo reducionista, denominado Casa Sombria,³⁸⁸ as concepções utilitaristas seriam relegadas a segundo plano, uma vez que o sistema penal teria influência limitada sobre os índices de criminalidade, de forma que os benefícios de sua expansão seriam inferiores aos danos causados pelo encarceramento.

Dessa forma, seriam priorizados valores de justiça e humanidade, buscando-se reduzir os danos produzidos pelo sistema penal e limitar o âmbito de atuação do

crimes, por meio da organização de burocracias coordenadas, identificando e controlando um grupo relativamente pequeno de pessoas que cometem os crimes. Sobre o tema ver RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984. p. 23.

³⁸⁷ SNACKEN apontou também a Holanda, entre 1980 e 2005, e Inglaterra e Gales, após a Segunda Grande Guerra e, posteriormente, desde os anos 1980, como modelos expansionistas. Por outro lado, SNACKEN situa a bifurcação da política criminal característica da maior parte dos países europeus como um meio termo entre as políticas expansionista e de estabilidade, em princípio, com resultados expansionistas na prática. SNACKEN, Sonja; et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995.

³⁸⁸ No original em inglês "Bleak House", fazendo referência à novela de mesmo nome de Charles Dickens. DICKENS, Charles. *Bleak House*. London: Bentley Loft Classics, 2001. Edição Kindle.

poder punitivo, por meio da restrição da política persecutória e a introdução de sanções que independem da justiça criminal.³⁸⁹

Seriam incluídas nesse programa a redução substancial da capacidade física das unidades prisionais, (respeitando-se os padrões de encarceramento estabelecidos na legislação), a previsão de mecanismos de liberdade antecipada; bem como o estabelecimento de um sistema de fila de espera para que os condenados aguardem a abertura de vagas, de forma a se evitar problemas de superlotação.

Ilustrariam esse modelo os casos da Finlândia e Japão, tendo ambos apresentado uma redução drástica da taxa de encarceramento entre 1950 e 2000, como resultado de uma tendência constante de decréscimo da população carcerária ano após ano.³⁹⁰

A política de estabilidade, por sua vez, seria caracterizada pela adoção de medidas que buscam reduzir a população carcerária, optando-se por uma abordagem pragmática, em vez de uma orientação por princípios e teorias de fins da pena.

Nesse contexto, seriam introduzidas penas restritivas de direitos substituindo sanções privativas de liberdade, sendo certo que a construção de unidades prisionais só ocorreria para renovar o sistema penitenciário.

Seriam implementadas, além disso, medidas destinadas a ampliar a discricionariedade do administrador penitenciário no que se refere à possibilidade de redução da duração da pena de prisão.

Também se incluiria nesse modelo a tentativa de se estabelecer um teto de ocupação das unidades prisionais, não obstante seja admitida a extrapolação desse limite.³⁹¹

³⁸⁹ RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984. p. 25

³⁹⁰ SNACKEN, Sonja; et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995.

³⁹¹ RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heinemann, 1984. p. 25

A Bélgica seria um exemplo de política de estabilidade, segundo SNACKEN, desde os anos 1990.³⁹²

A tipologia desenvolvida por RUTHERFORD foi utilizada como ponto de partida para a sistematização proposta por CAVADINO et. al. para as diferentes estratégias de política criminal.

De acordo com CAVADINO et al., diversas concepções teóricas e ideologias fundamentariam as diferentes tendências político-criminais, podendo-se associar as diversas modificações na legislação, nas práticas judiciais e na execução penal à adoção de uma das teorias da pena.

A manifestação concreta das teorias da pena nas políticas criminais não ocorreria, entretanto, de forma isolada e exclusiva, constatando-se a uma combinação de determinados princípios em cada um dos movimentos de política criminal, com a predominância de alguns deles em detrimento de outros.

Nessa perspectiva, os autores classificaram as abordagens político-criminais de acordo com o conjunto de valores predominantes em cada uma delas, elaborando uma divisão entre três tipos de estratégias.³⁹³

A estratégia A envolveria a adoção de um tratamento severo do criminoso, em todos os níveis de decisão do sistema penal, com um aumento na frequência e intensidade do uso da pena de prisão e estímulo à utilização da prisão preventiva, nos moldes dos movimentos de Lei e Ordem típicos do sistema penal norteamericano.³⁹⁴

Seriam adotadas, ainda, no âmbito da estratégia A, medidas que ampliam os poderes de polícia, restringindo as garantias de suspeitos de crimes.

³⁹²SNACKEN, Sonja. A Reductionist Penal Policy and European Human Rights Standards. *European Journal of Criminal Policy Research*, Vol. 12, Issue 2, p. 143-164, June 2006.

³⁹³ CAVADINO, Michael et. al. *Criminal Justice 2000: Strategies for a new century*. Winchester: Waterside Press, 1999. p. 13.

³⁹⁴ A estratégia A também pode ser associada ao que BOTTOMS denominou populismo positivista ("populist punitivity). CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach* SAGE Publications, 2014. Kindle edition. p. 148

Nesse contexto, estaria excluída qualquer possibilidade de ressocialização ou reabilitação, salvo se utilizada para fins de prevenção especial, na medida em que o oferecimento de qualquer tipo de tratamento ou auxílio ao criminoso é considerado como leniência.

Trata-se de uma abordagem de caráter excludente, associada às ideias de incapacitação, além de uma visão punitivista da retribuição, que utilizaria o encarceramento e a estigmatização como instrumentos de descaracterização do criminoso como membro da comunidade.³⁹⁵

Já a estratégia B seria caracterizada por uma indiferença moral em relação aos criminosos, de forma que a pena deveria ser utilizada da forma mais efetiva e menos custosa possível, sendo irrelevante a maior ou menor severidade.

Trata-se de uma abordagem predominantemente gerencialista, que poderia ser instrumentalizada para a obtenção de diversos objetivos, sendo compatível com qualquer das finalidades atribuídas à pena pelas diversas escolas.

A estratégia C, por sua vez, envolveria a redução tanto da frequência da utilização da pena de prisão, quanto do tempo de sua duração, caracterizando-se pela proteção das garantias individuais e tratamento humano e justo dos réus e condenados, especialmente os presos.

Estariam inseridas, nesse contexto as ideias de reabilitação, justiça retributiva (com ênfase nos princípios da proporcionalidade e parcimônia), justiça restaurativa, entre outras.

Os autores apontaram como exemplo de combinação das estratégias A e C a reforma legislativa implementada na Inglaterra em 1991.

A introdução de medidas que buscaram restringir a margem de discricionariedade dos juízes no que se refere à fixação da pena, de forma a assegurar maior da proporcionalidade entre a gravidade do delito e a sanção (conferindo menor peso às condenações anteriores), além de desestimular a utilização da pena de prisão para crimes menos graves, seria manifestação da estratégia C, ao passo que a inclusão de penas mais severas para crimes violentos e sexuais seria uma forma de aplicação da estratégia A.³⁹⁶

³⁹⁵Ibid. p. 148.

³⁹⁶CAVADINO, Michael et. al.. *Criminal Justice 2000: Strategies for a new century*. Winchester: Waterside Press, 1999. p. XIII.

As tipologias desenvolvidas por RUTHERFORD e CAVADINO et al. tem sido utilizadas na literatura como referência na análise dos índices de encarceramento, principalmente nos estudos que abordam o tema sob a perspectiva comparada.³⁹⁷

4.1 Taxas de Encarceramento e Teorias da Pena

Partindo-se do pressuposto de que as concepções teóricas que fundamentam as diversas escolas penais constituem elemento essencial dos movimentos de política criminal, tem-se associado as variações das taxas de encarceramento com as estratégias político-criminais adotadas e, por conseguinte, às teorias da pena adotadas em determinados períodos.

Na seção seguinte serão analisados alguns casos frequentemente apontados na literatura como exemplos de influência das teorias da pena nas taxas de encarceramento por meio de movimentos político-criminais.

4.2 Taxa de Encarceramento e Teorias da Pena na Finlândia

No caso da Finlândia, as reformas legislativas das décadas de 1960, 1970 e 1980, que provocaram a redução drástica da taxa de encarceramento, teriam como base normativa a adoção da ideia de prevenção geral positiva ou prevenção integrativa, rejeitando-se os fins de reabilitação e as concepções relacionadas ao modelo de tratamento coercitivo.

A concepção da função preventiva adotada nas reformas legislativas seria diferente, no entanto, da prevenção geral negativa, na medida em que romperia com a ideia de imposição de medo como mecanismo de controle social, como

³⁹⁷Ver, por exemplo: SNACKEN, Sonja. A Reductionist Penal Policy and European Human Rights Standards. *European Journal of Criminal Policy Res* (2006) 12:143-164. SNACKEN, Sonja. *Changing Prison Populations in Western Countries*. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 18 1995. PAVARINI, Massimo. *Governare la Penale*. LACEY, Nicola. *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

elaborado por FEUERBACH, adotando-se, em vez disso, a ideia de fortalecimento de inibições morais e estímulo à conduta habitualmente obediente.³⁹⁸

Na visão dos reformadores finlandeses, a influência da lei penal no comportamento dar-se-ia, não por meio de ameaça ou dissuasão, mas de forma indireta e sutil, como mecanismo de expressão de censura, de forma a influenciar os valores e visões morais do indivíduo.

Como disseram HINKANNEN e LAPPI-SEPPÄLÄ,

as pessoas abdicam do comportamento ilegal não por medo ou pela consequência de uma punição desagradável, mas porque o comportamento em si é moralmente culpável. Complementam-se a obediência baseada em normas internalizadas e as funções preventivas gerais através da formação de hábitos. Muitas normas de comportamento são seguidas quase que automaticamente.(tradução nossa)³⁹⁹

³⁹⁸ A ideologia do tratamento foi adotada em grande parte dos países europeus na segunda metade do século XX, em substituição às ideias de retribuição e prevenção típicas do pensamento clássico. Dentre os países nórdicos, apenas na Finlândia a influência da ideia de reabilitação teria sido limitada, em razão da resistência dos profissionais e teóricos, optando-se por manter um sistema orientado pelos princípios da ideologia clássica. Assim, como será visto com mais detalhes mais adiante neste trabalho, as críticas à ideia de reabilitação provocaram uma série de reformas legislativas na Escandinávia, rompendo-se com o modelo de tratamento coercitivo, para adotar em seu lugar um conjunto de princípios denominado como “neo classicismo humano”. No caso finlandês, como não houve adoção integral da ideologia de tratamento, preservando-se os princípios clássicos, como dito acima, as críticas e as reformas que dela se originaram foram orientadas contra a severidade do sistema penal, especialmente, o uso excessivo da pena de prisão. Nesse contexto, as reformas legislativas implementadas na Finlândia nas décadas de 1960 a 1990 introduziram como ideia central do sistema penal a finalidade preventiva geral da pena. ANDENAES, Johannes. *Punishment and Deterrence*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1974. p.8.

³⁹⁹ No original em inglês: “People refrain from illegal behavior not because it is followed by unpleasant punishment, but because the behavior itself is morally blameworthy. Alongside compliance based on internalized norms, general prevention functions through habit formation. Many behavioral norms are followed

A nova abordagem teria afinidades com a função preventiva integral da escola alemã e a educação moral de origem anglo-saxônica, e, tendo priorizado o efeito de reforço moral da punição, caracterizou-se por dispensar a imposição de penas severas.

Teria substituído-se, assim um sistema orientado pelas consequências, por um modelo orientado normativamente, privilegiando-se a legitimidade e aceitação da lei penal, por meio da introdução de medidas de política criminal baseadas nos princípios da proporcionalidade, da previsibilidade e da equidade.⁴⁰⁰

Nessa perspectiva, adotar-se-ia o princípio da proporcionalidade, postulado fundamental do estado de direito, como principal instrumento de controle do poder punitivo

Os parâmetros para aferição de proporcionalidade seriam a culpabilidade e o dano causado pela conduta, afastando-se considerações relativas à periculosidade, de forma que nem todos os casos de reincidência deveriam ser punidos com maior severidade.

Além disso, a exigência de fixação da pena de forma proporcional à culpabilidade seria aplicada assimetricamente, permitindo-se ao judiciário reduzir a pena abaixo do mínimo legal, embora vedada a superação do limite máximo.

Essa concepção não implicaria, porém, um rompimento absoluto com a ideia de prevenção geral negativa. A ideia de dissuasão estaria presente na fixação da escala penal, na esfera legislativa, sem que se admita sua utilização, porém, no âmbito da fixação da pena pelo judiciário, no caso individual.

almost automatically.” HINKKANEN, Ville; LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Sentencing Theory, Policy, and Research in the Nordic Countries*. University of Chicago, 40 *Crime and Justice* 349, 2011.

⁴⁰⁰ LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Regulating the Prison Population: Experiences from a Long-Term Policy in Finland. *National Research Institute of Legal Policy Research Communications* 38. Helsinki, 1998. HINKKANEN, Ville; LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Sentencing Theory, Policy, and Research in the Nordic Countries*. University of Chicago, *Crime and Justice*, Vol. 40, 2011.

Permaneceriam no sistema, contudo, alguns elementos de prevenção especial, no que se refere às penas não privativas de liberdade, as quais seriam introduzidas no ordenamento sob forte influência da ideia de reabilitação.

Não se cuidaria, entretanto, da retomada do antigo conceito, mas de uma nova concepção da reabilitação, associada às ideias de autonomia, cooperação e consenso.

Subsistiria, porém, a incapacitação seletiva, modalidade controversa da prevenção especial, concretizada na manutenção da prisão preventiva, no caso da Finlândia(ou na possibilidade de extensão do tempo de duração da prisão em outros países nórdicos).

A superação da finalidade de prevenção geral negativa da pena, com a adoção em seu lugar da ideia de expressão de censura pela punição, com ênfase na legitimidade e aceitação da lei penal, possibilitariam a implementação de uma reforma legislativa voltada para a redução da frequência e duração das penas privativas de liberdade.

A abordagem neoclassicista humana teria possibilitado, segundo LAPPI-SEPPÄLÄ, a concretização da política criminal desencarceradora na Finlândia, na medida em que afastou a necessidade de imposição de penas severas para fins de prevenção geral negativa, possibilitando a ampla adesão de servidores públicos, autoridades penitenciárias, judiciário e ministério público à meta de redução da taxa de encarceramento.⁴⁰¹

4.3 Taxa de Encarceramento e teorias da pena na Holanda

A redução da taxa de encarceramento holandesa entre 1950 e 1975 tem sido associada à adoção da prevenção especial como fim primordial da pena criminal, com ênfase na ideia de reabilitação, sob a influência das concepções teóricas da chamada Escola de Utrecht, formada por um pequeno grupo de professores,

⁴⁰¹ LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. *Regulating the Prison Population: Experiences from a Long-Term Policy in Finland*. National Research Institute of Legal Policy Research Communications. Vol 38, 1998.

notadamente o psiquiatra BAAN, além do criminólogo KEMPE e o advogado e professor POMPE.⁴⁰²

A política reducionista teria sido introduzida inicialmente com a publicação do relatório da Comissão Fick sobre o sistema prisional holandês (da qual KEMPE fazia parte), em 1947, com sugestões de reformas carcerárias orientadas pela ideia de ressocialização, que se materializaram na Lei Penitenciária de 1953.⁴⁰³

A ideia de ressocialização teria reforçado um “otimismo reabilitativo – crença de que medidas reformativas poderiam ser efetivas em afastar criminosos do crime...”⁴⁰⁴, próprio de uma sociedade em processo de reconstrução após a Segunda Grande Guerra.

Segundo DOWNES, o modelo de tratamento foi adotado na Holanda, entre 1940 e 1960, mais intensamente que nos demais países europeus, registrando-se

⁴⁰² POMPE, Willem(1893-1986), era advogado, professor nas universidades de Nijmegen e Utrecht, criou um instituto de pesquisa em Utrecht em 1934 e desenvolveu uma visão inteiramente nova da pena e do tratamento de criminosos “graves”, considerando o criminoso acima de tudo um ser humano. Uma das primeiras publicações do instituto foi o livro de KEMPE, (KEMPE, Gerrit Theodore. *Crime and the Religious Community*); KEMPE, Gerrit Theodore, criminólogo que tinha interesse no sistema de “probation”. BAAN, Pieter era, psiquiatra, fundador do Observatório de Psiquiatria de Utrecht. Sobre o tema ver JUNGHER-Tas, Josine; JUNGHER, Marianne. *The Dutch Criminological Enterprise.*, 35 *Crime and Justice*,115. University of Chicago, 2007.

⁴⁰³ DOWNES, David. *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in the Netherlands and England and Wales*. Oxford: Clarendon,1988. p. 29; CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*SAGE Publications, 2014. Kindle edition, p. 116 ; DOWNES, David; MITCHELL, Pia. *The Origins and Consequences of Dutch Penal Policy Since 1945: A Preliminary Analysis*. *The British Journal of Criminology*, Vol. 22, No 4 (October 1982). P. 325-362. Disponível em <www.jstor.org/stable/23636727>>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

⁴⁰⁴ CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*SAGE Publications, 2014. Kindle edition. p. 116

que, em 1955, um terço de todos os presos cumprindo pena de mais de um ano em instituições de privação de liberdade encontravam-se submetidos às chamadas medidas de colocação à disposição do governo (conhecidas como TBR, sigla para “Terbeschikkingstelling van de regering”), utilizada para os criminosos em sofrimento psíquicos desde 1928.

A adesão à ideia de ressocialização não implicaria, porém, a adoção das concepções deterministas típicas da criminologia positivista e do tratamento involuntário.

Sob grande influência da Escola de Utrecht, as medidas implementadas ter-se-iam afastado do modelo de tratamento involuntário e internação coercitiva, afinando-se com uma abordagem mais centrada no voluntarismo “em vez de uma que vê problemas psicológicos como doenças sobre as quais o paciente não tem nenhum controle e pelas quais o paciente não tem nenhuma responsabilidade.”⁴⁰⁵

Os criminólogos da Escola de Utrecht repudiavam veementemente as ideias de redução do ser humano à condição de sujeito passivo da atuação estatal e o caráter racial da doutrina nacional socialista.

Em reação a essa tendência, o grupo atribuía responsabilidade a toda e qualquer pessoa, inclusive criminosos perturbados mentalmente, rejeitando teorias deterministas de cunho biológico ou social.

Amparados em uma espécie de antropologia holística, inspirada no existencialismo de SARTRE e no trabalho de HEIDEGGER, os membros da Escola de Utrecht criaram uma abordagem de tratamento psiquiátrico, baseada na liberdade e responsabilidade, levando em conta o caráter único de cada indivíduo.⁴⁰⁶

Assim, ao contrário da tendência positivista de prover justificativas para longos períodos de detenção e severidade excessiva como forma de tratamento compulsório, a reabilitação, na concepção da Escola de Utrecht, teria mantido elementos da escola iluminista ao enfatizar o respeito pela dignidade humana, liberdade e direitos civis do criminoso.

⁴⁰⁵Ibid. p. 117

⁴⁰⁶JUNGER-Tas, Josine; JUNGER, Marianne. *The Dutch Criminological Enterprise.*, 35 *Crime and Justice*, 115. University of Chicago, 2007.

Trata-se de uma abordagem mais ampla da reabilitação, que excederia a mera benevolência, implicando “compaixão, corresponsabilidade e um profundo senso de humanidade”, elementos que fundamentaram a crítica ao excesso de severidade e a orientação consequencialista da política criminal.⁴⁰⁷

A atitude crítica da Escola teria afetado juízes e promotores a ponto de provocar mudanças nas concepções então dominantes sobre as finalidades e limites da pena criminal no âmbito do sistema penal.

A grande influência das ideias do pequeno grupo de Utrecht seria devida, segundo DOWNES, à intensa atividade de seus membros, os quais palestravam por toda a Holanda, escreviam em jornais e militavam ativamente no movimento de reforma prisional, devendo-se ressaltar a ligação feita por POMPE entre a reforma prisional e a reforma penal, especialmente no aspecto relativo à fixação de penas.

Embora tenha-se notado a falta de coesão entre os membros da Escola, o diálogo entre as diferentes vertentes é considerado justamente o elemento mais importante na produção do grupo.

Assim, BAAN proporcionaria, segundo DOWNES, o conhecimento psiquiátrico, enquanto KEMPE forneceria o conceito de diálogo entre terapeuta e cliente que “concedeu lustre filosófico ao movimento de saúde mental e aos profissionais de assistência social”, e POMPE, por sua vez, elaborava os vínculos legais e criminológicas entre aquelas abordagens.

Como ponto de união entre essas três perspectivas, tem-se apontado a “crítica anti-penal implícita”, na sua abordagem, a qual “reforçava a já existente antipatia pelo aprisionamento que já havia sido cultivado pela experiência da guerra.”⁴⁰⁸

O grupo concordava quanto a uma visão anti-retributivista e uma “filosofia existencialista de tratamento” sem precedente, sendo certo que os cargos e funções ocupados por seus membros lhes proporcionaram grandes oportunidades para ampla difusão de ideias.

⁴⁰⁷ HAAN, Willem de. *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*. London: Unwin Hyman, 1990. p. 69.

⁴⁰⁸ DOWNES, David. *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in the Netherlands and England and Wales*. Oxford: Clarendon, 1988. p. 89.

O trabalho mais influente da Escola teria sido o livro de RIJKSEN, publicado em 1958, sobre os efeitos deletérios do encarceramento de longo prazo, documentados pelos próprios presos.

Embora a efetiva influência da Escola sobre as práticas do sistema penal seja questionada por alguns autores, predomina um consenso a respeito da contribuição da obra para um efeito de “consciência pesada” sobre os juízes e promotores.⁴⁰⁹

Fato é que, mesmo após o declínio das ideias de reabilitação, sob o ataque das críticas ao modelo de tratamento, indeterminação das penas e uso excessivo da prisão, persistiu a influência da Escola de Utrecht até a década de 1970, mantendo-se a ênfase no uso mínimo do cárcere e nos direitos dos prisioneiros, de forma que se pode identificar uma continuidade entre a “velha” e a “nova” Escola de Utrecht.

A moldura funcional das concepções da Escola foi proporcionada pela obra de VRIJ, que sugeriu uma revisão da teoria do delito para incluir o elemento subsocialibilidade como condição de culpabilidade. Segundo VRIJ, um ato não deveria ser considerado crime a não ser que alguma perturbação à ordem social fosse estabelecida.

Inicialmente elaborado no âmbito da teoria do delito como condição da culpabilidade, o conceito foi utilizado como fundamento para o exercício do princípio da oportunidade, na atuação dos promotores, possibilitando a opção pela renúncia à ação penal com mais frequência.⁴¹⁰

Também a influência dos abolicionistas foi apontada como fator determinante para a introdução da política criminal reducionista no contexto holandês.

Segundo DOWNES, a participação de criminólogos como BIANCHI e HULSMAN em comissões e investigações, além da publicação de relatórios alternativos contendo propostas de política criminal e a sua citação por membros

⁴⁰⁹ HAAN, Willem de. *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*. London: Unwin Hyman, 1990. p. 70.

⁴¹⁰ DOWNES, David. *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in the Netherlands and England and Wales*. Oxford: Clarendon, 1988. p. 97.

ortodoxos do judiciário, teria “deslocado o eixo” do debate para posições mais radicais.⁴¹¹

Segundo o autor, os próprios membros do judiciário e ministério público fazem referencia a um conjunto de influências. Seriam elas

a preocupação sobre o impacto do encarceramento da Escola de Utrecht, a abordagem funcional de figuras como Enshedé, que salientava a necessidade de se formular uma relação clara entre os meios e os fins da política de fixação de penas, e a influência indireta de Hulsman, não tanto por sua visão abolicionista, mas pela ênfase no objetivo de referir o criminoso de volta à comunidade e à vítima no sentido restitutivo. (tradução nossa)⁴¹²

A interação entre os diversos fatores apontados e a influência da produção teórica no âmbito institucional somente teria sido possível, na visão de DOWNES, em razão da formação dos juízes e promotores, caracterizada por grande exposição à literatura criminológica.⁴¹³

4.4 Taxa de encarceramento e as teorias da pena nos Estados Unidos

A análise de movimentos de política criminal dos Estados Unidos apresenta-se especialmente complexa, uma vez que a competência para legislar em matéria criminal e organizar o sistema penal é atribuída aos estados, salvo os casos expressamente destacados de competência federal.

⁴¹¹Ibid. p. 75.

⁴¹² No original em inglês: “human impact of imprisonment of the Utrecht school; the functional approach of such figures as Enshedé, who stressed the need to formulate a cleared relationship between the goals and measn of sentencing policy; and the indirect influence of Hulsman, not so much for the abolitionists view, but in this emphasis on the scope for referring the offender back to the community and the victim ins a restitutive sense.” DOWNES, David. Op. cit., nota 319, p. 85.

⁴¹³ DOWNES, David. Op. cit., nota 319, p. 82.

Pode-se identificar, porém, padrões e tendências que se replicam em várias das unidades, apontando-se inúmeros pontos comuns aos diversos estados, apesar de diferenças nas legislações e práticas judiciais ou persecutórias.

Nessa perspectiva, opta-se por conferir maior ênfase aos pontos de consonância, adotando-se uma abordagem unificada do sistema penal e uma análise na perspectiva nacional, de forma a apontar os fatores determinantes compartilhados pelos vários estados americanos.

Assim, o crescimento da taxa de encarceramento nos EUA desde a década de 1970 vem sendo associado a alterações legislativas e mudanças nas práticas judiciais e persecutórias que teriam contribuído para o considerável aumento na frequência de aplicação da pena de prisão e do tempo de duração das penas fixadas e efetivamente executadas.

O modelo de política criminal implementado no período em questão estaria relacionado, por sua vez, à adoção de novas concepções no que diz respeito às teorias da pena, notadamente, ao rompimento com as premissas filosóficas do modelo de tratamento e reabilitação e a consequente retomada da finalidade retributiva da pena.

Nessa perspectiva, TONRY identificou três tendências político criminais distintas, que teriam sido adotadas sucessivamente, entre 1930 e 1996, quais sejam: a) o período das penas indeterminadas (1930-1975); b) o período das reformas liberais (1975 até meados dos anos 1980); c) o período do endurecimento ou “tough on crime”.⁴¹⁴

4.4.1 Penas indeterminadas e o modelo de tratamento

O modelo de tratamento baseado na ideia de reabilitação foi plenamente adotado no sistema penal norteamericano na primeira metade do Século XX, embora alguns institutos e concepções tenham sido introduzidos anteriormente, na segunda metade do Século XIX, no contexto do movimento de reforma penitenciária.

⁴¹⁴ TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: Oxford University Press, 2016. Edição Kindle. p. 1004.

As condições precárias de unidades prisionais superlotadas e as notícias de castigos corporais frequentes e cruéis, que caracterizaram o período pós Guerra de Secessão, teriam ensejado, segundo ROTHMAN o surgimento do movimento reformista, com foco na recuperação moral dos criminosos e desenvolvimento de seu senso de respeito próprio.

Nesse contexto, foram introduzidas penas indeterminadas, cuja execução se orientava pelo sistema de marcas de matriz irlandesa, de modo que o cumprimento de determinados estágios evolutivos garantiria a acumulação de pontuação e a consequente progressão no nível de regime de encarceramento, com a aquisição gradual de privilégios até a obtenção de um livramento antecipado.

Extinguiu-se, assim, a exigência de silêncio e os castigos corporais, agora considerados degradantes, para possibilitar a utilização do sistema de marcas e a progressão nas etapas de execução da pena como forma de controle do comportamento do preso.

Aponta-se como principal exemplo de aplicação dos princípios do movimento reformador o Reformatório de Elmira, em Nova Iorque. Criado por BROCKWAY, em 1876, nos moldes de uma instituição escolar, Elmira influenciou uma série de instituições semelhantes em todo o país, difundindo-se o novo modelo, elaborado a partir da contribuição de advogados, professores universitários e diretores de escolas públicas.⁴¹⁵

Traço marcante do movimento reformista foi a permanência da prisão, materializada nas penitenciárias que se reproduziam pelo país, como instituição preferencialmente adotada para a imposição de pena.

⁴¹⁵ Segundo ROTMAN, a rotina do Elmira teria ficado aquém das aspirações dos reformadores, devido às dificuldades criadas pelo quadro de superlotação. Além disso, admitia-se a utilização de castigo corporal para manter a disciplina. Por outro lado, a indeterminação da pena não era absoluta no Elmira, já que nenhum preso cumpria mais que o máximo de pena estabelecido para o delito no código penal. Sobre o tema ver: ROTMAN, Edgardo. *The Failure of Reform: United States, 1865-1965*. in MORRIS, Norval; Rothman, David J. *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society*. New York, 1998. p. 154-155.

A reforma jamais teria buscado substituir a pena de prisão por outra modalidade punitiva ou extinguir a penitenciária, mas apenas reformá-la internamente, repensando suas finalidades e seu funcionamento.

A ideia de reabilitação do movimento reformista manteve-se no movimento progressivo que tomou corpo na primeira metade do Século XX, alterando-se a ênfase, porém, para uma abordagem determinista, que identificava nos fatores sociais, psicológicos ou biológicos as causas do comportamento criminoso.

Sob influência da criminologia positivista europeia, exemplificada na tradução da obra de LOMBROSO nos Estados Unidos, além da contribuição dos cursos universitários de ciências sociais, estabeleceu-se uma tendência de se associar a prática da conduta criminosa às origens de seu autor, às circunstâncias de sua vida pessoal ou suas características psicológicas.⁴¹⁶

O fundamento do novo modelo consistiria na percepção do crime como uma consequência de desvantagens sociais e econômicas, deficiência educacional ou de formação profissional e problemas mentais, excluindo-se, assim, a responsabilidade moral.

Nessa perspectiva, as raízes do crime deveriam ser investigadas nos guetos, então considerados verdadeiros laboratórios sociológicos, onde a pobreza, a ignorância, o crime, a corrupção, toda a desordem social enfim, poderia ser observada e interpretada.

O modelo de tratamento buscava, nessa nova roupagem, não a reabilitação moral, mas a inserção completa do criminoso — o pobre marcado pelas sequelas da experiência do gueto, pela falta de educação formal e por problemas mentais — na sociedade, fornecendo-lhe prospectos de uma vida de sucesso e obediência às leis.

Resultava daí uma abordagem progressiva da pena, a qual deveria consistir em um tratamento específico e individualizado, com duração a ser determinada única e exclusivamente pelas necessidades do tratamento.

⁴¹⁶TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: OxfordUniversity Press, 2016. Edição Kindle. p. 1004

Descartava-se, portanto, o conceito de culpabilidade como parâmetro de fixação do tempo de duração da pena, vez que o tratamento deveria ser aplicado sem limitações.⁴¹⁷

O modelo adotado pressupunha, entretanto, a utilização das penas indeterminadas, ficando a cargo do Estado, personificado na administração

⁴¹⁷ Segundo ROTHMAN, psiquiatras, sociólogos e assistentes sociais utilizavam terminologias e discursos diversos, mas “pretendiam combater os mesmos inimigos com as mesmas armas.” Assim, o autor narra as recomendações do psiquiatra Healy para o caso de Marry Doe, uma vendedora de loja de 18 anos que repetidamente roubava de lojas de departamento, “[...].Healy relacionou suas dificuldade ao fato de que ela tinha vantagens educacionais pobres, ela havia sido mantida longe da escola tanto que teve uma deficiência de interesses mentais saudáveis.” Além disso, Mary Doe sofria de “conflito moral sobre assuntos de sexo, como resultado da falta de uma mão condutora instruindo-a e protegendo-a. Mary Doe poderia beneficiar-se, de acordo com as concepções então vigentes, “de uma ajuda, da amizade com uma amiga competente que poderia ser sua confidente, conselheira e ajudante...”, proporcionando-se-lhe o “desenvolvimento de interesses mentais saudáveis...” (tradução nossa). No original em inglês: “Healy traced her difficulties to the fact that she had “poor educational advantages”*; she had been kept away from school so much as to have “a dearth of healthy mental interests.” Moreover, Mary Doe suffered from “mental conflict over sex affairs” as a result of “no guiding hand” instructing and protecting her. The environmentalists were completely comfortable with such an analysis — terms like “mental conflict” might be unusual, but the ill effects of department stores, bad companions, and school truancy were very familiar arguments. Healy’s recommendations for treatment were equally familiar. Mary Doe would improve “if some good woman will give her a helping hand. . . . Change of occupation, friendship with some woman competent to become her confidant, adviser and helper, and development of healthy mental interests, we feel sure, will do what is needed. Just the task for a settlement house resident.” ROTHMAN, David J. *Conscience and Convenience: The Asylum and Its Alternatives in Progressive America*. London: Taylor and Francis. Edição Kindle. p. 919-921.

penitenciária, a fixação do tempo necessário para a implementação do tratamento individual.

Assim como a alta do hospital deve ser decidida única e exclusivamente pelo médico, sendo inaceitável que se estabeleça por lei, a liberação da prisão deveria ficar a critério do carcereiro ou outro oficial do sistema penitenciário, sendo que “um criminoso considerado culpado de um crime —qualquer crime, seja grave ou leve — deveria receber a mesma pena sem um termo certo: de um dia à prisão perpétua.”⁴¹⁸

Por meio da indeterminação das penas concretizou-se o modelo de tratamento, baseado na concepção utilitarista da pena, com ênfase na prevenção especial, rompendo-se com as teorias retributivas até então predominantes nas práticas do sistema penal.

Confiantes na intervenção estatal, os partidários da nova abordagem não vislumbraram no modelo a margem para eventual abuso por parte do Estado, ou qualquer necessidade de se proteger o indivíduo de possíveis excessos.

Optou-se, porém, por enfatizar a meta de reduzir a frequência da utilização da pena de prisão, substituindo-a por medidas alternativas, notadamente, “probation” (suspensão condicional da pena com supervisão) e “parole” (livramento condicional).

O principal objetivo do modelo de penas indeterminadas consistia, segundo TONRY, na individualização do tratamento, de forma a “reabilitar a maioria e incapacitar o resto”, devendo-se priorizar as medidas menos restritivas e liberar os presos reabilitados o mais rápido possível.⁴¹⁹

⁴¹⁸ ROTMAN, Edgardo. The Failure of Reform: United States, 1865-1965. in MORRIS, Norval; Rothman, David J. *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society*. New York, 1998. p. pag. 159.

⁴¹⁹TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: Oxford University Press, 2016. P. 1004

A ideia não seria inteiramente inovadora, segundo ROTHMAN tendo sido adotada episodicamente no século XIX,mas somente no período em questão viria a tornar-se “uma disposição regular nos tribunais”.⁴²⁰

Assim, embora em 1900 somente seis estados possuísem previsão de suspensão da pena, em 1915, trinta e três estados teriam criado ou ampliado esse procedimento, sendo que, até 1920, todos os estados já permitiriam a suspensão para jovens e trinta e três estados, suspensão para adultos.

Segundo BLUMSTEIN, a individualização e as penas indeterminadas teriam sido implementadas uniformemente em todo o território, com pequenas variações, adotando-se, em alguns estados, as penas inteiramente indeterminadas (de um dia a perpétua) e, em outros, aquelas fixadas entre um mínimo e um máximo, exigindo-se que o mínimo não excedesse um terço ou metade do máximo.⁴²¹

Nesse contexto, cabia aos juízes optar livremente e sem necessidade de fundamentação, pela aplicação de pena de prisão ou pela suspensão da pena (“probation”), de acordo com as condições individuais de cada condenado.

Em se optando pela prisão, incumbia aos juízes tão somente a fixação dos limites mínimo e máximo de cumprimento de pena, sendo que eventual libertação

⁴²⁰ Lembrou ROTHMAN que “a ideia em si certamente era mais antiga – na década de 1850, John Augustus, um sapateiro de Boston, persuadiu alguns juízes a lhe dar custódia sobre criminosos juvenis. Mas foi apenas na era Progressiva que a suspensão condicional da pena tornou-se uma disposição popular nas cortes.” (tradução nossa). No original em inglês: “The idea itself was certainly older — in the 1850’ s, John Augustus, a Boston shoemaker, persuaded some judges to give him custody over juvenile offenders. But not until the Progressive period did probation become a popular courtroom disposition. In 1900, only six states provided for probation. In 1915 alone, thirty-three states created or extended the procedure; and by 1920, every state permitted juvenile probation and thirty-three states, adult probation”. ROTHMAN, David. *Conscience and Convenience.: The Asylum and Its Alternatives in Progressive America*. London: Routledge, 2017. Edição kindle. p. 716.

⁴²¹ BLUMSTEIN, Alfred. Prison Populations: A System out of Control? *Crime and Justice*, Vol. 10,p. 231-266,1988.

dependeria exclusivamente da administração penitenciária, mais especificamente das comissões de livramento condicional (“parole boards”).

Embora as leis e as decisões judiciais definissem os elementos dos crimes, apenas as penas máximas eram especificadas, inexistindo qualquer lei, diretriz, precedente, padrão ou critério para guiar as decisões judiciais, inviabilizando-se, dessa forma, eventual revisão judicial em instâncias superiores.⁴²²

Também as decisões da comissão de livramento condicional eram irreversíveis, tendo em vista a adoção majoritária da doutrina do “Hands off”, então predominante na jurisprudência, segundo a qual a condição de preso suprimiria os direitos fundamentais do indivíduo sempre que necessário para a correta aplicação da lei e a obtenção das finalidades da pena.⁴²³

Além disso, tanto as sentenças quanto as decisões de livramento condicional poderiam levar em consideração qualquer informação considerada relevante, além de testes de prognósticos de reincidência, sendo cabível atribuir aos antecedentes criminais do sentenciado desvalor igual ou superior ao da conduta objeto do procedimento.⁴²⁴

Essas inovações progressivas e a indeterminação das penas proporcionaram às autoridades da administração penitenciária um eficiente mecanismo disciplinar, cujos resultados superavam os de qualquer castigo corporal.

Dessa forma, embora alguns presos fossem liberados rapidamente, outros, os chamados incorrigíveis, ficariam encarcerados por longos períodos,

⁴²²TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: Oxford University Press, 2016. p.1038.

⁴²³ A jurisprudência predominante no século XIX e início do Século XX nos Estados Unidos estabeleceu a doutrina “hands off”, com fundamento na ideia de que os presos seriam escravos do estado e, portanto, privados de seus direitos fundamentais, não admitindo a intervenção do judiciário para a garantia de seus direitos. Esse entendimento foi mantido até o surgimento do movimento de devido processo, nos anos 1960 e 1970. TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 1038.

⁴²⁴Ibid. p. 1049-1050.

independentemente da gravidade da conduta ou da lesão provocada, vez que a suspensão da pena estaria “fora de questão” para débeis mentais, esquizofrênicos ou outros em sofrimento psíquico, além de viciados em drogas e “vários tipos de degenerados”.

Apesar das críticas ao modelo por violação ao princípio da legalidade e intervenção excessiva nos direitos fundamentais dos condenados, as ações propostas questionando a constitucionalidade dessas medidas foram julgadas improcedentes pelo poder judiciário.⁴²⁵

Assim, em que pese a influência da criminologia europeia, o modelo de pena indeterminada adotado nos estados unidos permitiu a implementação concreta das concepções positivistas de forma ampla e irrestrita, divergindo da tendência predominante nos sistemas europeus, os quais optaram pela adoção do sistema do duplo binário, caracterizado pela aplicação de medidas de segurança após o cumprimento da pena, por decisão judicial.⁴²⁶

O sistema de penas indeterminadas, com a utilização de mecanismos de suspensão da pena de prisão e liberação antecipada, teria garantido, segundo TONRY, a manutenção da taxa de encarceramento em níveis estáveis, registrando-

⁴²⁵ ROTHMAN, David. *Conscience and Convenience*. The Asylum and Its Alternatives in Progressive America. London: Routledge, 2017. Edição Kindle. p. 1261.

⁴²⁶ A adoção do paradigma etiológico determinista na Europa foi adaptado às exigências do princípio da legalidade, por meio da aplicação da medida de segurança em alguns casos específicos (criminosos habituais ou perigosos, débeis mentais, esquizofrênicos e degenerados) preservando-se o sistema da culpabilidade como parâmetro para fixação das penas. Em vez de penas indeterminadas, o modelo europeu teria optado, segundo PFERRI, pela adoção da suspensão da pena e livramento condicional como forma de individualização da pena e reabilitação, conferindo maior ênfase à prevenção ou defesa social no âmbito da medida de segurança, conservando-se a finalidade retributiva das penas. Sobre o tema ver PIFFERI, Michele. Individualization of Punishment and the Rule of Law: Reshaping Legality in the United States and Europe between the 19th and the 20th Century. *American Journal of Legal History*. Vol. 52, 2012.

se leve declínio entre 1960 e 1973, apesar da elevação nos índices de criminalidade no mesmo período.⁴²⁷

Como observado por BLUMSTEIN, embora as decisões judiciais estabelecessem os limites inferior e superior da pena, o máximo fixado tinha significado muito restrito, na medida em que haveria sempre uma presunção da comissão de livramento condicional em favor do tempo mais breve possível.

O preso seria liberado imediatamente após o adimplemento do prazo exigido, de forma que se evitava a imposição de penas longas na maior parte dos crimes que ensejavam o encarceramento.

Além disso, a margem de discricionariedade conferida às comissões de livramento condicional foi frequentemente utilizada no período em questão como forma de controle da população carcerária, em reação a eventuais flutuações provocadas por fatores externos e internos ao sistema penal.⁴²⁸

4.4.2 O declínio do modelo de tratamento

O modelo de tratamento viria a ser duramente atacado, durante as décadas de 1960 e 1970, tendo sucumbido às numerosas e severas críticas que resultaram no abandono da ideia de reabilitação, com a implementação de uma série de reformas nas normas relativas à determinação da medida das penas.

O movimento reformador foi fortemente influenciado por diversos estudos questionando práticas correcionais, mas especialmente pelo artigo de MARTINSON, o notório “What Works”,⁴²⁹ no qual foram revisados 231 estudos relativos a efetividade de diversos tratamentos correcionais e estratégias de

⁴²⁷TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 991. BLUMSTEIN, Alfred. Prison Populations: A System out of Control? *Crime and Justice*, Vol. 10, pp. 231-266, 1988.

⁴²⁸ BLUMSTEIN, Alfred. Prison Populations: A System out of Control? *Crime and Justice*, Vol. 10, p. 231-266, 1988.

⁴²⁹ MARTINSON, Robert What works?—questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, p 22–54, Spring 1974.

reabilitação implementados entre 1945 e 1967, concluindo pela ineficácia do modelo como um todo.⁴³⁰

As críticas ao ideal de reabilitação bifurcavam-se em duas perspectivas distintas.

De um lado, os adeptos das teorias retributivas da pena apontavam a ineficácia dos tratamentos adotados e a tendência ao excesso na intervenção punitiva, as disparidades das decisões judiciais e administrativas (com ampla margem para a incidência de preconceitos e arbitrariedade), falta de transparência, previsibilidade e consistência, além da inexistência de parâmetros para fixação de pena e oportunidades de revisão recursal.⁴³¹

Embora a reabilitação seja um conceito mais amplo que a simples prevenção especial, os sistemas de tratamento foram considerados ineficientes na medida em que, de acordo com diversas pesquisas empíricas, não teriam apresentado redução significativa do índice de reincidência.⁴³²

Além disso, a adoção da necessidade de tratamento e reabilitação como fim da pena ensejaria, de acordo com essa concepção, uma ampla margem para ampliação da intervenção estatal, com poucas possibilidades de restrição e controle, na medida em que se considera a aplicação de pena como uma benevolência estatal.

A possibilidade de excesso de punição acabaria por potencializar-se, ainda, pela adoção, na prática, da necessidade de incapacitação como fundamentação alternativa da pena no caso de ineficácia do tratamento.

⁴³⁰ Segundo PRATT, as conclusões extraídas do Nothing Works foram revisadas e contrariadas pelo próprio autor em trabalhos posteriores, porém sem o mesmo impacto do primeiro estudo no âmbito da execução da pena. PRATT, Travis. *Addicted to Incarceration: Corrections Policy and the Politics of Misinformation in the United States*. Los Angeles: Sage, 2009. p. 20.

⁴³¹ von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976.

⁴³² Ibid. p. 13.

Por outro lado, mesmo em caso de eficácia do tratamento, a impossibilidade de controle do grau de intervenção punitiva por si só inviabilizaria a imposição de pena baseada nesse fundamento.

Também a questão da disparidade entre as penas fixadas nos casos individuais era objeto de severas críticas, atacando-se a discricionariedade conferida aos juízes e comissões de livramento condicional como instrumento de individualização da pena.

Nas palavras de HIRSCH, “como essa teoria olha para a necessidade de tratamento dos criminosos em vez do caráter de seus crimes, ela permite penas diferentes para situações similares.”

Assim, as falhas apontadas no modelo de tratamento estariam relacionadas à adoção da teoria da prevenção especial no âmbito de fixação e aplicação da pena.

Os reformadores rejeitavam igualmente a adoção da prevenção geral como finalidade primordial da pena.

Segundo HIRSCH, embora o efeito preventivo da legislação penal fosse plausível, a imposição de sanção ao indivíduo não poderia ser baseada única e exclusivamente em necessidades preventivas gerais, sob pena de violação à dignidade humana.⁴³³

Já MORRIS apontava a inaplicabilidade prática da prevenção geral tendo em vista a impossibilidade de reação criminal na absoluta totalidade dos crimes, o que debilitaria o efeito aterrorizante da lei penal.⁴³⁴

⁴³³ von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p. 39.

⁴³⁴ MORRIS, Norval. Towards Principled Sentencing. *Maryland Law Review*, Volume 37, Issue 1, Article 4, 1974. Disponível em <<<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss2/4>>>. Acesso em 28/11/2017. HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976.

Partindo dessas premissas, optaram os reformadores por adotar como fundamento de suas propostas a ideia de retribuição, buscando vincular a severidade da pena à gravidade do crimes.⁴³⁵

Do lado oposto, a crítica conservadora acusava o modelo de penas indeterminadas de excessiva leniência em casos individuais e eficácia limitada no que se refere à prevenção geral e incapacitação, questionando a flexibilidade permitida aos juízes e o mecanismo de saída antecipada do livramento condicional.⁴³⁶

4.4.3 A reforma e o neoretributivismo

Em um primeiro momento a reforma foi orientada de acordo com as críticas liberais, buscando-se restringir a margem de discricionariedade das decisões e impor limitações à intervenção estatal.

No nível teórico, o período foi marcado pela retomada das concepções iluministas de KANT e BECCARIA, especialmente no que diz respeito à proporcionalidade entre a pena e a gravidade do crime.⁴³⁷

⁴³⁵ O termo utilizado por HIRSCH e MORRIS foi “desert” (merecimento), “just desert” (justo merecimento) ou “commensurate desert”(mérito proporcional), sendo que HIRSCH expressamente distingue o merecimento da retribuição, por entender que esta última expressão é associada à vingança, enquanto o termo merecimento não se insere no contexto de punição. von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p. 45.

⁴³⁶ PRATT, Travis. *Addicted to Incarceration: Corrections Policy and the Politics of Misinformation in the United States*. Los Angeles: Sage, 2009.p. 20; TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.: The National Academies Press, 2014. p. 71.

⁴³⁷ von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p. 6

Surgiu, nesse contexto, o chamado modelo de justiça, elaborado inicialmente no relatório do American Friends Service Committee Struggle for Justice, publicado em 1971, sob a relatoria de von HIRSH,⁴³⁸ e desenvolvido com base em dois princípios centrais, a saber: o devido processo legal no âmbito do sistema penal e a proporcionalidade da punição à gravidade do crime.

Rejeitando definitivamente as ideias de prevenção geral e especial negativa, o modelo de justiça amparava-se nas ideias de retribuição ou denunciação como justificativa (pelo menos parcial) da punição.

Rompia-se, dessa forma, com as teorias utilitaristas da pena, refutando-se as ideias de prevenção geral ou especial como fundamento da aplicação da pena, para adotar uma concepção retributivista.⁴³⁹

Embora não tenha sido absolutamente excluída, a prevenção passou a ser considerada como justificativa social da utilidade da sanção, a ser fundamentada moralmente na justiça da pena.

Haveria, segundo von HIRSCH, uma

[...]interdependência dos conceitos gêmeos de prevenção geral e mérito. Quando se busca justificar a pena criminal por referência à sua utilidade preventiva, o mérito é chamado para explicar porque a utilidade pode ser perseguida às custas do criminoso.⁴⁴⁰ (tradução nossa)

A disparidade e imprevisibilidade típicas do modelo de penas indeterminadas foi associado, dessa forma, à adoção das teorias utilitaristas, as quais não teriam condições de proporcionar parâmetros de fixação da pena, implicando ampliação demasiada do âmbito de atuação da intervenção estatal.

⁴³⁸ Ibid. p. 6.

⁴³⁹ CAVADINO, Michael et al. *The Penal System: An Introduction*. Los Angeles: Sage, 2013. Edição Kindle. p. 54.

⁴⁴⁰ No original em inglês: “[...]interdependence of the twin concepts of deterrence and desert. When one seeks to justify the criminal sanction by reference to its deterrent utility, desert is called for to explain why that utility may justly be pursued at offenders expense.” von HIRSCH, Andrew. Op. cit., nota 346, p. 55.

Ao adotarem como fundamentação a utilidade social, as teorias utilitaristas criam ampla margem para punição excessiva, já que se consideraria aceitável o excesso, desde que útil socialmente.

Partindo desse pressuposto, os reformadores procuraram estabelecer um conjunto de postulados baseados na ideia de justiça, buscando fixar parâmetros para a cominação e aplicação da pena.

Propunha-se atrelar a pena ao delito praticado, em uma visão retrospectiva, de forma que a pena configurasse uma justa resposta, uma reprovação moral do autor, e não apenas “um meio de prevenção” de crimes.

Nesse contexto, a implementação do sistema proposto pressupunha a eliminação do livramento condicional, ou, caso isso fosse inviável, a submissão das comissões de livramento a regras e diretrizes, com maior transparência na sua atuação, como condição para a efetiva redução dos níveis da sanção.⁴⁴¹

Partindo dessa premissa, desenvolveram-se duas versões distintas do modelo de justiça, quais sejam: o retributivismo positivo, baseado na ideia de merecimento proporcional e o retributivismo negativo ou limitador, no qual o merecimento é considerado como parâmetro de limitação da pena.⁴⁴²

4.4.3.1 Retributivismo Positivo

De acordo com a versão positiva, o merecimento deveria ter preeminência na alocação ou distribuição da pena, a qual deveria ser fixada de acordo com a

⁴⁴¹ MORRIS, Norval. Towards Principled Sentencing. *Maryland Law Review*, Volume 37, Issue w, Article 4, 1974. Disponível em <<<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss2/4>>>. Acesso em 28/11/2017

⁴⁴² FRASE, Richard S. Proportionality and Desert. in PETERSILIA, Joan; REITZ, Kevin R., Michael.(ed) *The Oxford Handbook in Sentencing and Corrections*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 131.

seriedade da ofensa e o número e gravidade de condenações anteriores, de acordo com o princípio que von HIRSCH denominou de “merecimento proporcional”.⁴⁴³

Os parâmetros de aferição da proporcionalidade entre a pena e a gravidade do crime consistiriam, por sua vez, no dano ou risco de dano causado pela conduta e a culpabilidade do agente.

Nessa perspectiva, a escolha da severidade da punição poderia ser abordada em relação a dois aspectos, a saber: a magnitude da escala penal, ou seja, a dimensão da escala de penas como um todo; e a composição interna da escala, isto é, a ordenação das penas na escala conforme os crimes, umas em relação às outras.⁴⁴⁴

Os limites externos da escala penal seriam fixadas com base no parâmetro do merecimento proporcional, ou seja, o dano ou risco de dano e culpabilidade do autor.

Nesse ponto, seria permitida a utilização de critérios de prevenção geral, desde que respeitado o princípio prevalente do merecimento proporcional na ordenação das penas na escala.

Seria admitido, assim, o aumento de pena para determinado crime buscando um maior efeito dissuasivo, desde que as demais penas fossem ajustadas proporcionalmente, o que acarretaria um aumento em todas as penas da escala.⁴⁴⁵

Dentro dos limites dessa escala, as penas deveriam ser configuradas de forma que a sua severidade correspondesse à gravidade do crime correspondente, exigindo-se que crimes igualmente graves fossem punidos com a mesma severidade.

Segundo von HIRSCH, o princípio do merecimento proporcional impossibilitaria o uso da pena de prisão para infrações leves ou aquelas menos

⁴⁴³O termo utilizado em inglês foi “commensurate desert”. von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p. 59-64.

⁴⁴⁴ von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p. 90.

⁴⁴⁵ *Ibid.* p. 91.

graves, impondo, por outro lado, o encarceramento no caso de delitos mais graves, como por exemplo, a lesão dolosa grave ou homicídio, casos em que nada menos que o cárcere “expressaria a necessária condenação da conduta.”⁴⁴⁶

Com base nessas concepções, propunha-se o estabelecimento de uma pena presumível para cada crime, de acordo com a sua gravidade característica, autorizando-se o juiz, entretanto, a afastar-se dessa pena presumível caso fossem identificadas circunstâncias agravantes ou atenuantes.

4.4.3.2 Retributivismo limitado ou negativo

Na versão negativa, também adotou-se o merecimento proporcional à gravidade do crime como parâmetro, mas apenas quanto aos limites mínimo e máximo da escala penal.

Assim, os princípios da parcimônia e do merecimento deveriam ser utilizados como parâmetro para a fixação desses limites, afastando-se a previsão de futura criminalidade como fator determinante do encarceramento.

O uso da prisão seria limitado pelo princípio da parcimônia, vigorando presunção em favor do merecimento de uma pena menos severa que o encarceramento, uma vez que, como observado por MORRIS, “qualquer aflição punitiva além da necessidade social é, presumidamente, o que define crueldade.”⁴⁴⁷

O princípio do merecimento impediria a aplicação de qualquer pena além do “merecido” pelo último crime ou séries de crimes pelos quais o criminoso está sendo punido, sendo inadmissível a utilização do “inocente como um veículo para a prevenção geral.

Segundo MORRIS, a pena que excede o

sentimento da comunidade como o máximo de sofrimento justamente relacionado com a lesão causada pelo criminoso consiste, na medida

⁴⁴⁶ von HIRSCH, Andrew. Op. cit., nota 353, p. 93.

⁴⁴⁷ MORRIS, Norval. Towards Principled Sentencing. Maryland Law Review, Volume 37, Issue w, Article 4, 1974. Disponível em <<<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss2/4>>>. Acesso em 28/11/2017.

desse excesso, na punição de uma inocente, independente da sua utilidade para uma variedade de propósitos.⁴⁴⁸

O autor reconheceu, entretanto, a que o conceito de merecimento não seria quantificável, de forma que não se presta como parâmetro para a fixação de penas presumíveis para cada um dos crimes de acordo com a lesão provocada.⁴⁴⁹

A posição adotada por MORRIS diverge do pensamento de HIRSCH, nesse ponto, na medida em que mantém a margem de discricionariedade do juiz na fixação da pena, possibilitando a flexibilidade necessária à individualização da pena, embora dentro dos limites estabelecidos conforme os critérios de justiça, ou seja, parcimônia e mérito.⁴⁵⁰

Os sistemas de pena determinada seriam incapazes, segundo MORRIS, de incluir as “sutilezas da relação crime-criminoso” essenciais para a fixação da pena.

⁴⁴⁸ Ibid.

⁴⁴⁹ MORRIS, Norval. Towards Principled Sentencing. *Maryland Law Review*, Volume 37, Issue w, Article 4, 1974. Disponível em <<<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss2/4>>>. Acesso em 28/11/2017; Segundo von HIRSCH, “sugestões de um simples equilíbrio entre a lesão envolvida e a punição merecida recebem amplo suporte, apesar de, como eu devo argumentar, simplificarem o problema e não atingirem a equidade mais abrangente que buscam.” No original em inglês: “Suggestions of a simple balance between encompassed harm and deserved punishment receive widespread support; though they too, as I shall argue, misleadingly simplify the problem and will not achieve the larger equities at which we aim.” von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p. 93 7.

⁴⁵⁰ MORRIS, Norval. The Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy. *Michigan Law Review*, Vol. 72, No. 6, May, 1974. Pp. 1161-1180. Disponível em <<<http://www.jstor.org/stable/1287619>>>. Acesso em 29/11/2017.

A igualdade seria, na visão do autor, mais um valor a ser conjugado com outros, sem prevalência sobre os demais, podendo haver decisões justas nas quais “criminosos similares não são tratados de forma similar.”⁴⁵¹

Não se adotariam, portanto, nessa abordagem, penas fixas ou determinadas pelo poder legislativo, buscando-se, em vez disso, estabelecer um conjunto de princípios que deveriam servir de fundamento para o desenvolvimento de uma “common law” de fixação de pena, com o estabelecimento de padrões e parâmetros em precedentes judiciais e diretrizes de tribunais superiores.

Ambos os modelos de retributivismo adotaram os antecedentes criminais como fator de aumento da punição, seja para justificar a aplicação da pena de prisão, seja para elevar a duração da pena, vez que se considerou que culpabilidade do criminoso é proporcional ao seu histórico criminal.

A punição do criminoso sem antecedentes deveria ser reduzida, de acordo com von HIRSCH, já que a sua culpabilidade seria menor que a do criminoso com antecedentes, o qual teria persistido apesar de ter sido censurado pelo sistema penal.⁴⁵²

4.4.4 Diretrizes, comissões e regimes de determinação da pena

As reformas introduzidas no período entre 1975 e 1986 em muitos estados norteamericanos buscaram imprimir um caráter mais consistente, transparente e

⁴⁵¹ MORRIS, Norval. Towards Principled Sentencing. *Maryland Law Review*, Volume 37, Issue w, Article 4, 1974. Disponível em <<<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss2/4>>>. Acesso em 28/11/2017

⁴⁵² von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. P. 85. O argumento viria a ser modificado por HIRSCH nos trabalhos posteriores. Sobre o tema ver: von HIRSCH, Andrew. *Past or Future Crimes: Deservedness and DAngerousness in the Sentencing of Criminals*. Oxford: The Alden Press, 1986. p. 72.

justo ao processo de fixação de pena, em consonância com a produção teórica da época.

Embora já se identificasse manifestações típicas do movimento de lei e ordem na década de 1970, as mudanças, nesse momento, seriam orientadas por princípios predominantemente retributivos, relegando pouca importância à prevenção geral.

A versão negativa do retributivismo teria prevalecido, segundo FRASE, na primeira etapa de reformas do sistema penal dos EUA, com o estabelecimento de diretrizes de livramento condicional e comissões de fixação de pena.

A primeira etapa da reforma consistiria, segundo TONRY, no estabelecimento de diretrizes de livramento condicional sob o comando da Comissão de Livramento Condicional dos Estados Unidos.

Dirigida por WILKINS e GOTTFREDSON, a Comissão adotou um sistema de diretrizes buscando reduzir disparidades injustificadas no tempo de execução da pena e tornar o sistema mais transparente e previsível.

O modelo foi bem sucedido, de acordo com estudo realizado por BLUMSTEIN, e foi replicado em Minesota, Oregon e Washington.⁴⁵³

4.4.5 Diretrizes voluntárias de determinação da pena

Após a introdução das diretrizes de livramento condicional, a equipe responsável passou a promover a instituição de diretrizes voluntárias de determinação de pena.

Baseadas em pesquisas sobre sentenças pretéritas, os pesquisadores buscaram apenas apontar as penas adotadas em média em relação a determinados criminosos condenados por crimes específicos e com histórico penal semelhantes. Segundo TONRY, o “objetivo modesto era destacar os casos acima da média, reduzindo probabilidade da reprodução desse desvio em casos futuros.”⁴⁵⁴

⁴⁵³ TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016.p.1252-1256.

⁴⁵⁴ TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016.p. 1262.

O modelo buscou preservar a discricionariedade dos juízes, presumindo-se que os próprios magistrados tenderiam a buscar uma adequação com os padrões de sentença locais, deixando de aplicar penas que se destacassem da média regional em casos semelhantes.

A premissa viria a revelar-se equivocada, na medida em que os estudos sobre os primeiros projetos em Vermont e Colorado não demonstraram efeitos no que se refere à redução das disparidades ou aumento de consistência na fixação de pena.

Entretanto, antes das avaliações, o modelo de diretrizes voluntárias foi implantado no nível estadual ou local em todos os estados e, mesmo após a publicação de estudos demonstrando a ineficácia do método, vários estados introduziram o mesmo modelo nos anos 1980 e 1990.

4.4.6 Diretrizes de determinação de pena presumida

No final da década de 1970 e início da década de 1980, vários estados introduziram agências administrativas para o estabelecimento de diretrizes de determinação de pena.

O modelo foi desenvolvido a partir das ideias de FRANKEL, dentre as quais se destaca a instituição de uma agência estatal com poder de regulamentar a matéria de acordo com as teorias da pena, em caráter vinculante, complementando a legislação vigente, com base em estudos e pesquisas próprios, de forma a restringir a margem de discricionariedade dos juízes na fixação da pena em casos individuais.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵FRANKEL, Marcel. Lawlessness in Sentencing. *Cincinnati Law Review*, Volume 41. No. 1, 1972; TONRY, Michael. Introduction: Penal Policies at the Beginning of the Twenty-First Century. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001. p. 31. Segundo REITZ, Marvin Frankel propôs a instituição de órgãos administrativos destinados a produzir padrões uniformes de fixação de pena, exigindo-se que as decisões fossem justificadas, possibilitando eventual recurso e revisão pelos tribunais superiores. A principal preocupação de FRANKEL, consistia na falta de fundamentação das decisões judiciais. REITZ, Kevin. R. The Disassembly and Reassembly of U.S. Sentencing Practices. In TONRY, Michael. FRASE, Richard. *Sentencing and*

O autor sugeriu a instituição de um corpo especializado, com atribuição para prescrever penas ou margens para fixação de penas normalmente aplicáveis, permitindo-se aos juízes desviar dessas presunções nos casos em que se apresentassem especiais circunstâncias agravantes ou atenuantes.

A agência ideal de FRANKEL estaria em condições de elaborar uma moldura padrão para a determinação de penas, sem submeter-se às pressões políticas direcionadas ao legislativo, dispondo de tempo para a acumulação de dados empíricos e conhecimentos teóricos que embasariam a produção das diretrizes.

Além disso, a revisão das penas fixadas em sede recursal acabaria por gerar uma jurisprudência, fornecendo aos juízes um conjunto de presunções a partir das quais as penas viriam a ser fixadas futuramente.⁴⁵⁶

Na concepção de von HIRSCH, as diretrizes de fixação de pena criadas por uma comissão seriam um meio de introduzir política e propósito no que vinha sendo um sistema de fixação de pena sem normatividade e obter uma maior medida de consistência nas penas.⁴⁵⁷

As comissões de determinação de pena surgiram primeiramente em Minnessota, Pensilvânia, Flórida e Washington, substituindo-se, dessa forma, o modelo de penas indeterminadas pelo sistema de diretrizes orientadas de acordo com os princípios do retributivismo ou justo merecimento.⁴⁵⁸

Sanctions in Western Countries (Studies in Crime and Public Policy). New York: Oxford University Press. p. 222.

⁴⁵⁶HIRSCH, Andrew. Federal Sentencing Guidelines: Do They Provide Principled Guidance? *American Criminal Law Review*. Vol. 27:367, 1989.

⁴⁵⁷ Ibid.

⁴⁵⁸ No final da década de 1990, comissões haviam sido instituídas em aproximadamente 20 estados Americanos e no sistema federal. REITZ, Kevin. The Disassembly and Reassembly of U.S. Sentencing Practices. In TONRY, Michael; FRASE, Richard S. (Ed). *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001. p.225; Segundo TONRY, alguns estados como Arizona, Califórnia, Illinois e Indiana, substituíram a pena indeterminada pelo sistema da pena determinada legalmente, no qual códigos

Dentre as comissões implementadas, a de Minnessota teria se aproximado especialmente do modelo do justo merecimento ou, para alguns, retributivismo limitado, utilizando como parâmetros a gravidade do crime e os antecedentes criminais, tanto para estabelecer os casos apropriados para a aplicação da pena de prisão, quanto no que se refere à duração de penas.⁴⁵⁹

Para tanto, elaborou-se uma grade formada por eixos perpendiculares, sendo que os crimes foram ordenados no eixo vertical, conforme a gravidade, e os registros do histórico criminal, no eixo horizontal por ordem de quantidade numérica, de forma que as células formadas pelas intersecções indicariam o valor da pena em meses.

Para determinar os casos de encarceramento, foi traçada uma linha disposicional (“dispositional line”) que estabelecia uma divisão entre duas áreas da grade. Na área superior esquerda da grade, estabeleceu-se presunção de não encarceramento, de forma que o juiz aplicaria a pena no valor fixado na célula, mas a execução seria suspensa, em regra pelo mesmo prazo, como se vê na ilustração abaixo reproduzida:

penais prescreveriam penas específicas para cada um dos crimes. TONRY, Michael. *Sentencing Matters*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 10.

⁴⁵⁹ HIRSCH, Andrew von. Sentencing guidelines and penal aims in Minnesota. *Criminal Justice Ethics*, Vol.13, Issue 1, p. 39-49. Winter/Spring, 1994; FRASE, Richard. Limiting Retributivism. in MORRIS, Tony.(Ed.) *The Future of Imprisonment*. New York: Oxford University Press, 2004. Edição Kindle. p. 1273.

Ilustração 2 - Grade de diretrizes de determinação de pena de Minnesota, 1980

IV. SENTENCING GUIDELINES GRID
Presumptive Sentence Lengths in Months

Italicized numbers within the grid denote the range within which a judge may sentence without the sentence being deemed a departure.

SEVERITY LEVELS OF CONVICTION OFFENSE	CRIMINAL HISTORY SCORE						
	0	1	2	3	4	5	6 or more
<i>Unauthorized Use of Motor Vehicle</i> <i>Possession of Marijuana</i> I	12*	12*	12*	15	18	21	24
<i>Theft Related Crimes (\$150-\$2500)</i> <i>Sale of Marijuana</i> II	12*	12*	14	17	20	23	27 25-29
<i>Theft Crimes (\$150-\$2500)</i> III	12*	13	16	19	22 21-23	27 25-29	32 30-34
<i>Burglary - Felony Intent Receiving Stolen Goods (\$150-\$2500)</i> IV	12*	15	18	21	25 24-26	32 30-34	41 37-45
<i>Simple Robbery</i> V	18	23	27	30 29-31	38 36-40	46 43-49	54 50-58
<i>Assault, 2nd Degree</i> VI	21	26	30	34 33-35	44 42-46	54 50-58	65 60-70
<i>Aggravated Robbery</i> VII	24 23-25	32 30-34	41 38-44	49 45-53	65 60-70	81 75-87	97 90-104
<i>Assault, 1st Degree</i> <i>Criminal Sexual Conduct, 1st Degree</i> VIII	43 41-45	54 50-58	65 60-70	76 71-81	95 89-101	113 106-120	132 124-140
<i>Murder, 3rd Degree</i> IX	97 94-100	119 116-122	127 124-130	149 143-155	176 168-184	205 195-215	230 218-242
<i>Murder, 2nd Degree</i> X	116 111-121	140 133-147	162 153-171	203 192-214	243 231-255	284 270-298	324 309-339

1st Degree Murder is excluded from the guidelines by law and continues to have a mandatory life sentence.

*one year and one day

-38-

Fonte: MINNESOTA SENTENCING GUIDELINES COMMISSION. Disponível em <<https://mn.gov/sentencing-guidelines/assets/1980-Standard%20Grid_tcm30-31016.pdf>> Acesso em 18/04/2018.

A linha disposicional teria sido traçada levando em conta as práticas de fixação de pena da época, as várias teorias da pena, expressões de intenção legislativa e, em menor grau o impacto no sistema.⁴⁶⁰

Quanto à área inferior direita, estabeleceu-se presunção de encarceramento, com fixação da pena em um valor compreendido entre as margens estipuladas nas

⁴⁶⁰ FRASE, Richard. Limiting Retributivism. in MORRIS, Tony. (Ed.) *The Future of Imprisonment*. New York: Oxford University Press, 2004. Edição Kindle. pos. 1273

células, consideravelmente mais estritas que as margens dispostas na legislação, não se admitindo a suspensão da execução da pena.⁴⁶¹

As diretrizes preservariam, porém, a possibilidade de aplicação de fatores atenuantes em alguns casos que tornariam o encarceramento inapropriado, desde que o afastamento da regra fosse justificado pelo magistrado por escrito.

Além disso, a comissão teria adotado uma abordagem retributivista assimétrica, na medida em que os limites mínimos poderiam ser ultrapassados sempre que o apenado apresentasse aptidão para a suspensão da pena (“probation”).⁴⁶²

No que diz respeito à duração da pena de prisão, foi adotado como critério, além da gravidade e incapacitação, o impacto estimado das penas presumíveis sobre o sistema prisional tendo em vista a capacidade de acolhimento.

Os crimes foram organizados no eixo vertical, do menos grave para o mais grave, sendo que, no eixo horizontal, foram fixados os números de anotações criminais anteriores, resultando a conjugação desses fatores no valor inscrito na

⁴⁶¹ A grade respeitaria a presunção de não encarceramento de condenados por crimes patrimoniais com pena máxima menor de cinco anos e a presunção de encarceramento em relação aos condenados por roubo, agressão, estelionato de primeiro grau, crimes sexuais em primeiro grau, sequestro se a vítima não é liberada em lugar seguro ou se resulta lesão, homicídio culposo em primeiro grau e homicídio em segundo e terceiro grau, estabelecida por lei anterior à instituição da Comissão, além de excluir o homicídio em primeiro grau, punido com prisão perpétua. Sobre tema ver: MINESOTTA. Minnesota Sentencing Guidelines Commission. 1980. Report to the Legislature, 1980. Disponível em <<https://mn.gov/sentencing-guidelines/assets/1980%20Report%20to%20the%20Legislature_tcm30-81498.pdf>>. Acesso em 06 de dezembro de 2017. HIRSCH, Andrew von. Sentencing guidelines and penal aims in Minnesota. *Criminal Justice Ethics*, Vol. 13, Issue 1, 39-49. Winter/Spring, 1994.

⁴⁶² HIRSCH, Andrew von. Sentencing guidelines and penal aims in Minnesota. *Criminal Justice Ethics*, Vol. 13:1, p. 39-49. Winter/Spring, 1994.

célula, expresso em meses de pena de prisão, como se vê na figura acima reproduzida.

Assim, a pena presumida para uma condenação seria encontrada na intersecção da coluna definida pelo histórico criminal com a linha definida pela gravidade do crime.

Na hipóteses de um roubo simples, por exemplo, um réu sem anotações anteriores seria condenado à pena de 18 meses, ao passo que um réu com duas anotações seria condenado a 27 meses, sendo que, em ambos os casos, a execução da sentença seria suspensa. Caso o réu tivesse mais de três anotações, porém, a sentença seria executada.

4.4.7 Diretrizes da Comissão de Minnessota e teorias da Pena

No que se refere às teorias da pena, ter-se-ia adotado, de acordo com FRASE, o justo merecimento e prevenção especial negativa (incapacitação), os quais poderiam ser combinados de forma que cada fator seria preponderante dependendo do caso individual tratado.

Ass diretrizes de fixação de pena que entraram em vigor em 1980 constituiriam, segundo esse autor, um exemplo de aplicação bem sucedida do sistema retributivista limitado, tendo-se demonstrado com essa experiência a viabilidade prática do modelo.

A comissão de Minnessota teria adotado expressamente a teoria do justo merecimento limitada, tendo utilizado como parâmetros a gravidade do crime e os antecedentes criminais, tanto ao estabelecer os casos apropriados para a aplicação da pena de prisão, quanto no que se refere à fixação de penas.

Assim como na visão de MORRIS, o merecimento foi o critério utilizado na definição do máximo de pena na grande maioria dos casos, tendo-se estabelecido padrões mínimos de duração de pena mais ou menos flexíveis.

Embora as diretrizes tenham estabelecido limites mínimos de duração da pena em cada célula da grade, esses limites formais seriam contornados com frequência por meio de atenuantes e justificativas de afastamento.⁴⁶³

⁴⁶³ FRASE, Richard. Limiting Retributivism. in MORRIS, Tonry.(Ed.) *The Future of Imprisonment*. New York: Oxford University Press, 2004.p. 1315-1318.

Além disso, aboliu-se a discricionariedade da liberdade condicional, admitindo-se somente a redução por bom comportamento, no limite de um terço da pena, de forma a se manter um mecanismo de garantia da ordem no ambiente carcerário.⁴⁶⁴

A inclusão da capacidade como fator de determinação das penas presumíveis no modelo das diretrizes de Minnesota foi apontada como uma das causas dos efeitos das diretrizes sobre a população carcerária.

A Comissão estabeleceu um limite de ocupação de noventa e cinco por cento da capacidade existente ou planejada e os níveis de encarceramento foram controlados por modelos estatísticos de previsão dos efeitos dos padrões de fixação estabelecidos.⁴⁶⁵

FRASE apontou, entretanto, a incorporação de alguns elementos utilitaristas no modelo retributivista da Comissão, na medida em que adotaria, na fixação do tempo de duração das penas, considerações relativas à prevenção especial negativa (incapacitação), além de permitir aos juízes a aplicação das diretrizes, com as possibilidades de afastamento admitidas pelo modelo, de acordo com as teorias tradicionais da pena.⁴⁶⁶

Posicionando-se diversamente, von HIRSCH observou uma predominância do modelo do justo merecimento nas diretrizes da Comissão de Minnesota, apontando a incompatibilidade entre alguns elementos e o retributivismo limitado, ainda que tenha identificado algumas características desse sistema nas modificações posteriores à primeira versão, introduzidas ao longo da década de 1980.

O autor aponta a estreita margem entre os limites mínimo e máximo fixados pela Comissão, permitindo-se o afastamento desses limites apenas diante de circunstâncias substanciais e vinculantes, como um traço típico do modelo de justo

⁴⁶⁴Ibid. p. 1356.

⁴⁶⁵ TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016. p. 1324-1336.

⁴⁶⁶ FRASE, Richard. *Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System*. New York: Oxford University Press, 2013. p. 127.

mérito, já que a adoção dessa estratégia busca garantir maior consistência na fixação da pena.

Foi observado também por esse autor que as Diretrizes afastaram a possibilidade de aplicação da pena de prisão para crimes menos graves e intermediário, permitindo a jurisprudência o afastamento desse limite em casos excepcionais. Entretanto, a possibilidade de afastamento deveria ser menos restrita de acordo com os princípios do retributivismo limitado

Além disso, a jurisprudência das cortes de Minnessota permitiriam o afastamento dos limites mínimos nos casos de aptidão para a suspensão da pena, somente no que diz respeito à presunção de aplicação da pena de prisão sem suspensão, sendo vedado ultrapassar os limites mínimos no que se refere à duração da pena.⁴⁶⁷

As diretrizes obtiveram os resultados pretendidos. Segundo TONRY, os juízes teriam passado a adequar-se aos padrões propostos ou a justificar-se em caso da opção pelo afastamento.

Constatou-se, também, redução nas disparidades das penas fixadas para casos semelhantes, obtendo-se a formação de uma jurisprudência de revisão nas cortes superiores nos moldes das ideias de MORRIS.⁴⁶⁸

Quanto à população carcerária, embora registre-se elevação ao longo dos anos 1980, manteve-se a ocupação nos limites da capacidade do sistema, embora com a construção de novas prisões.

As comissões da Washington, Oregon e Carolina do Norte teriam tido sucesso semelhante ao da Comissão de Minnessota, tendo TONRY observado que em todo o período de atuação dessas agências o crescimento da população prisional foi mantido abaixo das medias nacional e regionais.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ HIRSCH, Andrew von. Sentencing guidelines and penal aims in Minnesota. *Criminal Justice Ethics*, 13:1, 39-49. Winter/Spring, 1994.

⁴⁶⁸ TONRY, Michael. Sentencing Fragments. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016. Edição Kindle. p. 1327.

⁴⁶⁹ O autor mencionou uma série de estudos que demonstraram a efetividade da adoção de diretrizes presumíveis no controle da população carcerária, especialmente quando a questão da capacidade é incluída no modelo de fixação

Entretanto, ao longo dos anos 1980, as diretrizes de Minnessota foram paulatinamente modificadas, tendo-se aumentado significativamente as escalas penais relativas aos crimes violentos e sexuais, além de se alterar a classificação dos crimes de drogas, os quais passariam a ser considerados como crimes graves.⁴⁷⁰

Essa evolução teria aproximado o sistema das Diretrizes do modelo retributivista limitado, na medida em que a ausência de atribuição de valores determinados para os diversos níveis de lesão provocados pelos crimes, fixando-se apenas limites mínimos e máximos, daria margem às alterações que implementaram penas cada vez mais longas.⁴⁷¹

4.4.8 As Diretrizes de Fixação de Pena Federais e o período “Tough on Crime”

A publicação das Diretrizes de Determinação de Pena Federais, em 1987, teria marcado o termo do período de reformas liberais do sistema penal nos Estados Unidos.

Desse momento em diante, deixariam de predominar as ideias de justiça, consistência e previsibilidade, passando-se a conferir ênfase à severidade e certeza da pena.

O Sentencing Reform Act de 1984 criou a Comissão de Determinação de Penas dos Estados Unidos (“US Sentencing Commission”) como órgão destinado a desenvolver diretrizes para reduzir a disparidade de penas, estabelecer penas não custodiais e desenvolver orientações baseadas no controle do crescimento da população prisional, no nível federal.

O Legislativo incumbiu a Comissão de introduzir diretrizes assegurando o não encarceramento no caso de crimes não violentos praticados por criminosos

de pena. Sobre o tema ver : TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016. Edição Kindle. p. 1338.

⁴⁷⁰ HIRSCH, Andrew von. Sentencing guidelines and penal aims in Minnesota. *Criminal Justice Ethics*, Vol. 13:1, p. 39-49. Winter/Spring, 1994.

⁴⁷¹ Ibid.

primários, e o encarceramento por tempo significativo no caso de crimes graves, praticados com violência, nos moldes da política criminal de bifurcação então adotada na maior parte dos países europeus.

Entretanto, a comissão optou por aplicar apenas uma das vertentes da política criminal recomendada pelo legislativo, tendo produzido diretrizes obrigatórias, estabelecendo penas muito mais severas que as comumente adotadas nas cortes federais, com aumento do uso da pena de prisão e redução do âmbito de aplicação das penas condicionais (“probationary sentences”).⁴⁷²

O formato de trabalho da Comissão teria contribuído, segundo TONRY, para as opções de política criminal adotadas nas diretrizes federais. Em vez de se organizar um único grupo de trabalho, foram instituídos dois times que elaboraram minutas independentes.

A primeira minuta teria se baseado na teoria do justo merecimento, buscando estabelecer uma grade extremamente meticulosa de crimes e penas ,organizados em ordem de gravidade, de acordo com a lesão e a culpabilidade, nos moldes da Comissão de Minnessota, mas de forma ainda mais detalhada e rígida.

Entretanto, na segunda minuta, optou-se por adotar penas orientadas por considerações utilitaristas, predominando as teorias da prevenção geral e especial negativa.

Baseando-se em estudos sobre prevenção negativa e incapacitação, a equipe teria privilegiado a fixação de penas conforme o efeito dissuasivo ideal ou a relação custo benefício do efeito de incapacitação.⁴⁷³

Resultaram desse processo diretrizes desvinculadas de qualquer opção por uma das teorias da pena, desprovidas de princípios orientadores ou fundamentos teóricos.⁴⁷⁴

⁴⁷² TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016. Edição Kindle. p. 1370-1377.

⁴⁷³ TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. PEnal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016. P. 2782.

⁴⁷⁴HIRSCH, Andrew. Federal Sentencing Guidelines: Do They Provide Principled Guidance? *American Criminal Law Review*. Vol. 27, Issue 2, p.367-390, 1989.

As Diretrizes seriam, nas palavras de von HIRSCH, “vazia de princípios mestres”, sendo que suas disposições seriam inadequadas tanto do ponto de vista do justo merecimento quanto na perspectiva utilitarista.

TONRY observou, porém, que a teoria do justo merecimento teria contribuído para a adoção de regras mais severas nas diretrizes federais, embora a maioria dos seus defensores tenha se preocupado em elaborar princípios limitadores de severidade.

A interação da grade de dois eixos com os princípios de justo merecimento teria produzido, segundo esse autor, a resultados injustos e penas desnecessariamente severas, na medida em que estabeleceu uma tendência de se descartar qualquer consideração relativa a “diferenças eticamente relevante entre criminosos, como “sua história passada e os efeitos da pena sobre eles próprios e suas famílias” e, por consequência, de tratar da mesma forma casos inteiramente distintos.⁴⁷⁵

Divergindo da tendência predominante nas diretrizes estaduais, as federais procuraram estabelecer penas mais severas, priorizando a pena de prisão até mesmo para infrações menos graves, reduzindo o âmbito de aplicação da suspensão da pena.⁴⁷⁶

Com a adoção das diretrizes federais, considera-se encerrada a fase de reformas liberais. O movimento no sentido de uma maior determinação na fixação de penas persistiria, porém passariam a prevalecer a partir desse ponto as ideias mais associadas às críticas conservadoras, as quais buscavam penas mais severas, com ênfase na prevenção negativa, de caráter geral e especial (incapacitação), embora o retributivismo ainda predominasse no nível teórico (incapacitação).⁴⁷⁷

⁴⁷⁵TONRY, Michael. Op. Cit., nota 382, p. 13

⁴⁷⁶HIRSCH, Andrew. Op. cit., nota 383, p. 1989.

⁴⁷⁷ TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.: The National Academies Press, 2014. TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016. p. 1412.

Os criminologistas teriam fornecido aos “empreendedores políticos”, segundo TRAVIS, uma “carta branca preenchida por uma cura acessível para o problema do crime: aumento de custos da atividade criminal.”⁴⁷⁸

Nesse período de maior severidade, a maior parte dos estados teria adotado em alguma medida penas mínimas obrigatórias, leis de “truth-in-sentencing”,⁴⁷⁹ leis de predadores sexuais, penas mais severas para criminosos de carreira, leis de “three-strikes and you’re out”,⁴⁸⁰ e penas de prisão perpétua sem possibilidade de livramento condicional, nos moldes da legislação federal.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ PRATT, Travis. *Addicted to Incarcerations: Corrections Policy and the Politics of Misinformation in the United States*. Los Angeles: Sage, 2009.p. 23.

⁴⁷⁹ A ideia de “Truth in sentencing” (pena verdadeira) também conhecida como “honesty in sentencing” (pena honesta), consiste em um neologismo que alude às leis de “truth in lending” da década de 1970, as quais exigiam que os empréstimos ao consumidor tivessem regras claras quanto à cobrança de juros e termos de financiamento. No âmbito do sistema penal, o termo denota uma presunção de desonestidade em institutos como liberdade condicional, indulto, entre outros mecanismos que resultam em redução do tempo de execução da pena privativa de liberdade. TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.: The National Academies Press, 2014; *Sentencing in America, 1975-2025*. University of Chicago, 2013. De acordo com CAVADINO et al, “truth in sentencing” significa que o juiz deve denotar a exata medida de tempo que o apenado passa na prisão, ou seja, não deveria existir possibilidade de saída antecipada. CAVADINO et al. *Penal System: an Introduction*. London: Sage, 2013. p.340. TONRY optou por destacar apenas estados que adotaram leis de “truth in sentencing” e se qualificaram, com isso, para receber os fundos para construção de unidades prisionais de acordo com o Violent Crime Control and Law Enforcement Act de 1994, no total de vinte e oito estados. TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016. Edição Kindle p.1470.

⁴⁸⁰ Com a expressão “Three strikes and you’re out” (três golpes e você está fora), designa-se a previsão de aumento de pena para criminosos reincidentes (sendo

que o número de anotações antecedentes varia de estado para estado), em nível superior ao usualmente estabelecido para reincidentes, para determinados tipos de crimes, introduzida em diversos estados norteamericanos, predominantemente na década de 1990. Califórnia e Washington foram os primeiros estados a implementar esse tipo de dispositivo, sendo o modelo reproduzido em mais de 20 estados posteriormente. Os crimes abrangidos pelos dispositivos variam de estado para estado, sendo os mais comuns o homicídio, o estupro, e o roubo de automóveis. O número de crimes praticados para fins de aplicação das normas também é variável, assim como as penas impostas para o caso de ser atingido esse número, observando-se que, em 12 estados, foi prevista a pena de prisão perpétua sem possibilidade de livramento condicional. Ver sobre o tema CLARK, John et al. *Three Strikes and You're Out: A Review of State Legislation* in. US Department of Justice. Office of Justice Programs. National Institute of Justice. *Research in Brief*. September 1997. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles/165369.pdf>>. Acesso em 11/04/2018. Como observou TONRY, as leis de “three strikes” de vários estados contribuiriam de forma determinante para o crescimento das taxas de encarceramento até 2007, embora os índices criminais tenham declinado no mesmo período, vez que determinavam um mínimo de 25 anos obrigatório para o terceiro crime, exigindo o cumprimento de oitenta e cinco por cento da pena para liberação condicional. TONRY, Michael. *Sentencing Fragments*. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016

⁴⁸¹ TONRY destaca nesse contexto o Anti-Drug Abuse Act de 1986, que criou um novo conjunto de penas mínimas obrigatórias para crimes de drogas e violentos, inclusive a lei de 100 para 1 que determinava que a pena para os crimes relacionados ao crack fossem aquelas estabelecidas para quantidades 100 vezes maiores de cocaína, o Omnibus Anti Drug Abuse Act de 1988, o qual estabelecia um conjunto mais abrangente de penas mínimas obrigatórias e o Violent Crime Control and Law Enforcement Act de 1994, que autorizava financiamento de unidades prisionais, garantindo verbas para aqueles estados que introduzissem leis de “truth-in-sentencing”, passando a exigir o cumprimento de pelo menos oitenta e cinco por cento da pena. TONRY, Michael. *Sentencing*

Nesse contexto, o aumento no tempo de duração das penas e da frequência da utilização da pena de prisão para crimes de drogas, conduziram ao aumento acentuado e rápido da taxa de encarceramento, que atingiu 615 por cem mil habitantes em 1996.⁴⁸²

4.4.9 Taxas de encarceramento e Teorias da pena: conclusões parciais

A análise da seção antecedente foi elaborada sem nenhuma pretensão de aprofundamento ou esgotamento, buscando-se tão somente uma abordagem conjunta de casos tratados na literatura, de forma a permitir uma comparação, embora superficial e imprecisa, entre os diversos fenômenos abordados.

Apesar do caráter aproximativo e parcial da abordagem, essa breve comparação entre os casos expostos permite que se identifique uma relação entre o aumento ou redução das taxas de encarceramento e as diferentes teorias da pena predominantes nos períodos correspondentes.

Nessa perspectiva, os autores observaram, nos casos apontados, a contribuição do discurso produzido nos níveis doutrinário e jurisprudencial para a formação de uma tendência de maior ou menor utilização da pena de prisão, seja no que se refere à frequência ou à duração da pena fixada, nas decisões tomadas nos diversos níveis do sistema penal.

Pode-se apontar, como traço em comum entre os casos trazidos ao texto, a associação das variações das taxas de encarceramento como declínio da ideologia de tratamento, substituindo-se a finalidade preventiva especial pelas ideias de justo merecimento e prevenção geral, a partir da década de 1960.

Assim, ao descrever-se o fenômeno de redução da taxa de encarceramento finlandesa, indicou-se a prevenção geral integradora como base fundamental das reformas penais que teriam influenciado os níveis de encarceramento, provocando a acentuada redução observada ao longo da segunda metade do século XX.

Fragments. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016.

⁴⁸² TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York, Oxford University Press, 2016. Edição Kindle p. 1409

Diversamente, no caso da Holanda, uma significativa reversão na tendência ascendente da população carcerária foi associada à adoção das ideias de tratamento, embora com observância das limitações ao princípio da culpabilidade e respeito aos postulados fundamentais da Escola Clássica.

Também a substituição do modelo de penas indeterminadas nos Estados Unidos pelo sistema das diretrizes de determinação de pena, nos moldes da concepção neoretribucionista do justo merecimento, foi apontada como fator determinante na redução das taxas de encarceramento nos estados onde foram implementadas as comissões de determinação de pena.

Além disso, a posterior introdução, no modelo de diretrizes, de considerações preventivas gerais negativas, teria contribuído, na esfera federal, para um aumento do tempo de duração das penas, contribuindo para a elevação acentuada da taxa de encarceramento em diversos estados norte-americanos nas décadas de 1980 e 1990.

Foi apontada, por outro lado, a influência das teorias do justo merecimento sobre a implementação de leis fixando mínimos de pena obrigatórios, leis de “truth in sentencing” e de “three strikes and you’re out”, as quais teriam contribuído fortemente para o crescimento da taxa de encarceramento nos Estados Unidos.

Pode-se identificar, nos casos destacados, que a influência dos modelos teóricos das teorias da pena sobre as taxas de encarceramento teria sido exercida por meio de normas que fixam limites à utilização da pena de prisão como consequência jurídica do delito e que regulam a determinação da medida da pena privativa de liberdade.

A análise dos casos abordados acima fornece sustentação à concepção que associa as variações nas taxas de encarceramento aos movimentos políticos criminais e teorias da pena a eles subjacentes.

Pode-se, observar, além disso, com base nos estudos analisados, que a influência das teorias sobre as taxas de encarceramento da pena foi exercida por meio de alterações no âmbito das decisões relativas à determinação da pena, concretizadas em reformas legislativas, mudanças nas atuações de juízes e promotores e decisões no âmbito da execução da pena, entre outros fatores internos ao sistema penal.

As normas e práticas de determinação de pena constituiriam, portanto, o mecanismo de influência das teorias da pena sobre os movimentos de política

criminal, implementados por meio das decisões produzidas nos diversos níveis do sistema penal.

Partindo-se desse pressuposto, passa-se a investigar a relação entre as teorias da pena e as normas de determinação da medida da pena, de forma a se identificar a contribuição das normas de determinação de pena para a variação das taxas de encarceramento.

5 TEORIAS DA PENA E TEORIAS DE DETERMINAÇÃO DA PENA

5.1 Teorias absolutas, relativas e unificadas: uma breve incursão

As teorias da pena constituem o fundamento a partir do qual foram desenvolvidos os modelos tradicionais de determinação de pena, de forma que uma breve análise das principais concepções afigura-se imprescindível para o desenvolvimento do tema proposto neste trabalho.

Não se pretende apresentar aqui uma exposição minuciosa e aprofundada sobre as teorias da pena ou esgotar as controvérsias sobre o tema, mas apenas trazer ao texto as concepções e ideias fundamentais a respeito do assunto, estabelecendo definições e conceitos necessários ao tratamento da investigação pretendida.

O tema será organizado a partir da divisão clássica entre as concepções absolutas ou retributivas, relativas ou preventivas e mistas, à semelhança do sistema adotado predominantemente nos trabalhos que abordaram a questão.⁴⁸³

⁴⁸³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 8; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro-I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 114-128. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 97-117; SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p.459-494. CAVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57-164; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.511-523. A opção pela sistematização dicotômica das teorias da pena é questionada por HÖRNLE, criticando-se principalmente a expressão absoluta, razão da imprecisão do atributo. Seriam absolutas, assim, todas as teorias não fundamentadas em considerações preventivas, o que incluiria, indevidamente, as chamadas teorias expressivas da pena. HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.p. 3. Em

vez disso, optou a autora por dividir em seis categorias as teorias da pena, propondo a seguinte classificação: 1. Modelos consequencialistas orientados por prevenção; 2. Contribuições filosóficas do idealismo alemão (teorias “absolutas”); 3. Teorias Unificadoras com fundamento na prevenção geral de ameaça; 4. Prevenção geral positiva; 5. Teorias expressivas orientadas para a norma; 6. Teorias expressivas orientadas para as pessoas. HÖRNLE, Tatjana. *Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche Deutsche Diskussion*. In von HIRSCH, Andreas et al. *Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht*. Baden Baden: Nomos, 2011. p. 11-12. A doutrina faz referência, ainda, às teorias agnósticas, minimalistas e expressivas. As teorias agnósticas ou negativas refutariam, segundo ROIG, as funções positivas da pena, em razão de sua função legitimante do estado de polícia, além da sua ausência de fundamentação empírica e tendência ao acobertamento do real propósito do exercício do poder punitivo. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kindle. p.32. Sobre o tema ver também ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro-I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 108. MARTINELLI, João Paulo Orsini e BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição Kindle. p. 16328. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 145-159. As teorias minimalistas seriam aquelas que propõem a restrição da intervenção penal aos conflitos mais graves da sociedade. Sobre o tema ver FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.308-312. As teorias expressivas da pena seriam aquelas nas quais a pena funciona como uma forma de se transmitir a censura em relação ao injusto praticado, pressupondo-se uma exigência de reação de desaprovação em face do autor do fato, como interesse legítimo das pessoas (teorias expressivas orientadas para as pessoas) ou, em outra abordagem, aquelas nas quais a função da pena é o reforço dos valores morais e normas de convivência. (teorias expressivas orientadas para as normas). Para uma exposição mais detalhada sobre o tema ver HÖRNLE, Tatjana. *Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.p. 29-33. Não obstante a inegável importância dessas concepções e dos modelos propostos por seus defensores, não foram identificados, na literatura, estudos que tenham associado

Assim, será elaborada uma breve apresentação das teorias absolutas e relativas (baseadas na ideia de retribuição e prevenção, respectivamente), abordando-se os principais aspectos de algumas variações dos modelos tradicionais (neorretribucionismo e prevenção integradora), de forma a se proporcionar uma melhor compreensão das normas de determinação da medida da pena.

5.2 Teorias absolutas ou retributivas

A origem da pena poderia ser apontada, segundo JESCHECK, “na escuridão de um tempo primordial dominado por ideias mágicas...”e, embora se registre a utilização da pena desde o começo da cultura humana, sua justificação permanece um tema controvertido.⁴⁸⁴

O debate secular deu origem aos discursos conhecidos como teorias da pena ou teoria dos fins da pena, tendo-se desenvolvido diferentes ideias, que variam conforme as concepções políticas fundamentais a elas subjacentes, buscando responder à pergunta “Por que punir?”⁴⁸⁵

variações nas taxas de encarceramento à adoção, nos movimentos político-criminais, de alguma dessas teorias, como ocorreu no caso das teorias retributivas, preventivas, unificadoras e da proporcionalidade ao fato, razão pela qual, as mesmas foram excluídas da análise proposta.

⁴⁸⁴No original em alemão: “Der Ursprung der Strafe liegt im Dunkel einer von magischen Vortellungen beherrscheten Frühzeit”. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 63;

⁴⁸⁵Ao abordar as teorias da pena, JESCHECK optou por tratar distintamente de aspectos relacionados às origens, justificação, essência e finalidade da pena. A pena seria, na visão do autor, justificada pela exigência básica de manutenção da ordem para a convivência das pessoas em comunidade, além da demanda da coletividade por justiça (justificação social-psicológica) e da necessidade de possibilitar a exculpação por parte do autor do fato (justificação ético-individual). A essência da pena, por sua vez, consistiria em uma manifestação pública de

De acordo com as teorias retributivas, a pena se volta para o passado, para o ato cometido e pretenderia alcançar um equilíbrio em relação à violação do direito, por meio da imposição do mal a ela inerente.

A pena constituiria, nessa perspectiva, uma exigência metafísica de justiça, fundada na necessidade de se compensar o mal com o mal, independentemente de qualquer consideração teleológica.

A retribuição— ao contrário da prevenção, que se apoia na periculosidade, ou, em sentido mais amplo, na disposição de cada pessoa para o cometimento de crimes — teria como ponto de referência a culpabilidade.⁴⁸⁶

reprovação, sempre acompanhada da imposição de um mal. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 63-65. Entretanto, RODRIGUES observou que, embora as teorias sejam designadas como teorias do fim da pena, o problema tratado seria, na verdade, de justificação. As teorias absolutas buscariam justificar a pena por meio de concepções afinadas com ideias metafísicas de justiça, retribuição e compensação do mal, enquanto que as teorias relativas justificariam a pena com base na sua finalidade preventiva geral ou especial. Dessa forma, a ideia de finalidade constituiria apenas uma das formas de justificação da pena, característica das teorias relativas, sendo inexato referir-se às teorias absolutas como teorias de fim da pena. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 153. O termo, predominantemente utilizado na literatura para fazer referência às teorias de justificação da pena, recebe tratamento diverso por CARVALHO, tendo o autor dividido o conceito em teoria da pena em sentido amplo (ou penologia), para nomear todo estudo da teoria da lei penal, abrangendo a teoria da lei penal, teoria do delito e teoria da pena e teoria da pena em sentido estrito, para tratar das teorias de justificação da pena. CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

⁴⁸⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 66.

A justificação da pena esgotar-se-ia, nesse contexto, na justa retribuição, desvinculando-se sua fundamentação de eventuais efeitos — prevenção, intimidação ou incapacitação — que poderiam ser obtidos pela sua imposição nos casos individuais.

A adesão à teoria retributiva encontra suporte em diversas ideias fundamentais, podendo-se identificar tanto posições idealistas ou conservadoras, quanto liberais.

Assim, o surgimento das teorias absolutas tem sido frequentemente associado à concepção do Estado como o portador da justiça terrena e personificação da ideia de moralidade, característica de um contexto social anterior ao processo de secularização.

Porém, a teoria desvinculou-se de suas origens históricas, dissociando-se, após o Iluminismo, da célebre Lei de Talião —olho por olho, dente por dente—, e de sentimentos de ódio e de vingança ou vontade de agressão da coletividade, de toda carga emocional, enfim, que se lhe atribuía, passando a receber um tratamento mais liberal, baseado na capacidade de autodeterminação do indivíduo como ser racional e na função delimitação do dever do Estado de proteção da liberdade individual.⁴⁸⁷

Nesse contexto, a ideia de pena como imperativo categórico, de acordo com a teoria retributiva KANTIANA, exerceu especial influência sobre desenvolvimento da dogmática jurídica.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 66. SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 8. CAVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57-164.

⁴⁸⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 66; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 71; SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 8; CAVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58;

Segundo o filósofo, “a lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição, ou ao menos reduza sua quantidade pela vantagem que promete....”

A teoria foi ilustrada pelo célebre exemplo da ilha, narrado por KANT nos seguintes termos:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguínea não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça.⁴⁸⁹

SHECAIRA, Sérgio Salomão Shecaira; JUNIOR, Alceu Corrêa. *Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.

⁴⁸⁹KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 175-176; Algumas contradições internas foram apontadas nas interpretações da teoria Kantiana por RODRIGUES. Observou a autora, citando, por sua vez, NAUCKE, que muito da influência Kantiana revelar-se-ia como fruto da errônea interpretação de sua teoria, deixando-se de levar em conta, equivocadamente, que o filósofo admitia que a pena realizasse um objetivo, embora subsidiário e não intencional, desde que fosse o “resultado da aplicação de uma pena merecida e infligida com base na justiça. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 168. Sobre a ilha de KANT e as críticas indevidas que o exemplo vem recebendo ver GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In GRECO, Luís; MARTINS Antônio. *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 263-279. A associação entre as teorias retributivas e as obras de KANT e HEGEL foi questionada também por HÖRNLE, para quem esse vínculo não seria automático e necessário. Para essa autora, as teorias absolutas teriam relação mais direta com as concepções religiosas. Além disso, observou HÖRNLE que alguns autores seriam classificados como retributivistas apenas em razão das referências a KANT ou HEGEL, como ocorreria, por exemplo, com

Destaca-se, ainda, a contribuição de HEGEL, cuja concepção fundamentava a pena no princípio dialético, segundo o qual a ordem jurídica representaria o desejo da coletividade e a violação da ordem jurídica, o desejo do criminoso, de forma que essa violação deveria ser negada, restabelecendo-se a integridade da ordem jurídica e demonstrando-se a nulidade de sua violação.⁴⁹⁰

Assim, observou HEGEL que

[...]a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade de reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito.”⁴⁹¹

Embora considerada atualmente como uma teoria “cientificamente insustentável”, como foi observado por ROXIN, é inegável que a influência da teoria retributiva perdurou até meados do século XX, especialmente com a retomada de seus princípios fundamentais no movimento neorretributivista do justo merecimento.

Além disso, a influência da ideia de retribuição ainda se faz presente nas legislações, jurisprudência e doutrina, na medida em que contribui com o princípio da culpabilidade como ponto referencial da medida de determinação da pena, como será visto mais adiante neste trabalho.⁴⁹²

JAKOBS, que partiria de uma perspectiva funcional, embora citando HEGEL. Quanto às concepções Kantianas especificamente, deveria ser levado em conta que a maioria dos textos teria concentrado-se no caso da ilha, sem levar em conta sua Teoria do Direito, na qual o filósofo teria incorporado considerações teleológicas. HÖRNLE, Tatjana. *Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche Deutsche Diskussion*. In von HIRSCH, Andreas; et al. *Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden Baden: Nomos, 2011. p. 16-18.

⁴⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 66.

⁴⁹¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 187.

⁴⁹² ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 72. CAVALHO, Salo de.

5.2.1 Teorias neorretributivistas e do justo merecimento

A teoria do justo merecimento surgiu no contexto do declínio da ideologia de tratamento, nos países anglo-saxões, por volta das décadas de 1960 e 1970, tendo como principais defensores ANDREW von HIRSCH, MORRIS e ASHWORTH.⁴⁹³

A teoria foi introduzida inicialmente por ANDREW von HIRSCH, no Relatório do Comitê para o Estudo do Encarceramento, publicado em 1976, sob o Título “Doing Justice: The Choice of Punishments”, vindo a ser desenvolvida mais aprofundadamente posteriormente nas obras subsequentes do próprio autor e dos demais integrantes do movimento.

Já nesse momento inicial, ANDREW von HIRSCH procurou retomar as concepções de KANT e BECCARIA, ao vincular a severidade da punição à gravidade do crime.

”Nós levamos a sério”, disse o autor, “a visão de Kant de que a pessoa deve ser punida porque ela merece. Nós sustentamos, como Kant e Beccaria fizeram, que a severidade da pena deve depender principalmente da seriedade do crime.”⁴⁹⁴

Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

⁴⁹³ von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976; MORRIS, Norval. *The Future of Imprisonment: Studies in Crime and Justice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1974.144p.; von HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, 1995. O modelo de von HIRSCH enquadrar-se-ia na categoria das teorias expressivas da pena, segundo HÖRNLE, mais especificamente como teoria expressiva orientada para as pessoas, na medida em que sua teoria se fundamentaria na necessidade da pena como reação de censura ao injusto. HÖRNLE, Tatjana. *Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche Deutsche Diskussion*. In von HIRSCH, Andreas; et al. *Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden Baden: Nomos, 2011.p.24.

⁴⁹⁴ No original em inglês: “We take seriously Kant’s view that a person should be punished because he deserves it. We argue, as both Kant and Beccaria did, that

Embora adotasse uma posição de oposição às teorias preventivas da pena, von HIRSCH rejeitou expressamente o termo retribuição, evitando evocar a ideia de vingança.

Em vez disso, optou por utilizar merecimento (“desert”), por ser menos emocionalmente carregado.

Nessa perspectiva, a pena seria orientada para o passado, devendo ser aplicada na medida do merecimento, ou seja, de acordo com a seriedade do crime cometido e crimes passados do condenado.

O merecimento justificaria a imposição da pena, não só como forma de privar o autor do fato da vantagem que obteve com a violação das regras, conforme a explicação kantiana, mas, principalmente, para atribuir culpa, isto é, como um juízo de censura, reafirmando os valores morais que foram violados pelo crime.⁴⁹⁵

A seriedade, por sua vez, não se restringiria à conduta em si, devendo-se levar em conta o quanto o autor do fato pode ser considerado culpável pelo ato e suas consequências.

Além disso, se o condenado possui anotações criminais pretéritas ao tempo da condenação, o número e a gravidade dessas anotações deveriam ser levadas em conta na avaliação da seriedade do crime.⁴⁹⁶

Nas palavras de ANDREW von HIRSCH

A pena não é, portanto, somente um meio de prevenção do crime, mas uma resposta merecida ao ato do ator, “equilibrando a balança” no sentido kantiano e expressando a reprovação moral do ator pelo seu erro. Em outras palavras: enquanto a dissuasão justifica a utilidade social da pena,

severity of punishment should depend chiefly on the seriousness of the crime.” von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p. 6.

⁴⁹⁵ von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976.p. 49.

⁴⁹⁶ Ibid. p. 69.

merecimento é necessário para explicar porque aquela utilidade pode ser justamente buscada às custas do criminoso.⁴⁹⁷

Nota-se, nesse ponto, que as finalidades preventivas da pena não foram inteiramente descartadas do modelo proposto por ANDREW von HIRSCH. Considerações relativas à prevenção deveriam ser levadas em conta, já que se justificam pela utilidade social da aplicação da pena. Porém, somente merecimento asseguraria a justa persecução daquela utilidade social buscada com a pena.

Assim, a pena não poderia ser justificada única e exclusivamente com base nos seus efeitos preventivos, sob pena de se conferir primazia aos interesses coletivos sobre os direitos fundamentais do indivíduo.⁴⁹⁸

Não obstante, prevenção e merecimento seriam conceitos interdependentes, sendo que ambos contribuiriam para a justificação da imposição da pena e critérios de alocação, desde que garantida a preeminência do merecimento.

Considerações preventivas deveriam fornecer, segundo von HIRSCH, uma razão prudencial para não praticar a conduta criminosa, suplementando a razão normativa transmitida pela norma penal, de forma que a imposição de mera sanção

⁴⁹⁷ Em inglês no original: “The penalty is thus not just a means of crime prevention but a merited response to the actors deed, “rectifying the balance” in the kantian sense and expressing moral reprobation of the actor for the wrong. In other words: while deterrence accounts for why punishment is socially useful, desert is necessary to explain why that utility may justly be pursued at the offender’s expense.” Von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p. 51; Note-se que a expressão equilibrando a balança faz referencia à teoria da vantagem injusta, atribuída a KANT. Entretanto, von HIRSCH deixou de defender essa ideia em trabalhos posteriores, tendo optado por uma abordagem com ênfase no caráter de reprovação da pena. von HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, 1995. p.07.

⁴⁹⁸ von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976.p. 55-59.

simbólica seria inviável, exigindo-se o elemento negativo da pena— a imposição do mal — como instrumento de dissuasão.⁴⁹⁹

Nessa perspectiva, prevenção e reprovação atuariam em conjunto como critério orientador da fixação das penas, garantindo-se, porém, a primazia do merecimento.

Assim, o autor desenvolveu o princípio do justo merecimento (“just desert”) ou merecimento comensurado (“commensurate deserts”), segundo o qual a pena deveria ser medida de acordo com a seriedade da conduta.⁵⁰⁰

A premência do elemento de reprovação na medida da pena possibilitaria a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito de sua determinação judicial.

Segundo ANDREW von HIRSCH, a vinculação entre pena e censura demandaria a proporcionalidade entre a pena e o grau de seriedade da conduta, configurando-se, assim, critérios de limitação que não existiriam caso fossem consideradas apenas as finalidades preventivas da pena.

O princípio se voltaria, na visão do autor, “retrospectivamente” para a seriedade do crime, a qual “[...]depende tanto da lesão causada ou arriscada pelo ato quanto do grau de culpabilidade.”⁵⁰¹ (tradução nossa)

Nesse contexto, o princípio da culpabilidade deveria ser levado em conta não apenas na fase de adjudicação da culpa, quando da condenação, mas também como critério de fixação da pena, predominando sobre quaisquer considerações

⁴⁹⁹ von HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, 1995. p.12-14.

⁵⁰⁰ von HIRSCH, Andrew. Op. cit., nota 407, p. 66.

⁵⁰¹No original em inglês: The Principle looks retrospectively to the seriousness of the offender’s past crime or crimes. “Seriousness” depends both on the harm done (or risked) by the act and on the degree of the actors culpability.” von HIRSCH, Andrew. Op. cit., nota 407, p. 69.

teleológicas, de forma a assegurar que os criminosos não sejam tratados de forma mais ou menos culpável do que o caráter de suas ofensas.⁵⁰²

Assim, o grau de imposição de privação deveria variar conforme o grau de reprovação a ser transmitida pela pena, ou seja, conforme o grau de gravidade da conduta.

A gravidade da conduta, por sua vez, deveria ser avaliada com base na extensão do dano e do grau de culpabilidade do autor.

A culpabilidade seria aferida, segundo ANDREW von HIRSCH, com base em pistas da lei penal, desenvolvendo-se uma teoria da medida da pena vinculada ao nível do propósito ou da indiferença às consequências do crime, por parte do autor do fato, por exemplo.⁵⁰³

A conjugação da culpabilidade com a ideia de prevenção como um “incentivo prudencial suplementar” traduzir-se-ia em um sistema de penas modestas, de forma que as razões morais expressas através da mensagem normativa predominassem sobre as considerações prudenciais.⁵⁰⁴

Como disse ANDREW von HIRSCH,

o ator não sofreria um dano irreparável aos seus prospectos de vida se ignorasse a ameaça e sofresse a pena. Em uma tal situação, a resposta do ator à mensagem normativa da pena ainda tem alguma relevância prática para a sua decisão. O desencorajamento prudencial suplementar é somente isso, suplementar: ele não se torna tão grande que desloque ou co-opte a mensagem normativa.⁵⁰⁵ (tradução nossa)

⁵⁰² von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976.p. 71.

⁵⁰³ von HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, 1995. p.29.

⁵⁰⁴ Ibid. p.42

⁵⁰⁵ No original em inglês: “The actor would not suffer irretrievable damage to his life prospects were he to ignore the threat and suffer the penalty. In such a situation, the actor’s response to the normative message of the sanction still has some practical relevance to his decisions. The supplementary prudential disincentive is just that, supplementary: it does not loom so large as to co-opt or displace the normative message.von HIRSCH, Andrew. Op. cit., nota 412, p.43.

Em trabalhos posteriores, ANDREW von HIRSCH e ASHWORTH procuraram distinguir a teoria do justo merecimento das abordagens retributivistas tradicionais, apontando a proporcionalidade como referência central do modelo proposto, em oposição às noções taliônicas de olho por olho, dente por dente.⁵⁰⁶

O princípio da proporcionalidade seria decorrência direta da vinculação entre a pena e o caráter de reprovação da pena, tendo em vista que impõe uma relação de equivalência entre a medida da pena e a gravidade do crime.

Além disso, a proporcionalidade forneceria critérios práticos que poderiam orientar a fixação da pena no âmbito judicial, o que não ocorreria, segundo os autores, com as finalidades preventivas da pena.

Na visão de HIRSCH e ASHWORTH, quando se pergunta como uma pena pode ser dimensionada “de acordo com um suposto impacto preventivo geral negativo, a resposta é indeterminada, porque não se sabe o suficiente sobre os efeitos marginais comparativos de dissuasão de diversos níveis de severidade.” O mesmo seria verdadeiro em relação à reabilitação.⁵⁰⁷

Segundo os autores, a censura expressa através da sanção penal de determinada magnitude seria questão de convenção, já que não se pode determinar uma única medida de pena possível para um crime específico.

Como observado por ANDREW von HIRSCH, porém, nem todas as convenções seriam aceitáveis, uma vez que uma escala penal na qual as penas em geral foram tão infladas, que mesmo os crimes menos graves receberiam penas de

⁵⁰⁶ von HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 5.

⁵⁰⁷No original em inglês: “[...] the answer is indeterminate, because not enough is known about the comparative marginal deterrent effects of different levels of sentence severity.” von HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 5.

prisão, poderia violar os direitos daqueles que praticaram crimes leves e seriam punidos severamente.⁵⁰⁸

Na visão desse autor, a previsão de penas de prisão para crimes leves implicaria a transmissão de uma mensagem no sentido de que a liberdade dos autores de crimes leves é de pouca importância.⁵⁰⁹

Entretanto, seria igualmente inadmissível uma escala penal de magnitude tão reduzida que implicasse conceder tratamento leniente para crimes graves — com a imposição de penas de multa para homicídios, por exemplo.

Nesse aspecto, ANDREW von HIRSCH concorda com JAREBORG, ao afirmar que o que impediria uma resposta penal leve para crimes graves são as necessidades preventivas e não o merecimento.

Nas palavras do autor, “a única razão para se preferir uma sanção penal em um sistema de censura formal (ou de uma censura acompanhada de privações simbólicas) é a função preventiva da sanção.”⁵¹⁰ (tradução nossa)

Uma outra concepção, proposta por MORRIS, diverge do justo merecimento de ANDREW von HIRSCH, na medida em que atribui ao fator seriedade o estabelecimento de limites externos dentro dos quais a pena seria decidida com base em considerações teleológicas.

A determinação da medida da pena envolveria, segundo MORRIS, uma complexidade que não poderia ser resolvida apenas com apoio na proporcionalidade entre a lesão e a pena, devendo ser considerados, igualmente, questões relativas ao mérito, prevenção geral, efeitos educativos da pena na comunidade, o respeito pelos direitos fundamentais e restrições ao poder punitivo por razões de clemência, entre outros fatores.

⁵⁰⁸ von HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, 1995. p.18

⁵⁰⁹ *Ibid.* p.37

⁵¹⁰ No original em Inglês: “[...] the only reason for preferring the criminal sanction to a system of formal censure alone (or the censure accompanied by token deprivations) is the sanction’s preventive function.” von HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, 1995. p.38

Assim, o autor propõe um modelo retributivista limitado, na qual ficaria excluída a aplicação de qualquer pena que exceda o merecido pelo autor do fato.⁵¹¹

As teorias neorretributivas tiveram grande influência na segunda metade do século XX, podendo-se identificar seus principais postulados concretizados nas reformas penais da Finlândia e Suécia, assim como nas comissões de determinação de penas de alguns estados norteamericanos, como Minnesota, como já foi mencionado em seção precedente desse trabalho.

5.3 Teorias relativas ou preventivas da pena

As teorias relativas foram introduzidas no discurso jurídico no âmbito da doutrina Iluminista, notadamente pela obra de BECCARIA, e, na perspectiva utilitarista, pela teoria da maior felicidade possível de BENTHAM, embora sejam identificadas referências à ideia de prevenção, nos séculos XVII e XVIII, nas teorias jusnaturalistas.⁵¹²

Em oposição às teorias absolutas, as teorias relativas passaram a considerar a pena, não como um fim em si mesmo ou como a concretização do ideal de justiça na terra, mas como um instrumento de implementação de políticas sociais, notadamente a prevenção de todos os crimes.⁵¹³

⁵¹¹ MORRIS, Norval. Towards Principled Sentencing. Maryland Law Review, Volume 37, Issue w, Article 4, 1974. Disponível em <<<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss2/4>>>. Acesso em 28/11/2017. Segundo von HIRSCH, o retributivismo limitado corresponderia à teoria da margem de liberdade (“Spielraumtheorie”) de origem alemã. von HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, 1995. p.38

⁵¹² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2008. 124 p. BENTHAM, Jeremy. Belo Horizonte: Autêntica, Edição Kindle, 2013. 2973 p.

⁵¹³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 8.

Seriam elas, segundo HÖRNLE, modelos consequencialistas orientados para a prevenção, nos quais todas as decisões — a ameaça prevista na legislação penal, a condenação judicial, a determinação da medida da pena e as modalidades de execução — buscariam reduzir a probabilidade da prática de crimes.⁵¹⁴

Dentre as ideias fundamentais que sustentam as teorias relativas ou preventivas, destacam-se as doutrinas humanitárias do Iluminismo, a concepção determinista do atuar humano e a conseqüente crença na possibilidade de educação de adultos, além da rejeição da determinação da vida social de acordo com considerações metafísicas.⁵¹⁵

5.3.1 Prevenção geral negativa

A vertente negativa da prevenção geral, também denominada modelo de dissuasão, foi desenvolvida inicialmente por FEUERBACH, a partir da teoria do contrato social.

Afastando-se dos modelos utilitaristas de BECCARIA e BENTHAM, FEUERBACH adotou a concepção kantiana segundo a qual o Estado teria a incumbência de garantir a liberdade, configurando-se uma sociedade para a proteção dos direitos dos cidadãos.⁵¹⁶

⁵¹⁴ HÖRNLE, Tatjana. *Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche Deutsche Diskussion*. In von HIRSCH, Andreas; et al. *Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden Baden: Nomos, 2011. p. 13.

⁵¹⁵ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 66.

⁵¹⁶ GRECO, Luis. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. P. 36- 47; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 72-73

Assim, a adesão ao contrato social constituiria, não uma necessidade ou uma utilidade, mais uma obrigação moral, na medida em que o atuar moralmente pressupõe a liberdade do ator, condição inexistente no estado de natureza.

Nessa perspectiva, o Estado desempenharia a função de proporcionar a liberdade necessária, possibilitando o aperfeiçoamento moral, incumbindo ao sistema penal a proteção dos direitos dos cidadãos.

A função de garantidor de direitos do Estado pressuporia, por sua vez, a autorização para o uso legítimo de coerção física ou psicológica.

O mecanismo de atuação da coação psicológica consistiria na previsão legal da pena, como ameaça de um mal a ser imposto ao futuro autor de crimes, de forma a neutralizar o potencial bem-estar oriundo da prática criminosa.

Já a aplicação da pena no caso concreto teria a função de corroborar a ameaça da previsão legal.

A teoria da coação psicológica de FEUERBACH implica a adoção do princípio da legalidade, uma vez que o mecanismo de ameaça de imposição de um mal pressupõe necessariamente a previsão legal da conduta proibida.⁵¹⁷

Destacam-se duas críticas a essa teoria.

Apontou-se, inicialmente, a impossibilidade de se fundamentar a aplicação da pena no caso concreto, em relação ao indivíduo, com o objetivo de produzir um efeito aterrorizante em toda a coletividade.

Nesse sentido, a conhecida oposição de KANT à utilização do direito penal como instrumento de realização de objetivos sociais, na medida em que a aplicação de pena ao indivíduo concreto, para fins de realização de uma finalidade, lesaria a dignidade humana, afigurando-se, portanto, ilegítima.⁵¹⁸

⁵¹⁷ GRECO, Luis. Op. cit., nota 425, p. 36-47; JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op.cit., nota 425, p. 72-73.

⁵¹⁸ Algumas contradições internas foram apontadas nas interpretações da teoria Kantiana por RODRIGUES. Observou a autora, citando, por sua vez, NAUCKE, que muito da influência Kantiana revelar-se-ia como fruto da errônea interpretação de sua teoria, deixando-se de levar em conta, equivocadamente, que o filósofo admite que a pena realize um objetivo, embora subsidiário e não intencional, desde que seja o “resultado da aplicação de uma pena merecida e

Posição semelhante foi sustentada por HEGEL, com fundamento no respeito à pessoa humana. HEGEL repreendeu FEUERBACH por considerar o homem “como um cão, que se ameaça com um pau”, defendendo, em vez disso, uma concepção da pena como a anulação de um mal, consistente no crime como violação de um direito.⁵¹⁹

Outras críticas foram dirigidas às teorias preventivas devido à ausência de critérios de limitação da medida da pena.

Como disse SHECAIRA, a ideia “tende a criar um clima de terror, ou seja, quanto maior a pena, teoricamente, seria mais eficaz a prevenção.”⁵²⁰

Apontou-se, ainda, a impossibilidade de demonstração dos efeitos de dissuasão da ameaça da pena, tendo em vista a inexistência de estudos que estabeleçam conclusivamente uma correlação direta entre a severidade da pena e a redução na prática de crimes.⁵²¹

infligida com base na justiça. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 168.

⁵¹⁹ Observou RODRIGUES, entretanto, que não se deve considerar a teoria hegeliana como retributiva, vez que o filósofo afastou a igualdade entre crime e pena, isto é, a aplicação de pena equivalente ao mal causado, definindo a pena, antes como a violação da liberdade que o delinquente nega. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p.177.

⁵²⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 9; SHECAIRA, Sérgio Salomão Shecaira; JUNIOR, Alceu Corrêa. *Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 72-73; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 72.

⁵²¹ CAVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73. TONRY, Michael. Sentencing in America, 1975-2025. *Minnesota Legal Studies Research Paper*. No. 13-44, June 2013; NAGIN,

5.3.2 Prevenção geral positiva ou de integração

Preserva-se, atualmente, o lugar central da prevenção nas teorias da pena, em consonância com a concepção do Direito Penal como instrumento de tutela de bens jurídicos.

Entretanto, tem prevalecido o aspecto positivo da prevenção, substituindo-se a mera intimidação direta por meio da coação psicológica, pela ideia de manutenção e fortalecimento da ordem jurídica, passando a constituir seu ponto de referência, não mais a previsão legal, mas o momento de sua aplicação.⁵²²

A pena desempenharia, nesse contexto, a função de mecanismo de motivação e influência, não por meio de ameaça, mas de internalização e aceitação da norma.⁵²³

O aspecto positivo da prevenção se desdobra, porém, em uma diversidade de conteúdos, recebendo diferentes abordagens, que variam conforme as ideias fundamentais nas quais se apoiam.

Na visão de ROXIN, o ponto de partida para a elaboração da teoria da prevenção consistiria na função do direito penal de proteção de bens jurídicos e prevenção de crimes.

Nessa perspectiva, a pena funcionaria como um instrumento de prevenção, atuando, porém, não pelo mecanismo de intimidação, mas por meio da manutenção e fortalecimento da confiança na integridade e permanência do ordenamento jurídico.

No que se refere aos objetivos, propõe a teoria da prevenção geral positiva três efeitos, a saber: o efeito social pedagógico de aprendizado; o fortalecimento da

Daniel. *Deterrence in the Twenty-first Century: a Review*. Carnegie Mellon University Research Showcase, 2013. p. 29.

⁵²² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 318;

⁵²³ HÖRNLE, Tatjana. Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche Deutsche Diskussion. In von HIRSCH, Andreas; et al. *Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden Baden: Nomos, 2011. p. 21.

confiança no direito pela atuação da justiça criminal; o apaziguamento gerado na consciência do direito, quando o conflito é resolvido por meio da sanção (prevenção de integração).⁵²⁴

Divergindo, JAKOBS afastou-se da concepção que prefere a proteção dos bens jurídicos como finalidade do direito penal, optando por desenvolver um modelo com fundamento na teoria do direito de HEGEL.

Nesse contexto, o crime seria considerado como um ato comunicativo que afirmaria a não vinculação ao direito, disfrutando seu autor da liberdade do estado de natureza hobbesiano.

A pena, por sua vez, consistiria na contradição que manteria a estrutura da sociedade confirmada, dirigindo-se para o futuro, não para prevenir delitos, mas para manter a vigência da norma.⁵²⁵

O direito estaria em vigor, portanto, na visão de JAKOBS, na medida em que constituísse orientação dominante para a prevenção do delito ou para a reação frente ao injusto.

Assim, o delito constituiria a vulneração do direito, ao passo que a pena seria a salvaguarda de uma realidade jurídica posta em perigo pelo fato criminoso, funcionando como a contradição da negação da vigência da norma por parte do delinquente.

⁵²⁴ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 80-81; Segundo RODRIGUES, a prevenção geral de ROXIN conteria, na verdade, os principais elementos das teorias retributivas, na medida em que aquele autor fez diversas referências à necessária proporcionalidade entre culpa e pena, sustentando que a culpa seria instrumento de prevenção apenas para afastar os ataques ao caráter metafísico das concepções retributivas absolutas. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 336.

⁵²⁵ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Madrid: Civitas, 2006. p. 134.

O elemento de dor presente na imposição da pena seria considerado, a seu turno, não como um fato (como na concepção de KANT e FEUERBACH), mas como um elemento simbólico, verdadeiro apoio cognitivo da norma.

Seria mantido o caráter preventivo, uma vez que a aplicação da pena voltaria-se para o futuro, sem porém buscar-se a intimidação, mas apenas a manutenção da fidelidade à norma, ou seja, a manutenção da norma como esquema de orientação.

Não se excluiria do modelo, segundo o autor, a prevenção negativa, a qual persistiria implícita, ainda que indiretamente, na prevenção positiva, na busca do efeito de fidelidade à norma.⁵²⁶

Dentre as críticas que as teorias preventivas positivas tem recebido, destacam-se as que apontam a ausência de critérios de limitação do poder punitivo, ainda que se utilize como referência da medida da pena o princípio da culpabilidade, já que se pode presumir que a pena seria tanto mais aterrorizante, ou tanto mais eficaz na manutenção da fidelidade à norma, quanto maior a sua severidade.⁵²⁷

5.3.3 Prevenção especial

Embora a prevenção especial tenha sido abordada já na doutrina iluminista do Século XVIII, como o extremo oposto da retribuição, exerceu influência mais significativa no século XIX, por meio da Escola Sociológica de Direito Penal, capitaneada por von LISZT (1851-1919).⁵²⁸

⁵²⁶ Ibid. p. 136-149.

⁵²⁷ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 75; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 80-81.

⁵²⁸ Von LISZT, Franz. *La Teoria dello Scopo nel Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 49.

A prevenção especial dirige-se ao condenado, buscando evitar que volte a delinquir e fornecendo condições para que se adeque às regras básicas da vida em comunidade.

De acordo com ROXIN, a ideia da pena orientada para os fins abrangeria, no sistema de von LISZT, tanto a prevenção geral (manutenção da ordem pública) quanto a prevenção especial, priorizando-se esta última.⁵²⁹

O modelo de von LISZT foi desenvolvido nos moldes do método de pesquisa empírico causal das ciências naturais modernas, tendo como ideia central a utilização da política criminal como parte da política social, numa perspectiva eminentemente positivista.

Partindo da premissa de que o objetivo da consequência jurídico-penal era motivar uma pessoa a adotar um comportamento ou atitude, a forma e duração da pena deveriam ser escolhidos conforme as necessidades da prevenção especial.

Nessa perspectiva, a ideia de retribuição tornou-se incompreensível, afastando-se qualquer necessidade de proporcionalidade entre o fato punível e punição.

O fato punível só deveria ser levado em conta, nessa concepção, como indício do caráter e da disposição do sujeito, vinculando-se medida da pena a esses fatores.

Obteve-se, assim, uma política criminal destinada à transformação do indivíduo, centrada na personalidade como parâmetro de fixação da pena, sem a limitação do princípio de proporcionalidade baseado na retribuição.

Além disso, condicionava-se a duração efetiva da punição ao sucesso da execução penal, a ser avaliado ao longo do tempo de cumprimento da pena, inviabilizando-se, por consequência, qualquer possibilidade de se fixar uma pena determinada de antemão.

Nas manifestações de von LISZT, ficava claro que a flexibilidade na aplicação e execução da pena deveria ser utilizada em favor dos objetivos de política criminal preestabelecidos, abstraindo-se de qualquer questão relativa às violações de direitos fundamentais do sujeito. Dessa forma

⁵²⁹ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986. p.54-55.

A abolição, ao menos parcial, da fixação da pena pelo juiz é uma das tarefas mais importantes da política criminal de nossos dias. Sua solução teria como resultado uma mudança profunda e benéfica em todas os aspectos do Direito Penal, que promoveria e asseguraria vitória na luta contra o crime.⁵³⁰ (tradução nossa)

O sucesso ou insucesso da execução penal seria medido, por sua vez, pela permanência da vontade individual voltada contra o ordenamento jurídico.

Enquanto não fosse subjugada a vontade de contrariar o direito, deveria estender-se a duração da pena, fosse o caso de homicídio, dano, furto ou vadiagem.

Segundo von LISTZ, a pena consistiria em coerção, podendo atuar de forma indireta, mediata ou psicológica ou de forma direta, imediata e mecânica.

A coerção indireta seria exercida visando a proporcionar um estímulo contra a prática de crimes, de forma a adaptar artificialmente o delinquente à sociedade, por meio da ressocialização— a inculcação de motivação altruística e social — ou por meio de intimidação — inculcação de motivação egoísta.

A coação direta, por sua vez, atuaria de forma violenta por meio do isolamento do condenado, neutralizando-o temporária ou definitivamente.⁵³¹

O desenvolvimento da teoria da prevenção especial verificou-se também em outros países europeus e na América Latina, com o impacto significativo da obra de LOMBROSO (1835-1909) e FERRI (1856-1929), considerado o fundador da escola positiva.⁵³²

⁵³⁰ No original em alemão: “Die Wenigstens teilweise Beseitigung der rechterlichen Strafzumessung, ist demnach eine der wichtigsten Aufgaben, welche die Kriminalpolitik unserer Tag uns stellt.” BAURMANN, Michael. Kriminalpolitik ohne Mass – zum Marburger Programm Franz von Liszts. *Liszt der Vernunft. Kriminal Soziologische Bibliografie*. Vol.11, Heft. 42, p. 54-79, 1984.

⁵³¹ Von LISZT, Franz. *La Teoria dello Scopo nel Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 49.

⁵³² JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 74; LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007. 227 p.; FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: O criminoso e o crime*. Campinas: Russel, 2009. 534p.

As concepções preventivas especiais exerceram significativa influência na doutrina e jurisprudência, em diversos países, além de terem sido incorporadas nas legislações, após a Segunda Grande Guerra.

Embora superado o paradigma da indeterminação de penas, elementos da prevenção especial permaneceram nos ordenamentos de vários países, em maior ou menor medida, exercendo influência determinante sobre as normas de determinação da pena, como será visto mais detalhadamente adiante.⁵³³

Assim como no caso da prevenção geral, a prevenção especial vem recebendo críticas severas pela impossibilidade de se impor limites ao exercício do poder punitivo, tendo em vista o caráter indeterminado das penas, cuja duração dependeria das necessidades do tratamento do condenado.

Além disso, a ausência do parâmetro da culpabilidade na fixação da pena, substituído na prevenção especial pelo paradigma da periculosidade, acabaria por possibilitar a imposição de penas severas aos condenados por delitos leves, como ocorre no caso dos reincidentes, por exemplo.

Criticou-se, ainda, a finalidade de melhora ou ressocialização, na medida em que se questiona o poder de intervenção estatal no que se refere à educação de adultos.⁵³⁴

5.4 Teorias unificadoras ou dialéticas

Do acirrado debate entre as escolas retributivas e preventivas resultaram as chamadas teorias unificadoras ou dialéticas da pena, as quais foram elaboradas de forma a se conjugar equilibradamente as ideias de retribuição e prevenção.

Assim, como observado por JESCHECK, buscou-se resolver a chamada “antinomia dos fins da pena”, reconhecendo-se a predominância de uma ou outra finalidade da pena nos casos individuais e orientando-se a decisão, em qualquer hipótese, pela medida da culpa.

⁵³³ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 75

⁵³⁴ Ibid. p. 76

Nessa perspectiva “[...] prevenção geral e a retribuição justa interligam-se na experiência de que apenas a pena justificada na medida da culpa atua de forma a intimidar e educar no sentido social–pedagógico.”⁵³⁵(tradução nossa)

Tem prevalecido as teorias unificadoras com prevalência da prevenção geral negativa, combinadas com outras abordagens, aplicando-se a prevenção especial predominantemente na fase de execução da pena, com ênfase para a ideia de ressocialização.

Qualquer das modalidades da teoria unificadora que se sustente nas exigências preventivas, com aplicação da medida do injusto e da culpa como critério de aplicação de pena no caso concreto, levando em conta considerações de prevenção especial estaria,segundo HÖRNLE, isenta de “contradições fundamentais”.⁵³⁶

As teorias unificadoras tem sido criticadas pela ausência de definição quanto à preeminência de cada uma das finalidades da pena no âmbito da aplicação da sanção no caso individual.

Como a legislação não estabelece parâmetros para a decisão de enfatizar uma ou outra finalidade da pena, a questão da fundamentação da sanção no caso concreto ficaria em aberto, dando ensejo à desigualdade e indefinição.

Nem mesmo no âmbito teórico foram desenvolvidos parâmetros seguros para decisão de determinação da pena, no que se refere à predominância de uma

⁵³⁵ No original em alemão: “So verbinden sich Generalprävention und gerechte Vergeltung in der Erfahrung, dass nur die durch das Schuldmass gerechtfertigte Strafe abschreckend und im sozial-pädagogischen Sinne erzieherisch wirkt...” JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 76.

⁵³⁶ HÖRNLE, Tatjana. Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche Deutsche Diskussion. In von HIRSCH, Andreas; et al. *Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden Baden: Nomos, 2011. p. 20.

ou outra finalidade, podendo ser apontadas orientações doutrinárias divergentes em relação a essa questão.⁵³⁷

Assim, algumas concepções adotaram uma orientação consequencialista pela culpa do autor, em conjugação com a chamada teoria da margem de liberdade (“spielraumtheorie”), segundo a qual haveria uma margem estabelecida entre limites inferior e superior da pena, estabelecidos na proporção da medida da culpa, dentro da qual a pena seria fixada com base em considerações preventivas.⁵³⁸

Diverge, nesse aspecto ROXIN, entendendo, com significativa adesão da doutrina e jurisprudência, que, nas novas formulações das teorias unificadoras, a retribuição e prevenção geral ou especial deveriam ser consideradas como mais que finalidades de igual importância.

Partindo-se do pressuposto que nenhuma das finalidades reconhecidas pelas diversas escolas de pensamento foi vedada pela legislação alemã, cada uma das finalidades poderia preponderar sobre as demais, em cada caso individual, como fundamento para a imposição de pena.⁵³⁹

Observou o autor, entretanto, que embora se reconheça a insuficiência de qualquer das finalidades da pena consideradas isoladamente, a unificação das finalidades não poderia ficar restrita a uma mera superposição de concepções, formando uma teoria unificadora aditiva.

Partindo desse pressuposto, ROXIN elaborou uma teoria unificadora dialética, também chamada de teoria unificadora preventiva, na qual as finalidades preventiva geral e especial suplementam-se e limitam-se mutuamente.

⁵³⁷ ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*. Eine vergleichende theoretische un empirische Studie zur Herstellung un Darstellung des Strafmaßes. Berlin: Dunkler & Humblot, 1994. p.31

⁵³⁸ HÖRNLE, Tatjana. Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche Deutsche Diskussion. In von HIRSCH, Andreas; et al. *Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden Baden: Nomos, 2011. p. 20.

⁵³⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 87

A ideia inicial da teoria unificadora preventiva consiste na completa rejeição da finalidade retributiva, restringindo-se a justificação da pena às suas finalidades preventivas, uma vez que as normas penais somente poderiam se justificar como instrumentos de proteção da liberdade individual e das normas sociais.

Nessa perspectiva, conservar-se-ia a prevenção geral, combinada com as componentes de prevenção especial da sentença, mas apenas na fase da aplicação e graduação da pena.

Já na fase da execução, seria buscada a reintegração do delinquente na comunidade.⁵⁴⁰

Não se trataria, porém, de uma divisão estanque de finalidades que se alternariam conforme a fase da aplicação da lei penal.

Mais de uma finalidade poderia justificar a imposição de pena em uma das fases indicadas, segundo ROXIN, caracterizando-se cada uma das etapas pela predominância de uma das finalidades sobre as outras.

O autor reconheceu a possibilidade de conflito entre as prevenções geral e especial na determinação da pena, admitindo que a reintegração do indivíduo poderia demandar a aplicação de uma pena menos severa que aquela exigida pela prevenção geral.

Nesse caso, prevaleceria, segundo o autor, a prevenção especial, tendo em vista que mesmo uma pena suave implicaria um efeito de prevenção geral, ainda que em menor grau, devendo-se observar apenas que seja aplicado o mínimo necessário para fins de dissuasão.⁵⁴¹

A ideia da retribuição ficou inteiramente excluída do modelo unificador dialético de ROXIN, na medida em que o estado moderno secularizado não teria o direito de intervir na liberdade do cidadão por razões filosóficas ou religiosas.

Não obstante a completa rejeição das ideias retributivas, permaneceria na teoria unificadora preventiva o princípio da culpabilidade, elemento fundamental das teorias retributivas, como critério de limitação da pena, em virtude da ausência de mecanismos de limitação inerentes à prevenção.

⁵⁴⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p.32-40.

⁵⁴¹ Ibid. p. 87

Nas palavras do autor, “O princípio da culpabilidade tem uma função independentemente de qualquer retribuição e deve ser mantido no Direito Penal moderno pelo bem da liberdade do cidadão.”⁵⁴²

Mantido o princípio da culpabilidade como limite máximo da pena, desvincular-se-ia a culpa da retribuição, inserindo-a no sistema do duplo binário, como uma condição necessária mas não suficiente para a pena.

E tendo em vista que a culpabilidade, como se deduz da existencia das medidas, não é pressuposto de todas as reações previstas pelo direito penal e muitas destas sanções tem que ser impostas independentemente dela, tal como sucede no atual direito vigente, o único que resta é a sua função limitadora, assim como a sua aceitação em um sistema dualista unicamente é admissível como um postulado que serve para proteger o delinquente.⁵⁴³ (tradução nossa)

Assim, pretendeu o autor superar a alternativa entre um direito penal e um direito de medidas, argumentando que tanto a pena como a medida serviriam para proteger bens jurídicos e reintegrar o delinquente à comunidade, de forma que, no que se refere às finalidades, o sistema de consequências jurídicas do delito seria monista.⁵⁴⁴

⁵⁴² No original em alemão: “Das Schuldprinzip hat also gar unabhängig von jeder vergeltung eine liberale Funktion, und diese sollte um der Freiheit des Bürgers willen auch in einem modernen Strafrecht erhalten bleiben.” ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 92

⁵⁴³ No original em espanhol: “Y puesto que la culpabilidad, como se deduce de la existencia de las medidas, no es presupuesto de todas las reacciones que prevé el Derecho Penal y muchas de estas sanciones se tienen que imponer independientemente de ella, tal como sucede en el actual Derecho vigente, lo único que le queda es su función limitadora, así que su aceptación en un sistema dualista únicamente es admisible como un postulado que sirve para proteger al delincente. “ ROXIN, Claus. Reflexiones Politico-criminales sobre el Principio de Culpabilidad. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal*. Madrid: Reus S.A., 1981. p. 50

⁵⁴⁴ Ibid. p.55.

Menos que uma solução teórica, as teorias unificadoras seriam, segundo ALBRECHT, uma abordagem que procura atender às necessidades práticas da determinação da medida da pena no caso individual, sendo certo que sua ampla difusão e utilização deviria ser atribuída ao fato de que todas as finalidades da pena são contempladas no modelo.⁵⁴⁵

Nessa perspectiva, uma das questões mais controvertidas no âmbito das teorias unificadoras consiste na função limitadora do princípio da culpabilidade, divergindo a doutrina sobre a possibilidade de aumento ou diminuição da pena para além dos limites inferiores ou superiores da moldura penal.⁵⁴⁶

Uma exposição sobre os diversos posicionamentos adotados em sede doutrinária e jurisprudencial será apresentada mais adiante, podendo-se adiantar apenas, nesse estágio, que o ponto nevrálgico de todo o debate concentra-se na possibilidade de fixação da pena em limite inferior àquele estabelecido na medida do mínimo adequado à culpa do autor.

5.5 Teoria agnóstica da pena

O profícuo debate sobre as finalidades da pena e suas implicações teóricas não poderia ser superado, segundo NILO BATISTA, pelo acréscimo de uma teoria punitiva.

Assim, apontou o autor a teoria negativa ou agnóstica da pena como uma construção apta a não produzir as mesmas perplexidades das teorias retributivas e preventiva expostas anteriormente.

Como foi observado por ZAFFARONI, não seria necessária a utilização de nenhuma teoria positiva da pena ou do poder punitivo para se extrair do direito penal elementos orientadores que aprofundem a tradição iluminista da segunda

⁵⁴⁵ ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*. Eine vergleichende theoretische un empirische Studie zur Herstellung un Darstellung des Strafmaßes. Berlin: Dunkler & Humblot, 1994. p. 30.

⁵⁴⁶ ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*. Eine vergleichende theoretische un empirische Studie zur Herstellung un Darstellung des Strafmaßes. Berlin: Dunkler & Humblot, 1994. p.28.

metade do século XVIII e primeiro do XIX, a qual serviu de base para a elaboração da Constituição e o desenvolvimento posterior do direito internacional dos direitos humanos.⁵⁴⁷

Nessa perspectiva, buscou-se obter um conceito de pena sem apelar para as suas funções manifestas ou funções latentes (visto que é possível conhecê-las em sua totalidade), optando-se por conceituar a pena, não em função de sua finalidade, mas como “coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.”

Tratar-se-ia, portanto, de exercício de poder, sem qualquer finalidade reparadora ou restitutiva ou, como bem observou NILO BATISTA, “pena seria o que as agências políticas assim consideram”.⁵⁴⁸

A teoria agnóstica ou negativa da pena teria sido adotada, segundo ROIG, pela Constituição de 1988, apesar da previsão de preceitos criminalizadores, de forma que as normas constitucionais penais teriam como regra e por efeito o estabelecimento de limites ao poder punitivo, “(...) restando constitucionalmente incompatíveis quaisquer aspirações de execução da pena com esteio em finalidades a ela projetadas.”⁵⁴⁹

5.6 O princípio da culpabilidade e o processo de secularização do direito penal

⁵⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 61

⁵⁴⁸ Sobre o tema ver BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Raúl Eugênio, ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.42-43. No mesmo sentido, CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 145-159.

⁵⁴⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria Crítica. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 344. Divergem MACHADO e PIRES, apontando a Constituição de 1988 como promotora de expansão do poder punitivo. Sobre o tema ver MACHADO, Máira Rocha et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito n. 32/2010. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2010. p.34

O debate em torno das teorias da pena, parcialmente resumido na exposição acima, insere-se em um processo de gradual substituição das concepções retributivas pelas teorias utilitárias, centradas na ideia de prevenção.

Trata-se de um movimento de secularização do direito penal, que se iniciou com as doutrinas iluministas do Século XVIII, nas quais foi formulado, de forma inédita, o problema do fundamento do poder punitivo estatal, rompendo-se com os elementos metafísicos e teológicos que fundamentavam o exercício do poder punitivo até então.

O rompimento com o caráter religioso da pena implicaria, por sua vez, a distinção entre crime e pecado, pena e castigo, restringindo-se a intervenção estatal às condutas externas que tivessem condições de produzir danos à sociedade.

O abandono da concepção metafísica teve consequências diretas na teoria da pena, com o “recuar da ideia da retribuição”, “O que significa”, como disse RODRIGUES, “pela negativa — a proibição da intervenção do direito penal ao serviço de finalidades transcendentais e moralistas ou que visam a promover uma qualquer “Weltanschauung” e — pela positiva — que ele seja preordenado à proteção de bens jurídicos.”⁵⁵⁰

O sentido preventivo da punição, por sua vez, passou a ser determinado pela política criminal, respondendo-se ao problema de legitimidade do direito penal com a intencionalidade teleológica, tendo por seu objeto de referência privilegiado a realidade social e a proteção do bem jurídico.

Embora tenha-se reduzido consideravelmente a influência da ideia de retribuição, teriam permanecido, no âmbito do direito penal orientado pelas exigências da prevenção, elementos estreitamente relacionados com as teorias absolutas.

Assim, os modelos centrados nas finalidades preventivas da pena conservaram o princípio da culpabilidade como referencial de limitação e fator legitimante do exercício do poder punitivo.⁵⁵¹

⁵⁵⁰ Ibid. p. 237.

⁵⁵¹ Segundo SOUZA e JAPIASSÚ, a importância do princípio da culpabilidade extrapolaria de sua origem histórica medieval, funcionando, atualmente, não como fator legitimador da aplicação da pena, mas como parâmetro de atribuição da culpa àquele que tenha dado causa ao resultado criminoso. Sobre o tema ver

Ao falar-se em processo de secularização, faz-se referência, portanto, não a um brusco rompimento com as ideias retributivas, mas a uma contínua reconfiguração da relação entre o pensamento da culpa e as teorias da pena.

Nessa perspectiva, SCHÜNEMANN identificou três diferentes níveis de expressão do conceito de culpa, correspondentes aos postulados das respectivas teorias da pena.

O autor apontou o nível mais intenso de expressão do princípio no âmbito das teorias absolutas.

O conceito assumiria posição central nos modelos retributivistas, nos quais a finalidade da pena consistiria em compensar a “culpa do delinquente e, assim, restabelecer a justiça”. A culpa configuraria, nesse contexto, condição necessária e suficiente para a aplicação de pena.⁵⁵²

O conceito teria expressão menos intensa na perspectiva das teorias unificadoras, vinculando-se a determinação da medida da pena ao grau de culpa do autor do fato, embora a aplicação da pena seja orientada também por considerações teleológicas.

A expressão menos intensa do princípio da culpa corresponderia, por sua vez, aos modelos que adotam a prevenção geral ou especial como finalidade da pena e critério de determinação de sua medida, utilizando o conceito de culpa apenas como fundamento da decisão de imposição de pena.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 72.

⁵⁵² No original em alemão: “[...] die durch die Straftat von Täter auf sich beladene Schuld zu vergelten und damit die Gerechtigkeit wiederherzustellen.” SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. in SCHÜNEMANN, Bernd. (Ed.) *Grundfragen des Modernen Strafrechtssystem*. Berlin: De Gruyter, 1984. E-book. p. 157.

Esse terceiro modelo desdobrar-se-ia, segundo SCHÜNEMANN, em duas modalidades, conforme se adote a culpa como limite superior da medida da pena ou se desvincule inteiramente a medida da pena do grau da culpa.⁵⁵³

O rompimento com a ideia de retribuição não teria implicado, portanto, a refutação integral do princípio da culpabilidade, o qual permaneceria, no âmbito das teorias preventivas, como fator de limitação do poder punitivo estatal, embora constituísse expressão das teorias retributivas.⁵⁵⁴

A permanência do princípio seria devida, principalmente, ao seu caráter liberal, o qual contribuiria para a compatibilização da proteção dos bens jurídicos com os interesses individuais.

A legitimidade da intervenção penal ficaria, assim, condicionada à adoção do princípio da culpabilidade como elemento limitador do poder punitivo, desdobrando-se a função de limite da culpa em dois sentidos, quais sejam: a) como referência da circunscrição do âmbito de aplicação da pena aos fatos pelos quais se pode responsabilizar o agente, tanto no nível da tipicidade (“nulla poena sine culpa”), como no nível da culpabilidade em sentido estrito, como pressuposto da punibilidade;⁵⁵⁵b) como fator determinante da medida da pena, ou um “antagonista por excelência da prevenção”.⁵⁵⁶

⁵⁵³SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. in SHÜNEMANN, Bernd. (Ed.). *Grundfragen des Modernen Strafrechtssystem*. Berlin: De Gruyter, 1984. E-book. 157-158.

⁵⁵⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. P.182-183.

⁵⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1 Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵⁵⁶RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., nota 460, p.182-183. SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 62; SHECAIRA, Sérgio Salomão Shecaira; JUNIOR, Alceu Corrêa. *Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

Nessa perspectiva, o princípio da culpabilidade atuarial como categoria lógico-formal, no nível da teoria do delito, afastando-se a possibilidade de imposição de pena em hipóteses de caso fortuito (responsabilidade objetiva), ou nos casos de impossibilidade de se prever o resultado ou de conhecer a ilicitude da conduta e adequá-la ao direito.

Nas palavras de ROXIN,

Se hoje já não punimos crianças jovens sem capacidade de discernimento ou doentes mentais e tendemos, com base em conhecimentos psiquiátricos mais diferenciados, a renunciar à pena também em casos de perturbações puramente psíquicas (tais como os estados de afecto de grande intensidade e as neuroses), é em resultado de uma evolução cujo motor foi o princípio da culpa, aplicado de modo cada vez mais coerente.⁵⁵⁷

Para além de excluir a imposição de pena em casos evidentes de responsabilidade objetiva, o princípio da culpabilidade constituiria critério de referência para determinação da medida da pena, de forma que exerceria influência sobre a decisão do “se” e também do “quanto” da pena.

O rendimento da ideia de culpa como fator limitador da intervenção estatal na esfera individual resultou na sua duradoura estabilização nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, na década de 1960, quando ganhou considerável expressão em decisões do BVerfG e demais órgãos judiciais e foi reconhecido em reformas legislativas, sendo adotado como estrutura lógico-formal no âmbito da teoria do delito.⁵⁵⁸

Entretanto, a permanência da ideia de culpa, não obstante o abandono do paradigma retributivo, deu ensejo a acirradas controvérsias em torno do conteúdo material e fundamentos do conceito.

⁵⁵⁷ ROXIN, Claus. Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol.59, 1983; Embora a responsabilidade objetiva seja comumente associada aos sistemas primitivos de reação ao delito, ZAFFARONI e BATISTA identificaram violação ao princípio da culpabilidade na aplicação, em sede doutrinária e jurisprudência do “versari in re ilícita”, enunciado segundo o qual é autor “aquele que, fazendo alguma coisa não permitida, por puro acidente causa um resultado antijurídico...” ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁵⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Culpa e Personalidade. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Vol. 95, Heft . 1. p. 220-290,1983.

A origem da controvérsia, dever-se-ia, segundo FIGUEIREDO DIAS, à incompatibilidade entre os fundamentos de sustentação da concepção da culpa e as finalidades preventivas da pena.

A chamada crise do direito penal da culpa teria relação, de acordo com esse autor, com as críticas que fundamentaram os ataques às teorias retributivas, direcionadas principalmente à ideia da liberdade de agir.⁵⁵⁹

Os argumentos de oposição à noção de livre arbítrio foram retomados no que se refere à adoção do princípio da culpa, na medida em que as ideias de liberdade de opção do homem e consequente poder individual de atuar de outro modo no momento do fato foram adotadas na jurisprudência em associação ao princípio da culpabilidade, não obstante o rompimento com as concepções retributivas.

O livre arbítrio careceria, porém, de demonstração empírica e refutabilidade ou possibilidade de “reconstituição forense posterior”, inadmitindo-se, portanto, sua utilização como conteúdo do conceito da culpa no Estado de Direito.

Além disso, a própria ideia da compensação da culpa por meio da pena estatal revelar-se-ia desprovida de legitimidade no plano da teoria do Estado, cujo poder advém, não da autoridade divina, mas diretamente do povo, e o povo, segundo ROXIN, não lhe poderia transmitir um direito à retribuição.⁵⁶⁰

Entretanto, o descarte do princípio da culpabilidade implicaria a adoção incondicionada e ilimitada da concepção utilitarista, tendendo-se a adotar medidas de política criminal que atendam às demandas preventivas de forma irrestrita.

Por isso, a cisão entre o princípio da culpa e as concepções retributivas, que pressupunham uma configuração da categoria da culpa como conceito normativo relacionado ao livre arbítrio, ensejou a reelaboração do conceito para adequá-lo às exigências da prevenção.

O novo problema seria, a partir de então, “o da localização da culpa num direito penal pensado preventivamente.” E é nesse ponto que, continuando a culpa

⁵⁵⁹ SOUZA, Arthur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 283.

⁵⁶⁰ ROXIN, Claus. Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol.59, 1983.

a ser reconhecida, deverá sê-lo com um sentido de limite e não de fundamento da pena.⁵⁶¹

A função limitadora do princípio da culpa pressuporia, portanto, a reavaliação do conceito, de forma a harmonizá-lo com os postulados de um direito penal preventivo, promovendo-se, a partir dessa constatação, um debate dogmático buscando definir seu conteúdo material.

Além de possibilitar o enquadramento do instituto no âmbito da política criminal orientada preventivamente, a delimitação do conteúdo material da culpa configuraria pressuposto indispensável para sua utilização como fator de determinação da medida da pena.⁵⁶²

5.7 A evolução do conceito formal da culpa e as finalidades da pena

A história do conceito formal de culpa vincula-se estreitamente ao desenvolvimento da teoria do delito, mas pode ser compreendida também à luz das teorias da pena, com especial atenção para o debate que opõe os paradigmas retributivo e preventivo.⁵⁶³

Embora o funcionalismo teleológico tenha vinculado expressamente o princípio da culpabilidade às teorias da pena, delimitando os casos de exclusão da culpabilidade com base em critérios político-criminais, pode-se identificar uma associação mais ou menos estreita entre o instituto e as finalidades da pena também no âmbito das teorias causalistas e finalistas.

Sem a pretensão de analisar o processo histórico de formação do conceito em todos os seus aspectos, meta que teria amplitude incompatível com o objetivo deste texto, buscar-se-á aqui abordar alguns aspectos do processo histórico de

⁵⁶¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p.399.

⁵⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p.399.

⁵⁶³ Ibid. p. 391.

elaboração do conceito de culpa, na perspectiva da evolução das teorias da pena.⁵⁶⁴

5.7.1 Culpa e prevenção no positivismo: conceito psicológico

O surgimento do conceito psicológico de culpa, na segunda metade do Século XIX, estaria relacionado, segundo JESCHECK, com a superação da ideia de livre arbítrio do direito natural, adotando-se, em substituição, uma concepção de culpa orientada faticamente, característica do modelo positivista.⁵⁶⁵

Segundo MAURACH, a concepção da culpa como relação psicológica deve-se à formulação da teoria do tipo de BELING, segundo a qual o tipo deveria abranger a totalidade do acontecer objetivo e derivar todo aspecto subjetivo para o âmbito da culpabilidade.

Esta ordenação, em princípio tão sedutora graças a sua clareza, obrigada certamente a uma adesão férrea ao nexo psicológico na sua face subjetiva e, da mesma forma, a uma manutenção da versão que afirmava também um caráter similar para a culpa inconsciente.⁵⁶⁶ (tradução nossa)

A culpabilidade consistiria, nesse sistema, na relação subjetiva ou psicológica entre o autor e o fato, embora tal relação pudesse ser aferida por meio dos valores concretizados na norma. Como dizia von LISZT

O ato culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável. Da significação sintomática do ato culpável, com relação à natureza peculiar do autor, se deduz o conteúdo material do conceito de culpabilidade; este tem raiz no caráter associal do autor, cognoscível pelo ato cometido (conduta antissocial); isto é, na imperfeição do sentimento de dever social necessário para a vida comum no Estado, e na motivação antissocial,

⁵⁶⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda . Op. cit., nota 468. p. 389.

⁵⁶⁵ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 202.

⁵⁶⁶ No original em espanhol: “Esta ordenación, en principio tan seductora gracias a su claridad, obligaba ciertamente a una adhesión férrea al nexo psicológico en la faz subjetiva y, asimismo, a una mantención de la versión que afirmaba también un carácter similar para la culpa inconsciente” MAURACH Reinhart et ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte general*. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p. 519-520.

provocada por esta causa (e, propor-se a um fim contrário aos fins da comunidade).⁵⁶⁷

Segundo JESCHECK, a adoção dessa perspectiva limitada visava à obtenção de um grau maior de segurança jurídica e previsibilidade, proporcionando ao julgador conceitos sistemáticos e averiguáveis, em consonância com a ideia do Estado de Direito e, na célebre expressão de LISZT, da Magna Carta do delinquente.

Tratava-se de fixar parâmetros estreitos na teoria do delito, de forma a contrabalançar, por meio do formalismo e objetivismo, as exigências do sistema sancionador voltado para a prevenção especial.⁵⁶⁸

Porém, a dualidade do sistema positivista, apresentada inicialmente como uma fórmula que buscava conciliar defesa social e prevenção especial com a proteção do indivíduo por meio do direito penal como limitação jurídica ao poder punitivo, deve ser analisada mais detidamente, notadamente à luz das finalidades da pena.

O positivismo caracterizava-se pela adoção da prevenção em detrimento da ideia de retribuição. A ruptura com a ideia retributiva, porém, não se fundamentava na adoção de princípios éticos ou normativos, como acontecera no pensamento iluminista.

A questão da finalidade da pena em von LISZT inseria-se em um contexto mais amplo, referente àquilo que o autor chamou de problema da penalidade, que abrangeria todos os meios de combate da criminalidade, todas as medidas de defesa social contra o crime, sendo a pena tão somente um desses múltiplos instrumentos.

Além da pena, disporia o Estado, nessa visão, de outros meios preventivos, constituídos pelo sistema de higiene social, educação e normalização das classes

⁵⁶⁷Apud TANGERINO, David. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traduzido da 20ª ed. Alemã por Luis Jimenez de Asua. Madrid: Reus, 1927. t. II, p. 376.

⁵⁶⁸SOUZA, Arthur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 166. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlim: Duncker und Humblot, 1996. p. 202.

pobres e perigosas, todos englobados na política criminal como intervenções estatais destinadas a evitar a passagem ao atocriminoso.⁵⁶⁹

O Iluminismo Penal havia sido marcado pela secularização da legislação, buscando separar pecado e crime de um lado e castigo e pena de outro, excluindo-se do âmbito legal princípios morais e religiosos.

Assim, apenas as ações externas que produzissem um dano à sociedade e aos seus membros seriam consideradas crimes e deveriam sofrer punição jurídica, não como retribuição, mas visando a um bem futuro que se deveria atingir, qual seja, a intimidação e prevenção de crimes ou a emenda do delinquente.⁵⁷⁰

Assim como no pensamento iluminista, o positivismo de von LISZT refutava a finalidade retributiva da pena, adotando, em vez disso, uma visão consequentialista.

Entretanto, a alegação de irracionalidade da expiação fundamenta-se, nesse caso, na incapacidade do direito penal de impedir a criminalidade.⁵⁷¹

⁵⁶⁹DEBUYST, Christian et al. *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine: La Rationalité Pénale et la Naissance de la Criminologie*. Bruxelas: Larcier. 2008. p. 333

⁵⁷⁰RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p.220-221.

⁵⁷¹ O sistema de von LISZT atribuiu à pena o fim de manutenção das condições de vida em sociedade. Daí a retomada do conceito concreto de bem de BIRNBAUM, como objeto de proteção e tutela do direito penal. RODRIGUES, Sávio Guimarães. *Bem Jurídico-Penal Tributário: A legitimidade do sistema punitivo em material fiscal*. Porto Alegre: Nubia Fabris: 2013. p.46-47. Distingue-se seu pensamento, nesse aspecto, das ideias de BELING, para quem o antecedente da escolha do bem como objeto de proteção do direito penal repousava na vontade do Estado. Para von LISZT, os interesses importantes surgiriam de regras da cultura, da experiência do povo, pois “[...] é a vida e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico.” Decorre dessa visão a adoção da subsidiariedade e ofensividade como fundamentos inafastáveis da pena. Não caberia punição, nessa perspectiva, caso houvesse outros meios de proteção ao bem jurídico ou, ainda que não

De acordo com ROXIN, a ideia da pena orientada para os fins abrangeria, no sistema de von LISZT, tanto a prevenção geral (manutenção da ordem pública) quanto a prevenção especial, priorizando-se esta última.⁵⁷²

Haveria, nesse contexto, uma absoluta ausência de relação de proporcionalidade entre a pena e a conduta praticada ou entre a pena e a qualidade do bem jurídico objeto da conduta.

Segundo BAURMANN, a ordem jurídica seria, de acordo com essa visão, uma abstração do conjunto de fatos típicos codificados, atacados na mesma medida pelos homicidas, mendigos, vândalos habituais, de forma que se justificaria,

existissem meios menos severos, caso a pena fosse inidônea para do ponto de vista dos objetivos de política criminal. Por outro lado, a discussão em torno do fundamento da pena., que opõe ideias retributivas à noção de proteção de bens jurídicos, significava, para von Liszt, mais que disputa teórica, consistindo na resposta à questão da delimitação das ações que devem ser declaradas puníveis pelo Estado. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 57-62. Entretanto, Como observou BAURMANN, seria preciso superar a leitura seletiva e preconceituosa do discurso de von LISZT para perceber que, em suas obras, trata-se muito pouco de proteção dos interesses e direitos dos sujeitos submetidos à intervenção penal do Estado, com muito mais ênfase em uma política criminal enérgica e dura. O fato de que von LISZT conferia pouca importância à proteção da liberdade individual e aos direitos fundamentais frente aos interesses coletivos vem sendo encoberto, afirma BAURMANN, pelas frequentes citações de passagens dos textos do Autor, nos quais o Direito Penal é descrito como “intransponível barreira da política criminal” e o Código Penal apontado como “magna charta dos delinquentes”. Tais manifestações, todavia, seriam escassas se comparadas àquelas onde se expõem os objetivos da política criminal, devendo-se reavaliar o real significado dessas formulas tão repetidas no Programa de von LISZT. BAURMANN, Michael. *Kriminalpolitik ohne Mass – zum Marburger Programm Franz von Liszts*. in *Kriminal Soziologische Bibliografie*. Vol.11 Heft 42, 1984.

⁵⁷² ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986. p.54-55.

assim, dotar o Direito Penal de uma severidade máxima, declarando-se a ordem jurídica o bem jurídico mais relevante de todos.

Percebe-se que a ideia do bem jurídico como objeto de tutela do direito penal e a concepção psicológica da culpabilidade (muito embora se deva reconhecer o avanço dogmático na distinção entre injusto e injusto culpável), viriam ambas, nessa perspectiva, ao encontro das exigências da pena orientada pelos fins de política criminal, proporcionando uma ampliação considerável na extensão e intensidade do exercício do poder punitivo.

O conteúdo material da culpabilidade, estreitamente relacionado ao caráter ou motivação antissocial do autorserviria, portanto, como fundamento para a recusa da proporcionalidade como fator de limitação da pena e, além disso, justificou a defesa da prisão perpétua para os chamados criminosos habituais irre recuperáveis.

Assim, von LISZT enumerou três tipos de pena, quais sejam: a correção, a intimidação e a incapacitação por meio da prisão perpétua, esta última reservada àqueles indivíduos inaptos à correção, os incorrigíveis.⁵⁷³

Como observou BAURMANN, ao escrever sobre incorrigíveis ou irre recuperáveis, von LISZT apontou os verdadeiros destinatários de sua teoria.⁵⁷⁴

A luta contra a criminalidade habitual pressupõe a utilização de conhecimentos precisos. Esses nos faltam ainda hoje. Trata-se, porém, somente de um membro, notadamente do mais significativo e perigoso, da cadeia das enfermidades sociais, as quais reunimos sob a expressão genérica de proletariado. Mendigos evagabundos, prostituídos de ambos os gêneros e alcoólatras, picaretas e pessoas do submundo no sentido amplo, degenerados espirituais e físicos, todos constroem o exército dos opositores fundamentais da ordem social, sendo seus comandantes os criminosos habituais.⁵⁷⁵ (tradução nossa)

⁵⁷³ DEBUYST, Christian et al. *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine: La Rationalité Pénale et la Naissance de la Criminologie*. Bruxelas: Larcier, 2008. p. 335.

⁵⁷⁴ BAURMANN, Michael. Kriminalpolitik ohne Mass – zum Marburger Programm Franz von Liszts. *inKriminal Soziologische Bibliografie*. Vol.11 Heft 42, 1984.

⁵⁷⁵ No original em alemão: "Der Kampf gegen das Gewohnheitsverbrechertum setzt genaue Kenntniss desselben voraus. Diese fehlt uns noch heute. Haldelt es sich doch nur um ein Glied, allerdings um das bedeutendste und gefährlichste, in jener Kette von sozialen Krankheitserscheinungen, welche wir unter dem Gesamtnamen des Proletariats zusammenzufassen flegne. Bettler und

À luz desse raciocínio, von LISZT admitiu a punição dos “degenerados psíquicos ou físicos” postos em pé de igualdade com os criminosos habituais, apesar de cometerem injustos não culpáveis, devendo ser submetidos a “prisão perpétua ou de duração indeterminada com campos de trabalho, em colônias penais, com estreita obrigação de trabalhar e com o máximo de aproveitamento possível da força de trabalho, sem excluir como pena disciplinar aquela de açoites.”⁵⁷⁶

A incapacidade de explicar a imprudência inconsciente, vez que ausente qualquer relação psicológica entre autor e resultado, e a insuficiência da estrutura psicológica do conceito para valorar situações de anormal motivação de vontade, hoje definidas como hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso, determinaram o abandono da concepção psicológica de culpabilidade.⁵⁷⁷

5.7.2 Culpa e prevenção no finalismo: conceito normativo

Enquanto o positivismo adotava a ideia do bem jurídico como objeto de tutela do Direito Penal, na concepção de Welzel o Direito Penal destinava-se a amparar os valores fundamentais da comunidade.

Vagabonden, Prostituierte beiderlei Geschelcts und Alkoholisten, Gauner und Halbweltmenschen im weitesten Sinne, geistig un körperlich Degenerierte – sie alle bilden das Heer der grundsätzlichen Gegner der Gesellschaftsordnung, als dessen Generalstab die Gewohnheitsverbrecher erscheinen.” Von LIZST, Franz. Der Zweckgedanke im Strafrecht. Marburger Universitätsprogramm 1882. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Vol. 3, S. 1, 1883.

⁵⁷⁶ TANGERINO, David da Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 62.

⁵⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.p.284; SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.285.

Segundo WELZEL, “o mero amparo de bens jurídicos só tem uma finalidade negativo-preventiva. Em vez disso, papel mais profundo que joga o direito penal é de natureza positivo ético-social.”⁵⁷⁸ (tradução nossa)

A concepção retributiva, porém, seria aplicada, na concepção do autor, apenas aos componentes do grupo que tem uma participação principal na estruturação positiva da vida comum, por meio dos vínculos sociais fundamentais: família e profissão.

A criminalidade desse grupo seria o produto de conflitos e oportunidades que se apresentam como consequência de situações excepcionais ou sedutoras. Para essa parte sã da população, o direito penal fundaria as bases da vida social, elaborando o desvalor da ação proibida e aplicando uma pena retributiva.

Além dessa “gran massa”, entretanto, haveria outro grupo, cuja criminalidade seria constituída de pessoas às quais faltaria a capacidade necessária de conectar-se com normas ético-sociais, chamadas por WELZEL de criminosos de estado, dentre os quais se distinguiriam os criminosos de estado em sentido estrito — o mendigo, o vadio, a prostituta, entre outros — e criminosos de estado em sentido amplo, quais sejam, os toxicômanos e anômalos mentais.⁵⁷⁹

A distinção apontada por WELZEL assemelha-se muito àquela distinção de von LISZT entre delinquentes passíveis de correção e incorrigíveis.

A abordagem de WELZEL divergiu, todavia, do positivismo, na medida em que propôs a aplicação da pena com finalidade retributiva para os criminosos de ocasião, reservando as medidas preventivas para os criminosos de estado.

Enquanto para von LISZT o Direito Penal dispunha apenas da pena como instrumento de prevenção, na visão de WELZEL, o Direito Penal disporia de duas vias, quais sejam: a pena retributiva, baseada na sua função ético-social e vinculada à culpa; medida de segurança, baseada na função de proteção de bens jurídicos, vinculada à periculosidade.

A pena retributiva deveria trabalhar com tipos claros, de contornos definidos, e resultaria na pena fixada na medida da culpa.

⁵⁷⁸ Ibid. p. 3

⁵⁷⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma:1956. p.9.

O segundo deveria operar com conceito apreciativo geral da periculosidade social e implicaria medida de duração indeterminada, de acordo com a periculosidade do autor.

Partindo da premissa de que o utilitarismo das teorias de finalidade da pena separaria o direito penal de sua base ética, WELZEL procurou excluir do âmbito das penas, qualquer consideração de cunho preventivo.

Entretanto, nesse ponto, deve ser observado que Welzel decompôs a questão da função da pena em dois aspectos: pessoal e estatal.

No que se refere ao aspecto pessoal, por sua vez, a pena se apresentaria em um duplo aspecto, um que afeta o sentido da pena e outro que diz respeito à sua força de impressão.

Na estrutura psíquica do homem, Welzel identificou uma camada baixa” compreendendo os impulsos vitais relacionados aos instintos de auto conservação e uma outra camada, chamada “eu mesmo”, que funciona como centro de regulação dos impulsos e os dirige de acordo com seu sentido e valor.⁵⁸⁰

Quanto ao sentido, a pena seria um mal imposto contra o autor de um fato culpável, baseada no postulado da justa retribuição, segundo o qual “un curso justo del mundo, es correcto que el delincuente sufra también conforme a la extensión de sus culpabilidad.”

É nesse sentido que se identifica a justificação e a medida de mal para a pena, ou seja, a pena seria justificada como retribuição, na medida da culpabilidade.

Nessa perspectiva, a pena seria dirigida à vontade do homem, tanto o autor do fato como seus contemporâneos. Segundo WELZEL, a retribuição justa do fato faria ver seu desvalor e afirmaria o juízo ético-social.

Sem prejuízo, a pena deveria ser vivida e sentida como um mal. Nesse contexto, a pena seria dirigida às funções baixas do homem, isto é, seus sentimentos, instintos e aspirações.

Como um mal, a pena afastaria os instintos, inspirações e sentimentos do autor contrários ao direito, por meio da intimidação preventiva especial (ou de seus contemporâneos, por meio da intimidação preventiva geral).

⁵⁸⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma:1956. p. 156.

Além disso, ao obrigar o autor a concentrar-se em si mesmo, trabalhar, levar uma vida ordenada, despertaria e afirmaria os instintos úteis para a comunidade.

Os dois aspectos se interpenetrariam mutuamente na medida em que a justiça da retribuição faria o autor sensível para a impressão que ela causa.

O aspecto estatal, por outro lado, não surgiria da justificação retributiva da pena. O estado não seria obrigado a punir para estabelecer justiça, devendo aplicar penas somente quando necessário para manter a ordem da comunidade.⁵⁸¹

O reverso da visão de WELZEL, seria, segundo TANGERINO, a imagem do sujeito como ser humano responsável, capaz de submeter seus impulsos a uma ordem valorativa externa que se confundiria com o próprio ordenamento jurídico, vinculado não pela coação, mas pelo valor.⁵⁸²

⁵⁸¹ Ibid. p. 233-237. A preponderância da finalidade retributiva não é uniforme em toda doutrina finalista. Para Maurach, por exemplo, o fundamento jurídico da pena é exclusivamente o delito cometido, por representar a expressão da vontade contrária a comunidade. Diz o autor, “Es solo con el juicio de culpabilidad que el derecho penal adquiere la base para dejar el peligroso camino de la profilaxis e le ofrece la tarea de la lucha contra el delito. La pena fundada en la culpabilidad del auto res verdadera reacción.” Por outro lado, admite Maurach que a pena não se esgota na reação, podendo produzir efeitos reflexos ou secundários, como a ressocialização ou a neutralização do delinquente, sendo que tais fins ficam “a la sombra de la compensación la cual prima por sobre todo lo demás.” Assim, o que distingue as teorias preventivas das retributivas seria a preponderância da finalidade preventiva ou retributiva respectivamente. A questão se desdobra em outra, discutindo-se se o essencial é a proteção dos bens jurídicos ou dos valores da ação. Preponderando a proteção dos bens jurídicos, estabelece-se a primazia do desvalor do resultado. Do contrario, prevalecendo a reação penal em razão do decaimento dos valores, prevalece o desvalor da ação (posição adotada por Welzel). Para Maurach, devem ambos os fatores ocupar posições equivalentes na teoria do delito. MAURACH, Reinhart et ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte general*. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. P. 79-105

⁵⁸² TANGERINO, David de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 80-81

Nesse ponto, pode-se identificar uma convergência entre a doutrina da ação finalista e teoria da pena.⁵⁸³

O Direito Penal estaria vinculado à estrutura final da ação, já que suas normas não poderiam proibir ou ordenar meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalmente : as ações ou a omissão.⁵⁸⁴

⁵⁸³ Ibid. p. 83; Segundo WELZEL, embora o ordenamento jurídico determinasse por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e vincular a consequências jurídicas, não poderia modificá-los, vez que são os elementos que constituem a base de toda valoração jurídica possível. O sistema finalista concebido por WELZEL fundamentou-se na ideia de constantes antropológicas, estruturas logico-objetivas preexistentes a toda a configuração jurídica leis estruturais determinadas do ser, “as quais, uma vez estabelecidas, serviriam de fundamento vinculante às ciências do homem e, por isso, também ao direito. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 169; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral- Tomo 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.244; Nessa concepção, as estruturas logico-objetivas resultariam de uma mescla de percepções ontológicas e axiológicas, buscando-se, por um lado, evitar a chamada falácia naturalista, na qual se limitaria a observação da realidade à racionalidade científica avaliativa, e, por outro lado, estabelecer parâmetros que limitassem o normativismo do pensamento penal neokantiano por uma via fenomenológica e ontológica. Observa Schünemann que o erro de von Liszt não foi tomar o ser como o dever ser, mas sim, acreditar que os problemas valorativos já estavam resolvidos pelo Direito Positivo. SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Berlim: Walter de Gruyter & Co, 1984. p. 49.

⁵⁸⁴ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Julio César Faira, 2004.à. 32. Nesse sentido, “(...) considera-se que o conceito de ação sistematiza ou define as demais categorias dogmáticas que lhe servem de predicado. Desse modo, além de determinar a si própria, a ação condiciona o conteúdo da tipicidade, da antijuridicidade e culpabilidade.” SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *A Teoria da Ação na Doutrina de Juarez Tavares: a Construção de um Direito Penal de*

O conceito de ação do sistema finalista, por sua vez, desenvolvido a partir do conceito de ação final, pressupõe a compreensão pelo sujeito do significado das possíveis metas, e, portanto, o ser humano dotado de autodeterminação.

A adoção da concepção de ação finalista implicou a ruptura com o modelo que restringia o tipo ao simples processo causal. Segundo WELZEL, as normas jurídicas não poderiam se destinar a processos causais cegos, mas tão somente a ações que podem configurar finalisticamente o futuro.⁵⁸⁵

A matéria da proibição jurídico-penal, até então concentrada na causação de lesão ao bem jurídico (o desvalor do resultado), passou a consistir na finalidade da ação desvalorada pelo Direito (desvalor da ação), desenvolvendo-se a concepção do injusto pessoal.

Já a finalidade perseguida com a pena seria influir sobre o comportamento humano e não prevenir lesões a bens jurídicos.

Os elementos subjetivos passaram a integrar o tipo de injusto e, por consequência, a culpabilidade restringiu-se à reprovabilidade.⁵⁸⁶

Garantia. In GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (org.) *Direito Penal Como Crítica da Pena*: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 287-289.

⁵⁸⁵Embora mantida a estrutura do delito de LIZST-BELING, a ação passaria a ocupar o centro da teoria do delito, equiparando-se a finalidade da ação típica ao dolo, que passaria a integrar o tipo, ao lado de outros elementos subjetivos do injusto. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.170.

⁵⁸⁶A reorganização do sistema de Direito Penal de acordo com as teorias finalistas teve vastas consequências, entre as quais Schünemann destaca a decisão de 1952 do Pleno BGH (BGH, 2, 194) que recusou a teoria do dolo segundo a qual o conhecimento da antijuridicidade era uma parte do dolo, o que estaria excluído em caso de erro de proibição vencível, adotando, em substituição a teoria da culpabilidade, baseada na doutrina final da ação, segundo a qual o erro de proibição constitui uma causa de exclusão da culpabilidade nos casos de invencibilidade. Essa solução foi adotada pelo legislador penal, no § 17 da Parte Geral de 1975. Entretanto, a teoria estrita da culpabilidade defendida por Welzel

Rompeu-se, assim, com a concepção da culpabilidade identificada com os elementos anímicos, subjetivos do delito, adotada no sistema causalista, preferindo-se um conceito normativo, cujo desenvolvimento iniciou-se com a chamada viragem normativista de FRANK⁵⁸⁷ —que introduziu a reprovabilidade, propondo a medição da culpabilidade pela avaliação das circunstâncias concomitantes—, e prosseguiu em movimento de contínua depuração.⁵⁸⁸

foi prontamente rechaçada pela jurisprudência e, com o passar do tempo, também pela doutrina. Observa Schünemann que acolheu-se a teoria limitada da culpabilidade, que distingue, entre o erro de proibição sobre os pressupostos fáticos e o erro sobre a valoração jurídica, submetendo somente esse último caso ao regime do § 17, ou seja, negando a presença de um fato doloso no erro de tipo permissivo. SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Berlim: Walter de Gruyter & Co, 1984. p. 49.

⁵⁸⁷ A formação do conceito psicológico-normativo ou normativo complexo de culpabilidade inicia-se com Reinhard von Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, vindo a ser desenvolvida posteriormente por MEZGER. Coube a FRANK introduzir o conceito de reprovabilidade, acrescentando ao dolo e à culpa, as chamadas circunstancias concomitantes (“begleitende Umstände”). Já GOLDSCHMIDT distingue a culpabilidade do fato psicológico em si, para defini-la como valoração do fato típico. Freudenthal, a seu turno, agrega à reprovabilidade a possibilidade de exigir-se do agente comportamento diverso do descrito na norma. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.388. SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 284-287. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.285-287.

⁵⁸⁸BATISTA, Nilo. Cem Anos de Reprovação. In NASCIMENTO, André (org). *Cem Anos de Reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161. FRANK observara que tanto a linguagem comum, quanto a prática dos tribunais revelava uma medida de culpabilidade decorrente de circunstâncias concomitantes, que extrapolariam o âmbito do dolo. Portanto, além dos elementos anímicos, a culpa abrangeria, na

Refutando as teses anteriores, tanto a positivista, baseada no modelo causalista, quanto a teoria psicológico-normativa do neokantismo, WELZEL elaborou uma concepção ontofenomenológica fundamentada no conceito finalista de ação.

Partindo da premissa de que o tipo deveria descrever todos os elementos essenciais do injusto, deslocou-se a posição do dolo para integrá-lo ao tipo.

Excluindo-se do conceito os elementos subjetivos do injusto e a vontade de ação, restaria a culpabilidade como qualidade valorativa negativa da vontade de ação, distinta da vontade em si mesma.

Ficaria excluída do dolo, por consequência, a consciência da ilicitude, incorporada, desde então, no âmbito da culpabilidade, como fator central do conceito.⁵⁸⁹

Ao adotar o conceito normativo, WELZEL manteve o critério da reprovabilidade, mas excluiu do conceito de culpabilidade os elementos subjetivos do injusto e a vontade de ação.⁵⁹⁰

Nessa perspectiva, a culpabilidade consistiria na censura pela realização do injusto típico, quando podia o autor ter atuado de outro modo.

No poder agir de outro modo é que se encontraria a essência da culpabilidade. A vontade de ação, disse WELZEL, indicaria (ou seria portadora de)

visão de FRANK, a reprovabilidade (atributo que se caracterizaria, resumidamente, por uma atitude espiritual normal do autor, ou seja, a chamada imputabilidade); uma certa relação psíquica concreta do autor com o fato em questão; e, por fim, a normalidade das circunstancias sob as quais o autor pratica o ato. FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires: IBdeF, 2002. p. 1-41

⁵⁸⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlim: Duncker und Humblot, 1996. p. 211

⁵⁹⁰ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Julio César Faira, 2004. p. 115-116.

“uma culpabilidade maior ou menor, é mais ou menos culpável, porém, ela mesma não é a culpabilidade.”⁵⁹¹

Nessa perspectiva, “[...] o objeto primeiro da reprovabilidade será a vontade e por meio dela também a totalidade da ação.”⁵⁹² A reprovabilidade recairia sobre o autor (reprovabilidade pessoal) porque sua ação não foi conforme o direito quando poderia ter sido. O conceito final de ação proporcionaria, portanto, o objeto da reprovabilidade.

Dessa forma, observa-se que, para WELZEL, antijuridicidade e culpabilidade referir-se-iam ao mesmo objeto, isto é, à vontade de ação, considerada ora como “não devida”, ora como reprovável.⁵⁹³

O critério material da reprovabilidade consistiria, nessa visão, no poder de adotar, em vez da resolução de vontade antijurídica, uma resolução de vontade conforme a norma.

A possibilidade de agir de forma diversa pressupõe o posicionamento em relação à questão do livre arbítrio.

WELZEL rompeu com o paradigma científico típico do positivismo jurídico, adotando a concepção do homem como ser responsável “ou, mais precisamente, um ser com disposição à responsabilidade, critério decisivo que o separa existencialmente (como “homo phänomenon”) e não apenas normativamente (como homo noumenon”) de todo o mundo animal”.

⁵⁹¹ Nesse ponto, WELZEL distinguiu culpabilidade em sentido amplo, que abrange vontade de ação culpável e ação culpável, e culpabilidade em sentido estrito, essa qualidade referente à reprovabilidade. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Julio César Fairea, 2004. p. 111-112.

⁵⁹² Segundo PRADO, todos os elementos do delito prévios à culpabilidade (ação, tipicidade e antijuridicidade) a integram. Porém, a vontade da ação é antes elemento da ação, o dolo é antes elemento do tipo dos delitos dolosos e com isso um pressuposto material da antijuridicidade desses delitos. *Ibid.* p. 113.

⁵⁹³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlim: Duncker und Humbolt, 1996. p. 423.

Nesse ponto apresentar-se-ia, segundo TANGERINO, a segunda estrutura lógico-objetiva de Welzel: o ser humano dotado de autodeterminação. “Welzel erige sua construção teórica sobre a base do indemonstrável livre-arbítrio, ingrediente central do poder agir de outro modo.”⁵⁹⁴

A adoção da ideia de autodeterminação demonstraria a retomada da tradição kantiana, sem implicar a adesão ao indeterminismo tradicional. .

A culpabilidade seria, nesse contexto, a falta de determinação conforme os fins. Não se trataria de um ato de livre autodeterminação, mas a “[...]falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável.”⁵⁹⁵

A questão da reprovabilidade como justificativa da pena aponta para uma concepção retrospectiva da punição, característica das correntes retributivas, excluindo-se do conceito material da culpabilidade qualquer consideração de cunho utilitarista.

A prevenção permaneceria, porém, no âmbito do direito penal, aplicado como instrumento de política criminal destinado aos inimputáveis e aos chamados delinqüentes de estado, na forma de medidas de segurança.

O sistema desenvolvido por WELZEL pressupõe a adoção do sistema do duplo binário, elaborado por STOOSS em 1893, adotado pelo Código Penal Suíço de 1937, e introduzido na Alemanha pela lei de delinquentes habituais de 1933.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ TANGERINO, David de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 82-86.

⁵⁹⁵ WELZEL reconheceu a concorrência de várias formas de determinação (em oposição ao determinismo tradicional baseado no monismo causal). O não valioso determinaria o homem em forma de pressão causal, é dizer, ira, inveja, cobiça, agressividade, ambição, apetite sexual etc. A má vontade seria aquela dependente do impulso contrário ao valor e, portanto, vontade não livre. A liberdade consistiria na libertação da coação causal dos impulsos WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Julio César Faira, 2004. p.129.

⁵⁹⁶ FRAGOSO, Heleno. Sistema do duplo binário: vida e morte. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Forense: Rio de Janeiro, no 32, Julho-Dezembro de 1981. Disponível em

Segundo Fragoso, o sistema do duplo binário “[...]veio pôr fim à eterna luta de escolas, que dominou a ciência penal de fins do século passado e do início deste.”⁵⁹⁷

Pela adesão ao duplo binário, aplicando-se aos imputáveis alternativamente pena e medida de segurança, admitiu-se a insuficiência da pena retributiva fixada na medida da culpa, e optou-se por manter, no âmbito do sistema penal, a possibilidade de aplicação de medidas com finalidade preventiva.⁵⁹⁸

http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP32.pdf>>

Acesso em 13 de marco de 2016.

⁵⁹⁷ Segundo FRAGOSO, von LISZT teria reconhecido a possibilidade de se introduzir o fundamento da culpa, mesmo que o sistema fosse voltado para a eficácia da prevenção especial. Os Clássicos admitiram complementar o sistema da pena retributiva por meio das medidas de segurança e correção. Segundo o autor, dizia Maurach que “nesse compromisso celebrado entre as duas correntes, os clássicos tiveram que fazer as maiores concessões. FRAGOSO, Heleno. Sistema do duplo binário: vida e morte. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Forense: Rio de Janeiro, no 32, Julho-Dezembro de 1981. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP32.pdf>. Acesso em: 13 de marco de 2016. A síntese entre as diversas correntes foi promovida pela União Internacional de Direito Penal (1889-1914). SOUZA, Arthur de Brito Gueiros et JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.62.5

⁵⁹⁸ A conciliação entre utilitarismo e retributivismo pode ser identificada desde os congressos da União internacional de Direito Penal, fundada em 1889 por Adolphe Prins (1845-1919), Franz von Liszt (1851-1919) e Gerard Anton van Hamel (1842-1917). SOUZA, Arthur de Brito Gueiros et JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 625. A associação construída nesse contexto entre as concepções da escola clássica, marcadas pela ideia retributiva ou pelo utilitarismo iluminista e as concepções da escola positiva italiana resultava na compatibilização entre conceitos como culpabilidade e periculosidade, responsabilidade e determinismo, pena e medida, entre outros, de forma a se fornecer um apoio mútuo na

Entretanto, no que se refere às teorias da pena, incorporou-se o aspecto preventivo na própria teoria do delito, por meio da culpabilidade de autor.

Segundo WELZEL, a culpabilidade, configurada pela falta de autodeterminação conforme um fim, poderia manifestar-se, como um fracasso único do “Eu-Centro” responsável da pessoa ou, ainda, em um estrato permanente da personalidade, como no caso do delinquente habitual, “[...]que não assimilou suficientemente as normas de conduta social, ou as perdeu novamente por sua conduta defeituosa, ou do delinquente passional, que já havia deixado crescer em si a paixão ...”.⁵⁹⁹

Nessa concepção, a reprovabilidade, conteúdo material da culpabilidade, recairia sobre o fato antijurídico individual ou sobre parte da conduta de vida antijurídica, como no caso do rufião.

É de se notar que a ideia, nesse caso, não seria a substituição da culpabilidade pelo fato individual pela culpabilidade do autor pura e simplesmente.

Observou MAURACH que os defensores desta teoria aderiam ao sistema da culpabilidade pelo fato individual para a grande maioria dos casos, admitindo-se, porém, a culpabilidade pela condução da vida para casos excepcionais, exemplificados na legislação nas hipóteses de agravação da pena pela reincidência, no caso do rufião, do caso do autor que atua em erro de proibição evitável e do delinquente profissional.

De acordo com MAURACH, essa concepção desempenharia a mesma função que a teoria do tipo de autor. “De fato, a teoria da culpabilidade do autor nada mais é que uma consequência, ou ao menos uma aparição paralela a da teoria do tipo de autor.”⁶⁰⁰ (tradução nossa)

persecução de objetivos comuns. DEBUYST, Christian et al. *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine: La Rationalité Pénale et la Naissance de la Criminologie*. Bruxelas: Larcier, 2008. p. 326.

⁵⁹⁹WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Julio César Faira, 2004, p. 135

⁶⁰⁰No original em espanhol: “De hecho, la teoría de la culpabilidad del autor no es más que una consecuencia, o al menos una aparición, paralela a la teoría del

Embora tenha se deixado de lado a teoria da culpabilidade de autor, preserva-se a concepção segundo a qual a culpa pelo fato não pode ser esclarecida apenas com base no fato isolado.

A história de vida do autor e o conjunto da personalidade são levados em conta, portanto, na doutrina e na prática, no âmbito da fixação da pena e da questão da evitabilidade do erro de proibição.⁶⁰¹

Assim como o sistema do duplo binário, a culpabilidade de autor ou pela conduta de vida configuraria, assim, manifestação do esforço de compatibilização das finalidades preventivas com a teoria do delito no âmbito do direito penal baseado na culpabilidade, reduzindo-se a contradição entre culpa e periculosidade.

Dizia Fragoso: “Somente com recurso à ideia da culpabilidade pela conduta da vida, é possível compatibilizar o aumento de pena pela reincidência com um direito penal da culpa.”⁶⁰²

Na medida em que se acentuou a adesão às ideias preventivas, ganhou relevo a dificuldade de se distinguir, na execução, a medida de segurança privativa de liberdade e a pena de prisão.⁶⁰³

tipo de autor.” MAURACH, Reinhart et ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte general*. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p.586.

⁶⁰¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlim: Duncker und Humblot, 1996. p. 423.

⁶⁰²FRAGOSO, Heleno. Sistema do duplo binário: vida e morte. *Revista de Direito Penal e Criminologia. Forense*: Rio de Janeiro, no 32, Julho-Dezembro de 1981. Disponível em <<http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP32.pdf>> Acesso em 13 de marco de 2016.

⁶⁰³ As debilidades do sistema alternativo conduzem à adoção do critério vicariante em razão da necessidade de se conferir o mesmo tratamento jurídico a ambas as consequências do delito Estabelece-se, assim, para as medidas de segurança, o princípio da reserva legal, e da proporcionalidade. Observa Jescheck, citado por Fragoso, que o problema deslocou-se para a necessidade de proteger os delinquentes habituais e reincidentes contra o arbítrio estatal e os excessos judiciais. FRAGOSO, Heleno. *Sistema do duplo binário: vida e morte*. *Revista de*

Nessa perspectiva, uma das críticas dirigidas ao sistema dualista concentra-se na falta de conteúdo da fórmula que opõe teoricamente penas e medidas de segurança, retribuição e prevenção, culpabilidade e periculosidade, quando, na prática, ambas são executadas com a mesma finalidade.

Uma outra crítica aponta para o fato de que a coexistência de um sistema de direito de culpabilidade com um outro tipo de consequência jurídica limitada ou ilimitada, constituiria uma ameaça para as garantias e as liberdades do indivíduo.

Nas palavras de MUNOZ CONDE,

“Com o sistema dualista se faz cada vez mais evidente a suspeita de que em todo este assunto, estamos assistindo a uma grande “fraude de etiquetas”na qual o Direito Penal de culpabilidade com todas as suas imperfeições, mas também com todas as suas garantias, tem que ser completado ou substituído por outros sistemas de controle social, oficialmente não penais e, por isso, não limitados pelos princípios penais clássicos tremendamente eficazes na sua incidência sobre a liberdade dos indivíduos.”⁶⁰⁴(tradução nossa)

5.8 O conceito material de culpabilidade

Como definição formal — referida à configuração dos pressupostos do conceito de culpa em um ordenamento jurídico histórico—, o conceito psicológico-

Direito Penal e Criminologia. Forense: Rio de Janeiro, no 32, Julho-Dezembro de 1981. Disponível em <<http://www.fragoso.com.br/eng/arg_pdf/direito_penal/conteudos/RDP32.pdf>> Acesso em 13 de março de 2016.

⁶⁰⁴ Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran ‘fraude de etiquetas’ en el que el Derecho Penal de culpabilidad con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos”. MUNOZ CONDE, Introducción. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981. p. 19.

normativo de culpabilidade nada esclarece sobre seu conteúdo, deixando em aberto o fundamento do juízo de reprovação.

A substituição da concepção metafísica da culpa, como fundamento da retribuição, pela noção de culpa como limitação ao arbítrio estatal, fez surgir a necessidade de definição do fundamento ontológico do juízo de reprovação.

Nessa perspectiva, a discussão sobre o conceito material da culpa trata da investigação das condições sob as quais seria justificado atribuir a alguém uma determinada conduta, fundamentando-se as abordagens nas exigências éticas, na segurança pública, nas finalidades da pena ou, mais especificamente, nas exigências da prevenção geral.⁶⁰⁵

Assim, desenvolveu-se amplo debate em torno da questão, no âmbito do qual o conceito material da culpa tem sido objeto de abordagens divergentes, fundamentadas em premissas filosóficas variadas, as quais podem ser organizadas, de acordo com SANTOS, em cinco posicionamentos principais: a) teoria do poder de agir diferente; b) teoria da atitude jurídica reprovada ou defeituosa; c) teoria da responsabilidade pelo próprio caráter; d) teoria do defeito de motivação jurídica; e) teoria da dirigibilidade normativa.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ JESCHECK, Hans_Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.p. 422; Segundo MAURACH, questiona-se, no âmbito do conceito material da culpabilidade, que tipo de reprovação se dirige ao autor, ou seja, se se trata de reprovação jurídica ou de reproche baseado em representações extrajurídicas, assim como o objeto pessoal da reprovação, adotando-se como objeto de referencia o autor, enquanto sujeito que origina a ação desaprovada. Sobre o tema, MAURACH Reinhart et ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte general*. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p. 582.

⁶⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.p.288. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p..858-863. Sobre o tema, SCHÜNEMANN identificou três principais soluções para a questão da compatibilidade da ideia de culpa, típica das teorias absolutas, com o direito penal orientado pela prevenção. Partindo-se do pressuposto que a crítica ao princípio da culpa dirige-se, principalmente, contra a premissa do livre arbítrio

5.8.1 Teoria do poder agir diferente

A reprovação da culpabilidade seria fundamentada, segundo esse modelo, no poder de agir de outro modo, atribuído ao autor individual (na variante concreta), ou a qualquer pessoa no lugar do autor (na variante abstrata).⁶⁰⁷

—em razão da impossibilidade de demonstração da possibilidade de agir de outra forma—, o princípio ficaria desvinculado, em uma primeira concepção, das teorias indeterministas, optando-se por adotar uma ficção em favor do autor. Em vez de presumir-se a liberdade de agir em conformidade com o direito, pressupõe-se um homem médio que, no lugar do autor, teria capacidade de evitar a conduta. Embora essa posição procure conferir legitimidade à utilização de uma ficção, restringindo sua aplicação à hipóteses de favorecimento do autor, a proibição de redução da pena a patamares inferiores ao grau de culpa do autor implicaria a aplicação da teoria em seu desfavor, com resultado incompatível com o Estado de Direito. Já a teoria da margem de liberdade busca ajustar a medida da pena ao grau da culpa do autor, deixando, porém, uma margem de influência para as condições de prevenção geral ou especial. Nessa perspectiva, a pena deve ser fixada na medida da culpa, preservando-se porém uma margem que tem como limite superior a pena ainda adequada e inferior, a pena já adequada. A pena seria fixada, dentro desses limites, com base nas exigências preventivas, vedando-se a fixação em valores inferiores ou superiores aos respectivos limites. A pena seria fixada, dentro desses limites, com base nas exigências preventivas, vedando-se a fixação em valores inferiores ou superiores aos respectivos limites. Foi apontada, ainda, uma terceira solução, com a introdução na teoria do delito de considerações preventivas, inserindo-se no conceito de culpa as demandas da prevenção geral e especial, criando-se a nova categoria da responsabilidade. SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. in SCHÜNEMANN, Bernd. (Ed.). *Grundfragen des Modernen Strafrechtssystem*. Berlin: De Gruyter, 1984. E-book. 160-188.

⁶⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p.289.

Nessa perspectiva, o autor orientaria sua conduta finalisticamente, reconhecendo-se-lhe, segundo WELZEL, a liberdade de atuar “conforme a norma”, dominando os chamados “impulsos anímicos” em vez de adotar uma “resolução de vontade antijurídica.”⁶⁰⁸

As críticas à culpabilidade baseada no poder agir diferente enfatizaram predominantemente o fato de que essa liberdade de decisão no momento do fato não seria demonstrável cientificamente, seja em abstrato, seja de forma concreta, no curso do processo.

Não escapariam a essa mesma crítica, segundo ROXIN, as concepções que buscam reconfigurar a ideia de poder agir diferente, substituindo o poder decisório do autor do fato no caso concreto pela capacidade de autodeterminação da “maioria das pessoas” ou do “homem médio”, na medida em que essa posição implicaria a avaliação da culpa do indivíduo com base na liberdade de agir diferente de terceiros, embora também essa liberdade seja indemonstrável.⁶⁰⁹

5.8.2 Teoria da atitude jurídica reprovada ou defeituosa

Também baseada na liberdade da vontade, a teoria da atitude jurídica reprovável considera a culpa como uma reprovável falta de atitude conforme o direito, que encontra expressão numa conduta ilícita.⁶¹⁰

Nesse sentido, observou MAURACH que a formação de vontade tem lugar, no homem particular

em uma determinada situação social de ação. Por tal motivo, no processo de formação da vontade, sempre participam características concretamente relevantes da personalidade do autor e as condições sociais de seu meio

⁶⁰⁸ WELZEL, Hans. *O novo Sistema Jurídico Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 117-120.

⁶⁰⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p.860-861.

⁶¹⁰ JESCHECK, Hans_Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.p.428. No mesmo sentido, SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 284.

ambiente. A vontade não é livre, no sentido de formar-se em alguma medida sem pressuposto algum, dentro de um vazio; ao contrário, a formação de vontade não pode ser imaginada independentemente da situação pessoal e social do indivíduo.⁶¹¹ (tradução nossa)

Também nesse caso, a medida da culpa seria determinada, segundo JESCHECK, não pela possibilidade do autor individual agir no caso concreto, hipótese na qual a liberdade de agir diferente seria indemonstrável, mas na possibilidade de um outro, no lugar do autor, agir conforme o direito, utilizando-se, portanto, um critério comparativo social, consubstanciado em uma ideia de possibilidade média.

Contra essa concepção argumentou-se que a ideia da falta de uma atitude conforme o direito não diferiria substancialmente de uma concepção formal do conceito de culpa, já que a atitude reprovável seria determinada pelo legislador.

Critica-se, ainda, a ideia de livre arbítrio, com os mesmos fundamentos das objeções dirigidas à culpa da vontade, além da impropriedade do conceito no que se refere à culpa inconsciente, sendo inadequado falar-se em atitude desconforme ao direito.⁶¹²

5.8.3 Culpa da vontade referida ao caráter ou personalidade e teoria indiciária

A questão da culpabilidade pressupõe o cometimento de um fato típico e ilícito por um sujeito responsável.

⁶¹¹ No original em espanhol “en una determinada situación social de acción. Por tal motivo, en el proceso de formación de la voluntad siempre participan las características concretamente relevantes de la personalidad del autor y las condiciones sociales de su medio ambiente. La voluntad no es libre, en el sentido de formarse en alguna medida sin presupesto alguno, dentro de un vacío; al contrario, la formación de voluntad no puede ser imaginada independentemente de la situación personal y social del individuo.” MAURACH Reinhart et ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte general*. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p. 588.

⁶¹² ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p.862.

Embora haja consenso em relação a essa premissa, discute-se, por outro lado, se essa culpabilidade referida exclusivamente ao fato individual seria suficiente para a determinação do juízo de reprovabilidade, argumentando-se que “[...]a consideração isolada do fato apareceria como demasiado incolor para sustentar um reproche de culpabilidade correspondente com seu rigor material...”⁶¹³

Além disso, o conceito psicológico de culpabilidade padeceria, segundo FIGUEIREDO DIAS, das inconsistências inerentes à sua ideia fundamental — o poder agir de outra forma na situação — de forma alguns doutrinadores optaram pelo alargamento do conceito, para abranger não somente a relação subjetiva entre o autor e o fato, mas a personalidade ou o caráter do autor do fato.⁶¹⁴

Assim, pode-se identificar em diversos conceitos semelhantes — “culpa na condução da vida”; “culpa na formação da personalidade”; “culpa na decisão da vida”; “culpa do agente” — a característica comum da conformação da determinação da pena, não de acordo com o fato isoladamente, mas conforme o “ser assim” e o “ter-se tornado no que é” do autor.⁶¹⁵

⁶¹³ MAURACH,Reinhart. ZIPF, Heinz. *Derecho Penal Parte general 1*. Buenos Aires: Astrea, 1994. P. 586

⁶¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 520

⁶¹⁵ Nesse sentido, as referências à relevância de circunstâncias estranhas ao fato, nas fórmulas legais concretizadas nos § 60 do A.E. 1962 e § 46 do StGB vigente, estariam de acordo com a concepção retributivista, operando-se, por consequência uma indesejada equiparação entre culpa e periculosidade. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. P. 403; Sobre as diversas modalidades e suas implicações, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade Culpa Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 93-105.

A concepção foi ilustrada por MAURACH, com o caso do rufianismo, no qual o fato não esgotaria totalmente o conteúdo do ilícito, somente adquirindo “coloração em virtude do elemento característico da personalidade desvalorizada.”⁶¹⁶

Embora nessa concepção não subsistam dúvidas quanto ao objeto de exame da culpa, prevalecendo o fato cometido como a base sobre a qual deve ser analisada sua configuração, controverte-se sobre se a censura dirigida ao agente ficaria restrita ao fato isolado ou se deveria prevalecer o caráter ou personalidade do autor como objeto daquele juízo de reprovação.

A teoria da culpabilidade de caráter ou condução de vida seria correlata, segundo MAURACH, da teoria do tipo de autor, na medida em que proporciona elementos para uma ampliação de conceito de culpabilidade, de forma a incorporar figuras jurídicas estranhas à noção de culpa, cuja aplicação seria direcionada somente para casos excepcionais como o rufião, o imputável com capacidade diminuída, o autor em erro de proibição evitável e o delinquente profissional.⁶¹⁷

As dificuldades impostas pela culpabilidade do fato foram abordadas em perspectiva diversa pelas teorias indiciárias.

Ainda tendo como objeto de valoração da culpa o fato típico ilícito praticado, o direito penal do fato deveria restringir o conceito de culpa ao fato propriamente dita, excluindo-se qualquer consideração relativa à configuração culposa da personalidade.

Assim, fatores estranhos ao fato somente seriam considerados para fins de determinação da medida da pena, como indícios desse juízo de culpa, se deles fosse possível extrair “conclusões sobre a personalidade do agente no momento do cometimento do fato.”⁶¹⁸

Nessa perspectiva, fatos anteriores ou posteriores ao ilícito seriam considerados na determinação da pena, no âmbito do juízo da culpa, funcionando como indício do grau da culpa.

⁶¹⁶ MAURACH,Reinhart. Op. cit., nota 519, p. 586.

⁶¹⁷ MAURACH,Reinhart. ZIPF, Heinz. *Derecho Penal Parte general 1*. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 586.

⁶¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p.421-422.

Opõem-se à teoria indiciária aqueles que, defendendo uma teoria estrita da culpa, sustentam que elementos estranhos ao fato praticado (atípicos) deveriam relevar pela via da prevenção especial, evitando-se que se utilize conceitos diversos de culpabilidade para fins de imputação e de determinação de pena.

Argumentam, por outro lado, os defensores da teoria indiciária, que, a se relegar ao âmbito da prevenção especial os fatores atinentes à personalidade, ensejar-se-ia o acesso a todos os aspectos da vida do agente, com ênfase para orientações moralistas.⁶¹⁹

5.8.4 Culpa como responsabilidade pelo próprio caráter

Apoia-se a teoria da culpa como responsabilidade pelo caráter na ideia de que cada um seria responsável pelas suas qualidades, pelo seu “ser como se é”, cujas origens foram atribuídas ao pensamento de SCHOPENHAUER.

Nessa perspectiva, cada homem seria responsável pelos seus atos, na medida em que aqueles constituem expressão da sua personalidade.⁶²⁰

O pressuposto da teoria consistiria, segundo FIGUEIREDO DIAS, na liberdade — não a liberdade de agir de outra maneira na situação, correlata da ideia do livre arbítrio — mas como “emanação ou expressão da personalidade, uma “característica irrenunciável do ser-humano ou do ser-pessoa.”⁶²¹

Assim, a responsabilidade seria o fator intermediário entre liberdade e culpa, ou o substrato que “permite imputar ao existir, e ao ser livre, o seu próprio comportamento, sua ação ou omissão.”

A impossibilidade de demonstração da liberdade de se autodeterminar e definir seu próprio ser expõe a fragilidade da base teórica do modelo, o qual

⁶¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 432.

⁶²⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p.862.

⁶²¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade Culpa Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 93-105.

careceria, a exemplo da teoria da culpa da vontade, de substrato empírico que ampare sua justificação.

Além disso, a adoção da culpa como responsabilidade pelo caráter conduziria, na visão de ROXIN, ao completo rompimento com o elemento retributivo da pena, ensejando a preponderância absoluta das demandas preventivas.⁶²²

5.8.5 A culpa como ação injusta apesar da sensibilidade ao apelo normativo

A teoria da sensibilidade ao apelo normativo, desenvolvida por ROXIN, insere-se na produção pós-finalista, desenvolvida a partir das críticas predominantemente dirigidas à vinculação entre o conceito de culpa e a ideia de livre arbítrio, em razão da indemonstrabilidade do poder agir diferente.⁶²³

Diante da impossibilidade de se adotar um critério formal de reprovabilidade como conteúdo material da culpa, optou o autor por reconfigurar a culpabilidade no contexto das outras categorias do delito.⁶²⁴

Assim, ROXIN desenvolveu a teoria da responsabilidade como categoria de exclusão da punibilidade, no âmbito da estrutura do delito, definida como uma valoração do fato sob a perspectiva da imputação.⁶²⁵

⁶²² ROXIN, Claus. Op.cit., nota 526. p.864.

⁶²³ O termo alemão “normative ansprechbarkeit” tem recebido variadas traduções (dirigibilidade normativa, segundo SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. Direito Penal: Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008.p.290; motivabilidade, na expressão de TANGERINO, David. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 86-87, dentre outros) , tendo-se adotado, neste trabalho, aquela utilizada por RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 446-471.

⁶²⁴ TANGERINO, David. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 86-87.

⁶²⁵ MAURACH também inclui a responsabilidade como categoria do delito, situando-a-porém, entre a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim como ROXIN, o autor faz referência à necessidade exculpante, excesso em legítima defesa, dentre outras hipóteses, como casos de exclusão de responsabilidade, sem, no entanto, vincular a categoria às finalidades da pena. Dessa forma, “si a la

A responsabilidade dependeria simultaneamente da existência de culpa e das necessidades preventivas da pena, extraídas da legislação.

A necessidade preventiva da pena estaria implícita na previsão legislativa de um fato típico e ilícito, de forma que a responsabilidade seria presumida na maioria dos casos, salvo naqueles de afastamento da aplicação de pena, como, por exemplo, no estado de necessidade exculpante, previsto na fórmula do §35 do StGB.⁶²⁶

A ideia foi resumida pelo próprio autor na seguinte fórmula:

[...] o injusto (é dizer, tipo e antijuridicidade) decide sobre o problema de se à luz do Direito Penal uma conduta é ou não é ajustada às regras; ao invés, a categoria da responsabilidade responde desde pontos de vista político-criminais à questão da necessidade jurídico penal de sancionar no caso concreto. Pois bem, o legislador — assim como o juiz que interpreta sua vontade — somente pode deduzir essa resposta dos postulados da teoria do fim da pena, pois do ponto de vista de uma teoria racional da

responsabilidad por el hecho (caso general) se agrega la culpabilidad, el hecho del responsable se transforma en un delito y desencadena la pena; al contrario (caso excepcional), si a la responsabilidad por el hecho del autor incapaz de culpabilidad se une su peligrosidad, ello condiciona la utilización de las medidas de seguridad reservadas a esta categoría....” Sobre o tema ver MAURACH Reinhart et ZIPF, Heinz. Derecho Penal: Parte general. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p. 545-546.

⁶²⁶ ALEMANHA, *Strafgesetzbuch*. Berlin: Aegitas, 2018. Edição Kindle.

imposição de pena não pode haver outra base distinta para a decisão.⁶²⁷(tradução nossa)

O modelo desenvolvido prescindiria do pressuposto do livre arbítrio, na medida em que a ausência de sensibilidade normativa implicaria a exclusão da responsabilidade pela ausência da necessidade de prevenção, “com total independência de se atribuir ou não ao homem, por princípio, a capacidade de atuar de outro modo.”

Assim, a culpabilidade passaria a inserir-se nos componentes político-criminais da responsabilidade, de forma que a inimputabilidade fundamentar-se-ia no desaparecimento da utilidade do “efeito exemplar potencial do fato”.⁶²⁸

Nessa perspectiva, o legislador teria afastado a aplicação da pena no caso do 35, I 1, do StGB,⁶²⁹(estado de necessidade exculpante), por exemplo, apesar da

⁶²⁷ No original em espanhol: “[...]el injusto (es decir, tipo y antijuridicidad) decide sobre el problema de si a la luz del Derecho Penal una conducta es o no es ajustada a las reglas; en cambio, la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico penal de sancionar en el caso concreto. Pues bien, el legislador — al igual que el juez que interpreta su voluntad — solo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena, pues desde el punto de vista de una teoría racional de la imposición de pena no puede haber otra base distinta para la decisión.” ROXIN, Claus Culpabilidad, Prevención y Responsabilidad en Derecho Penal. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.71.

⁶²⁸ Ibid. p.77.

⁶²⁹ Estado de Necessidade exculpante: Quem, em situação de perigo atual para a vida, integridade ou liberdade, que não pode ser afastado de outro modo, pratica um ato ilícito, para afastar de si, de um parente ou de um outro próximo, atua sem culpa. Isso não se aplica, ao autor que nas circunstâncias em que o perigo pode ser imputado ao autor o dever de suportar o perigo, seja porque ele deu causa à situação, seja devido a uma relação jurídica; Entretanto, a pena pode ser reduzida nos termos do § 49, n. 1, quando o autor não tinha que suportar o perigo em razão de uma relação jurídica especial. (2) Strafgesetzbuch (StGB)§

existência de culpa (possibilidade de agir conforme o direito), em razão da ausência de necessidade preventiva de aplicação da pena nesses casos excepcionais.

Em princípio, o legislador teria excluído a possibilidade de aplicação de pena no caso do autor que pratica o injusto para afastar situação de perigo para a vida, integridade ou liberdade, que não pode ser afastado de outro modo, por ausência de culpabilidade.

Porém, o uso da expressão culpabilidade não exprimiria, segundo ROXIN, a possibilidade de agir de outra forma, mas a desnecessidade de aplicação da pena em casos que se enquadrem na descrição legal.⁶³⁰

No que se refere ao erro de proibição, a evitabilidade deveria determinar-se, de acordo com essa concepção, pelos limites do juridicamente exigido, de forma que seria inevitável o erro de quem está à altura das exigências de fidelidade normal ao direito, uma vez que “o sujeito que atua sem consciência de antijuridicidade” não necessitaria de ressocialização e nem constituiria mal exemplo, prescindindo-se, portanto, dos efeitos de prevenção geral da aplicação da pena.⁶³¹

Culpabilidade e necessidades preventivas atuam, assim, com o mesmo peso e importância, como condições da categoria responsabilidade, de forma que,

35 Entschuldigender Notstand(1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte. ALEMANHA, *Strafgesetzbuch*. Berlin: Aegitas, 2018. Edição Kindle.

⁶³⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p.852.

⁶³¹ In ROXIN, Claus. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.80.

“apenas culpa e necessidade de prevenção juntas podem provocar uma sanção penal.”⁶³²

Partindo dessa premissa, ROXIN passou a adotar uma concepção empírico-normativa, definindo a culpa como o agir ilicitamente apesar da capacidade de reação normativa.

Nesse contexto, seria apresentada como empiricamente determinável a capacidade de autodeterminação e, como atribuição normativa, a possibilidade de agir licitamente.

Nas palavras de ROXIN, a culpa existiria quando o autor

tem uma constituição disponível ao apelo da norma, acesso a possibilidades de comportamento conforme a norma e a sua possibilidade de orientação psíquica (seja livre, seja determinada), a qual é dada aos adultos saudáveis, na maioria das situações, está disponível.⁶³³ (tradução nossa)

Embora admita a indemonstrabilidade do livre arbítrio, seja em caráter abstrato, seja individualmente no caso particular, o autor propôs a adoção da presunção de possibilidade de comportamento conforme a norma como ponto de partida da teoria da culpa.

O direito penal deveria atuar, de acordo com a visão de ROXIN, a partir da liberdade de agir, na medida em que o indivíduo deve ser tratado como se fosse livre, independentemente da demonstrabilidade efetiva da liberdade de agir.

A validade desta posição não dependeria, portanto, de a liberdade e a responsabilidade do homem serem suscetíveis de demonstração filosófica ou psicológica, mas sim, exclusivamente, de saber se é adequado, de um ponto de vista teleológico, que o homem seja tratado como livre e responsável.

⁶³² No original em alemão: “[...] nur Schuld und Präventionsbedürfnis gemeinsam eine Strafsanktion auslösen können.” ROXIN, Claus. *Op.cit.*, nota 536. p.853.

⁶³³ No original em alemão: “Damit ist gemeint, dass die Schuld eines Täters zu bejahen ist, wenn er bei der Tata seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Anruf der Norm disponiert war, wenn im Entscheidungsmöglichkeiten zu norm-orientiertem Verhalten.” ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 868.

Essa concepção apoia-se numa justificação social da pena, segundo a qual a prática do delito abalaria a consciência jurídica de forma geral, implicando insatisfação e insegurança, as quais só poderiam ser aplacadas pela punição do delincente.

A impunidade acarretaria, de acordo com essa ideia, a perda de força motivadora da lei penal e, por conseguinte, na produção de um quadro de anarquia social.

Daí decorreria que a intervenção penal não se mostraria necessária nem adequada, quando não se constata a capacidade de motivação pela norma, seja devido a enfermidades espirituais, seja devido ao desconhecimento da norma, uma vez que, nesses casos, não se esperaria o comportamento lícito.

Dessa forma, a teoria da motivabilidade seria aceitável tanto para deterministas quanto para indeterministas, podendo ser aplicada independentemente da adesão à crença no livre arbítrio.

Nesse contexto, o princípio da culpabilidade desempenharia, segundo ROXIN, função de proteção do indivíduo, distinguindo-se, assim, essa concepção da teoria de JAKOBS, na medida em que a culpa não seria condicionada por exigências vagas e incertas de prevenção geral e especial, mas seria determinada pela capacidade de autodeterminação do indivíduo.

A função de proteção da culpabilidade seria desempenhada, porém, principalmente no âmbito da determinação da pena, já que no que se refere à exclusão da culpabilidade, a norma deveria ser interpretada de acordo com as exigências de política criminal.⁶³⁴

A teoria da responsabilidade de ROXIN tem sido atacada por críticas que se concentram majoritariamente na vinculação entre o conteúdo da culpa com as necessidades preventivas da pena, e a consequente perda da função limitadora do princípio.

Assim, embora concorde com a introdução da responsabilidade como categoria do delito a ser verificada após a culpa, RODRIGUES ponderou que a

⁶³⁴ ROXIN, Claus Culpabilidad, Prevención y Responsabilidad en Derecho Penal. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.77.

convergência das ideias de culpa e prevenção nessa mesma categoria tenderia a fazer preponderarem as considerações teleológicas.

Também SCHÜNEMANN aderiu à responsabilidade como categoria na estrutura do delito, interpretando os casos de exclusão de culpabilidade, assim como fez ROXIN, como hipóteses de afastamento da aplicação da pena pelo legislador em razão das necessidades de prevenção geral.⁶³⁵

Assim, seriam introduzidas na dogmática da parte geral ideias relativas às teorias das penas, na vertente da prevenção, ampliando-se o processo de substituição do direito penal retributivo por um direito penal preventivo.

O autor advertiu, entretanto, sobre o perigo da substituição da culpa pelas exigências de prevenção geral, alertando para as graves consequências da exacerbação das finalidades preventivas.⁶³⁶

ROXIN respondeu aos críticos, apontando uma incorreta incompreensão de sua teoria, vez que o modelo teria garantido a absoluta independência entre culpa e necessidades preventivas na teoria da responsabilidade.⁶³⁷

⁶³⁵ Sobre o debate entre ROXIN e os opositores ver RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 446-471.

⁶³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*. in SCHÜNEMANN, Bernd. (Ed.). *Grundfragen des Modernen Strafrechtssystem*. Berlin: De Gruyter, 1984. E-book. p. 170

⁶³⁷ O desenvolvimento da teoria da responsabilidade e culpabilidade em ROXIN foi narrado por RODRIGUES. A autora faz referência a diversos textos publicados ao longo da segunda metade do século XX, observando como ROXIN foi alterando suas posições iniciais desde a abordagem inicial. Assim, no texto *Culpabilidad y Responsabilidade como Categorías Sistemáticas Jurídico Penales*, ROXIN se ocupa do conceito material de culpabilidade, questionando o que realmente fundamenta a reprovabilidade que caracteriza um fato como culpável. Roxin inicia sua exposição refutando a fórmula da exigibilidade de FREUDENTHAL e GOLDSCHMIDT, em razão da ausência de conteúdo normativo, pois não se esclarece a questão do que é exigido e porque se lhe exige. Em seguida, aponta as dificuldades da solução adotada por WELZEL e

corroborada pela jurisprudência do BGH, na sentença sobre erro, segundo a qual, com o juízo de desvalor da culpabilidade, se reprova o autor que se tenha decidido pelo injusto apesar de poder se comportar licitamente. A debilidade dessa concepção residiria, na visão de Roxin, no pressuposto de uma liberdade de vontade que não poderia ser demonstrada. Também as teorias de Gallas e Schmidhäuser, ambas concentradas na atitude interna antijurídica ou juridicamente desaprovada, são rechaçadas por ausência de conteúdo material das fórmulas apresentadas. Em seguida, Roxin passou a apontar a inconsistência da separação e oposição entre injusto e culpabilidade, bem como de todas as duplas de conceitos. No lugar dessa concepção dualística, propõe um ponto de partida teleológico-político-criminal para o sistema, no qual a função do tipo é estabelecer as proibições fundamentais para efeitos de prevenção geral e a função da culpabilidade faz referencia à questão da necessidade da sanção contra um autor concreto. Nesse ponto, Roxin mantém a terminologia de Welzel, adotada pelo BGH, segundo a qual culpabilidade só pode significar que o autor atuou ilicitamente, ainda que tenha podido comportar-se licitamente. Entretanto, a punição fica condicionada à demonstração da responsabilidade, isto é, da necessidade de punição. Assim, em caso de não poder atuar de outro modo, ficam excluídas a culpabilidade e a responsabilidade, porém se, dando por pressuposto o livre arbítrio, se comprova que o autor podia atuar de outro modo, isso não significa necessariamente que o fato é punível. É preciso questionar se politicamente é necessário o castigo. Nessa concepção, o erro de proibição, por exemplo, não deve ser determinado de acordo com os limites do que é possível em abstrato, mas por diretrizes de política criminal. Deve ser deixado ao juiz, por meio da cláusula da exigibilidade, a responsabilidade de concretizar os fins da pena nos casos limite.⁶³⁷ Evita-se, dessa forma, que a cláusula da inexigibilidade de conduta diversa, vazia de conteúdo, seja deixada ao arbítrio do julgador, entendendo-se a responsabilidade no sentido de “concreción estructurada dogmáticamente del fin de la pena.” Roxin aponta os casos de responsabilidade por ação imprudente, como hipótese adequada para melhor desenvolvimento do sistema proposto. No caso do cocheiro julgado pelo Tribunal Supremo do Reich, em que o autor do fato foi processado por lesões imprudentes por ter atado ao carro um cavalo propenso a desprender-se, sabendo que não deveria fazê-lo mas temendo perder seu emprego, os fins

O princípio da culpa não seria, segundo ROXIN, influenciado pelas considerações teleológicas, na medida em que a responsabilidade teria sido incluída na estrutura do delito como um fator de limitação do poder punitivo a mais, além da culpa, como possibilidade de agir licitamente apesar da motivabilidade normativa. Nas palavras de ROXIN

A exigência de reconhecimento das necessidades penais preventivas como um pressuposto a mais da punibilidade significa simplesmente uma proteção mais ampla diante da intervenção penal, na medida em que não apenas a prevenção é limitada pelo princípio da culpa, mas restringe-se também a possibilidade de aplicação de pena no caso de ações culpáveis por exigências de prevenção.⁶³⁸ (tradução nossa)

Dentre os temas debatidos entre ROXIN e seus opositores, interessa primordialmente ao desenvolvimento do tema proposto neste trabalho o aspecto

preventivos gerais da pena não demandam punição, já que o autor se desvia da norma de conduta, não por falta de atenção, mas por outros motivos. No texto publicado em 1979 (Zur Jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrech), por sua vez, em resposta às diversas críticas relacionadas à debilidade da função de limitação do poder punitivo de um princípio da culpabilidade orientado pelas finalidades preventivas, Roxin procura demonstrar a improcedência dos questionamentos. Para tanto, o Autor volta a ressaltar que a pena pressupõe culpabilidade, mas de forma alguma a culpabilidade implica castigo. Entretanto, ao analisar o erro de proibição, Roxin utiliza-se das diretrizes de política criminal para a caracterização da exclusão da culpabilidade. Os textos podem ser encontrados na coletânea ROXIN, Claus. Culpabilidad Y prevencion en Derecho Penal. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981. RODRIGUES, Anabela Miranda. A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 446-471.

⁶³⁸ No original em alemão: Die Forderung nach Anerkennung eines präventiven Strafbedürfnisses als einer zusätzlichen Voraussetzung der Strafbarkeit bedeutet lediglich einen weiteren Schutz vor dem Zugriff des Strafrechts, indem nicht nur das präventiv Zulässige durch das Schuldprinzip begrenzt, sondern auch die Möglichkeit einer Bestrafung schuldhaften Verhaltens durch das Erfordernis präventiver Unerlässlichkeit eingeschränkt wirkt." ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 854

relativo às consequências da adoção do conceito de culpa como sensibilidade ao apelo normativo no que se refere à determinação da medida da pena privativa de liberdade.

Dentre os pontos débeis da teoria de ROXIN, apontou-se a duvidosa possibilidade de utilização de uma ficção, a presunção normativa da possibilidade de agir conforme o direito, como fator de limitação da pena.

Nesse sentido, SCHÜNEMANN observou que a utilização de uma ficção como fator de determinação do limite inferior da culpa e, portanto, do limite inferior da pena, careceria de legitimação no direito penal moderno, em razão da falta de substrato empírico.⁶³⁹

Além disso, segundo RODRIGUES, “[...] quando a pena a determinar não deve ficar abaixo do limite mínimo da culpa fornecido pela moldura da pena”, evidencia-se que a culpa acaba por impedir a diminuição da pena, potencializando um aumento no exercício do poder punitivo.⁶⁴⁰

A questão da determinação da medida da pena foi solucionada por ROXIN por meio da adoção da distinção entre a culpa que fundamenta a pena (que justifica o se da pena) e culpa para efeitos de medida da pena (que justifica o quanto da pena).

Assim, a culpa que fundamenta a pena seria determinada de acordo com a regra da responsabilidade, nos termos do conceito de culpa extraído da estrutura do delito, ao passo que a culpa para efeitos de medida da pena seria determinada pelos fatores enumerados no §46 do StGB, com a interpretação que lhe dá a teoria de determinação da medida da pena.⁶⁴¹

⁶³⁹SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. in SHÜNEMANN, Bernd. (Ed.). *Grundfragen des Modernen Strafrechtssystem*. Berlin: De Gruyter, 1984. E-book. p. 161-162..

⁶⁴⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 466-467.

⁶⁴¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 876-877.

A questão da duplicidade de conceitos de culpa para fins de estrutura do delito e de medida da pena será abordada mais detelhadamente mais adiante, no contexto das teorias da determinação da medida da pena.

5.8.6 A culpa como déficit de fidelidade à norma

A adoção da teoria da prevenção geral positiva como conteúdo do conceito material de culpa poderia conduzir, como observado por SCHÜNEMANN, a uma ampliação irrestrita do âmbito de atuação do poder punitivo, em razão da ausência de fator de limitação.

Embora se mantenha, na perspectiva funcionalista sistêmica, o princípio da culpa, seu conteúdo teria passado a referir-se ao fato como perturbação social, adotando-se uma concepção puramente normativa.

Partindo-se do pressuposto de que a pena existiria, segundo JAKOBS, para “caracterizar o delito como delito”, funcionando como “confirmação da configuração normativa da sociedade”, a culpabilidade configurar-se-ia como um déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico.⁶⁴²

Assim, a adscrição da culpa se configura, não como consequência de um vínculo psicológico entre autor e fato, mas como mecanismo de asseguramento de prevenção positiva, ou seja, de forma a garantir o restabelecimento da fidelidade institucional.

Diversamente do entendimento adotado por ROXIN, para quem a culpa, embora informada pelas demandas da prevenção geral, atua como fator de limitação da prevenção especial, no pensamento de JAKOBS, a culpa perderia o caráter de instrumento de limitação do poder estatal, na medida em que fica “

privada de suportes empíricos referidos ao autor, e, assim, esvaziada de seu conteúdo, acaba por encerrar uma mera exigência de imputação formal: a de que cada um seja chamado a responder pessoalmente pelo facto criminoso devido a exigências sociais normativas que tem pouco a

⁶⁴² JAKOBS, Günther. El principio de Culpabilidad. In GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1992. p.1074-1083.

ver com o indivíduo que cometeu o crime e muito a ver, pelo contrário, com as necessidades coletivas de punição.⁶⁴³

5.8.7 Culpa ou proporcionalidade

A efetividade do conceito de culpa como fator de limitação da intervenção punitiva estatal vem sendo questionada, tendo em vista a tendência crescente de penetração da culpa pelas demandas de prevenção.

Nesse sentido, a aproximação entre direito penal e política criminal no âmbito da culpabilidade teria contribuído, segundo HASSEMER, para funcionalizar o conceito de culpa pela política criminal, debilitando ou até mesmo inviabilizando sua função limitadora.

Embora tenha se referido inicialmente às concepções funcionalistas, com alerta mais acentuado para o potencial de expansão do poder punitivo do funcionalismo sistêmico, o autor estendeu sua inquietação ao conceito normativo de culpabilidade.

Os critérios “condensados e rarefeitos” que informam o conceito normativo deixariam, segundo o autor, de restringir e limitar o interesse político no tratamento e na intimidação.

Diante da deficiência no desempenho da função limitadora da culpa, HASSEMER sustentou que deveriam ser desenvolvidos critérios para fins de aferição da proporcionalidade entre fato e consequência jurídica-penal, levando em consideração a intensidade da lesão ao bem jurídico, a hierarquia gradual dos bens jurídicos, os graus de participação interna, suscetibilidade e sensibilidade à pena dos condenados, entre outros.⁶⁴⁴

⁶⁴³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 439.

⁶⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 312-321.

5.9 A Dogmática da Determinação da medida da Pena

Além do fundamento teórico para a imposição de sanção penal, as teorias da pena constituem ponto de partida para o estabelecimento de normas de determinação da medida da pena.

O modelo de individualização da pena adotado atualmente na maioria dos países ocidentais consiste em um sistema de penas variáveis, nos quais o legislador fixa uma moldura de pena que deve ser preenchida pelo julgador.

Trata-se de uma fórmula que resultou dos profícuos debates entre os defensores da Escola Clássica e da Escola Positivista, configurando um compromisso entre essas concepções.

A evolução do atual modelo tem como marco inicial o sistema de penas fixas adotado nos primórdios da Escola Clássica, com base nas concepções iluministas, do qual constitui exemplo paradigmático a legislação penal da Revolução Francesa (CP de 1791), na qual a lei estabelecia penas fixas para os diversos tipos de crime.⁶⁴⁵

Enfatizando a função de garantia do princípio da legalidade, o modelo iluminista buscava reduzir ao máximo o arbítrio judicial na fixação de penas, reservando-se ao legislador a determinação de sua medida, de acordo com os postulados da teoria da separação de poderes.

Segundo FIGUEIREDO DIAS, inexistia “qualquer verdadeiro procedimento de determinação da pena: estabelecido pelo juiz que o agente havia cometido um facto criminoso e era por ele responsável, a determinação da sanção operava-se automaticamente, por força da lei.”⁶⁴⁶

A medida das penas seria determinada, nesse contexto, com base em exigências absolutas de justiça, em contradição com as ideias utilitaristas introduzidas no movimento pela obra de BECCARIA.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. p. 186.

⁶⁴⁶ Ibid. p. 186.

⁶⁴⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

O princípio da legalidade receberia nova conotação, porém, no pensamento de FEUERBACH, vez que associado à teoria da coação psicológica, sublinhando-se a necessidade de uma prévia e precisa determinação legal dos crimes e penas para fins da devida divulgação da ameaça da lei penal.

Com a expansão e crescente adesão à ideia de penas indeterminadas em consonância com as teorias de prevenção especial da Escola Positivista, o princípio da legalidade seria relegado a uma função de menor importância, privilegiando-se a aplicação de penas individualizadas de acordo com as necessidades de recuperação do indivíduo, com fundamento em considerações de periculosidade.

A associação entre crime e doença, sanção e tratamento, conduziria ao desenvolvimento de um sistema de penas variadas e variáveis, estabelecidas por ato de individualização judicial da sanção, consubstanciado em um processo cujos fatores seriam de “difícil ou impossível racionalização”, vigorando uma “plena discricionariedade judicial”.⁶⁴⁸

A cada um desses modelos de determinação de pena corresponde uma opção por enfatizar a finalidade preventiva geral ou especial.

Assim, quando se restringiu a margem de atuação judicial, prevalecendo a fixação da pena pelo legislador, enfatizou-se a finalidade preventiva geral.

Por outro lado, a ampliação da margem de discricionariedade do julgador denotava uma maior importância da finalidade preventiva especial.⁶⁴⁹

O modelo atual, baseado na fixação de limites mínimo e máximo de pena pelo legislador, apresenta-se, assim, como uma síntese que conjuga as exigências da prevenção especial, expressas no princípio da individualização, com a função de garantia do princípio da legalidade e necessidades de prevenção geral.

Atribui-se, assim, à decisão judicial uma ampla margem de escolha, nos limites fixados pelo legislador, a ser utilizada na determinação da medida da pena, sem que se estabeleça de antemão quais critérios devem orientar essa escolha, ou seja, qual finalidade da pena deve orientar as decisões sobre a sua medida.

⁶⁴⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. p. 187.

⁶⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. p.736.

Nesse contexto, uma norma regulamentando a fixação da medida da pena (semelhante ao artigo 59 do Código Penal Brasileiro) pode ser encontrada em todos as legislações penais na Europa Continental.⁶⁵⁰

Trata-se de uma fórmula de resolução do problema das antinomias dos fins da pena, que indica critérios de determinação da medida da sanção, fazendo referência às ideias de prevenção e retribuição.

Utilizando expressões imprecisas, esses dispositivos atribuem ao juiz uma margem de discricionariedade juridicamente vinculada,⁶⁵¹ cabendo o julgador conferir maior ou menor peso a cada um dos critérios estipulados legalmente, em conformidade com a previsão, em outras normas legais e na Constituição, das finalidades de aplicação da pena.⁶⁵²

Assim, prevalecem as disposições legais sobre a jurisdição, reconhecendo-se, porém, que incumbe ao julgador extrair das palavras do legislador o sentido da lei, nem sempre expresso de forma unívoca.

Nessa perspectiva, conceitua-se a determinação da pena como a fixação da pena que corresponde ao delito, abrangendo a decisão de modalidade e

⁶⁵⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 69; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. p. 209; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 871.

⁶⁵¹ A autora registra, porém, posição minoritária no sentido de que o juiz dispõe de discricionariedade livre na determinação da medida da pena privativa de liberdade. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 81.

⁶⁵² Ibid. p. 76. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. p. 209.

quantidade de pena, bem como questões relativas à suspensão ou substituição por outras penas ou por medidas de segurança.⁶⁵³

A individualização ou determinação da pena em sentido amplo desdobra-se, por sua vez, em três etapas, quais sejam, a cominação, aplicação e execução.⁶⁵⁴

O processo inicia-se com a individualização legislativa, também chamada determinação legal (“Strafbemessung”) ou abstrata da pena.⁶⁵⁵

Consiste essa primeira etapa na fixação pelo legislador da espécie de sanção e respectiva quantidade abstrata, ou seja do marco penal genérico, fixando-se penas mínimas e máximas para cada delito, de acordo com as necessidades preventivo-gerais e proporcionalmente à gravidade do delito.⁶⁵⁶

Mais que estabelecer uma moldura de pena, a individualização legislativa compreenderia, nas palavras de DEMETRIO CRESPO

A determinação legal da pena pode entender-se como um processo de concreção das conseqüências jurídicas que corresponde aplicar a um sujeito criminalmente responsável pela comissão de uma infração penal, no qual se fixa a pena abstrata que se considera suficiente para impedir potenciais fatos delitivos, atendendo a critérios de proporcionalidade (marco penal abstrato), e se decide a classe e quantidade de pena, ainda em abstrato, que deve se impor a um fato (marco penal concreto)...⁶⁵⁷ (tradução nossa)

⁶⁵³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. p.734.

⁶⁵⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.471.

⁶⁵⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, [S.l.], v. 21, n. 67, p. 31-50, dec. 1999. ISSN 2346-2108. Disponível em: <<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1134/1076>>>. Acesso em 25 /03/2018.

⁶⁵⁶ A expressão é criticada por MIR PUIG, que a substitui por marco penal, como equivalente à penalidade. Sobre o tema ver MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. p.738.

⁶⁵⁷ No original em espanhol: “La determinación legal de la pena puede entender-se como um processo de concreción de las consecuencias jurídicas que

Na segunda etapa da individualização, ocorre a determinação judicial da pena (“Strafzumessung”), incumbindo ao julgador a tarefa de eleição da pena adequada ao caso concreto, dentro do marco estabelecido pelo legislador nas partes geral e especial.

Por fim, na fase da execução penal, realiza-se a etapa final da individualização.

A determinação judicial da pena constituiria, nesse contexto, um ato de discricionariedade juridicamente vinculada, na medida em que, embora ao juiz seja fornecida uma margem para decidir, sua atividade deve ser sempre orientada pelos princípios extraídos das declarações expressas da lei, ou das finalidades do direito penal, e, mais especificamente, das finalidades da pena.⁶⁵⁸

As normas sobre a determinação da pena — as quais constituiriam, na expressão de RODRIGUES, “patrimônio comum de muitas das legislações europeias continentais”— indicam critérios, fatores e finalidades da pena a serem observados na individualização judicial, variando seu conteúdo conforme a

corresponde aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal, en el que se fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos, atendendo a criterios de proporcionalidade (“marco penal abstracto”)...”, y se decide la classe y cantidad de pena, que hay que imponer a un hecho (“marco penal concreto”), DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, [S.l.], v. 21, n. 67, p. 31-50, dec. 1999. ISSN 2346-2108. Disponível em:

<<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1134/1076>>>.

Acesso em 25 /03/2018.

⁶⁵⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, [S.l.], v. 21, n. 67, p. 31-50, dec. 1999. ISSN 2346-2108. Disponível em: <<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1134/1076>>>.

Acesso em 25 /03/2018.

concepção adotada em cada ordenamento jurídico, como se verá resumidamente adiante.⁶⁵⁹

5.9.1 Teorias da pena e teorias de determinação da pena

As diferentes concepções a respeito das finalidades da pena, da função do princípio da culpabilidade, e do conteúdo material do conceito de culpa, refletem-se nos diversos modelos de individualização da pena introduzidos no sistema penal a partir da segunda metade do Século XX.

Nesse contexto, identifica-se uma tendência geral de implementação de reformas penais orientadas pelos princípios do neoclassicismo,⁶⁶⁰ como reação aos

⁶⁵⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 76, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. p. 78.

⁶⁶⁰ O termo neoclassicismo recebeu críticas de JAREBORG e HIRSCH, por denotar um movimento de retomada da velha teoria classicista, quando, na verdade, o modelo escandinavo teria adotado princípios inteiramente diversos das teorias de BENTHAM e KANT. Sobre o tema ver: JAREBORG, Nils; von HIRSCH, Andrew. *Neoklassizismus in der Skandinavischen Kriminalpolitik: sein Einfluss, seine Grundprinzipien und Kriterien*. In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg: Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 36. Nesse sentido ZIPF apontou a inexistência de um movimento político-criminal neoclassicista, observando que, assim como a Defesa Social, várias tendências e objetivos podem ser designados como neoclassicistas, embora sejam até mesmo parcialmente divergentes. Segundo ZIPF, apenas o rompimento com a ideia de tratamento e a adoção da proporcionalidade como medida de determinação da pena, são os únicos pontos essenciais do que se convencionou chamar neoclassicismo. Sobre o tema ver ZIPF, Heinz. *Mögliche Auswirkungen des Neoklassizismus auf die Deutsche und Österreichische Kriminalpolitik*. In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen*

excessos praticados sob o domínio das ideias da reabilitação, introduzindo-se dispositivos que estabeleceram a proporcionalidade entre gravidade do fato e severidade da pena, independentemente de considerações de prevenção especial.

A adesão ao novo modelo não teria ocorrido, porém, da mesma forma e na mesma medida em todos os ordenamentos, já que em alguns casos teriam sido mantidos elementos associados às ideias de prevenção especial como fatores de influência na determinação da pena.

Como observou ZIPF, as reformas penais associadas ao movimento neoclassicistas não concretizaram a total reformulação dos ordenamentos nacionais, com a substituição de um programa político-criminal por outro completamente diferente.

Teria se observado, em vez disso, avanços legislativos isolados que se encaixariam nas exigências do novo movimento, na medida em que introduziram penas determinadas e adotaram a gravidade do crime como ponto de referência do sistema de sanções⁶⁶¹

Nesse contexto, a influência do movimento resultou, em alguns casos, em uma considerável perda de importância dos princípios de tratamento, com a consequente predominância da orientação pela culpa e pela prevenção geral.

Em outros casos, porém, as reformas teriam sido implementadas de forma a inserir-se em um contexto prévio, no qual o princípio da culpabilidade e finalidades preventivas já vinham sendo utilizados, na busca de um equilíbrio na determinação da pena, de forma que os novos dispositivos teriam apenas alterado os conceitos centrais do sistema de sanções.⁶⁶²

Assim, observou-se um maior grau de penetração do neoretributivismo nas legislações finlandesa e sueca, onde se vinculou a medida da pena exclusivamente

Strafrechtskolloquium. Freiburg: Max-Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 141.

⁶⁶¹ ZIPF, Heinz. Mögliche Auswirkungen des Neoklassizismus auf die Deutsche und Österreichische Kriminalpolitik. In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg: Max-Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 142.

⁶⁶² *Ibid.* p. 144.

à gravidade do fato, enquanto que as considerações preventivas foram excluídas do processo de individualização da pena.

A implementação dos princípios neoclassicistas teria sido especialmente acentuada na Finlândia, uma vez que o sistema penal nunca havia atingido uma adesão irrestrita às ideias de reabilitação, como ocorrera nos demais países escandinavos.

Na reforma de 1976, um ano após a abolição da prisão por tempo indeterminado,⁶⁶³ foi alterado o artigo 1º do capítulo 6 da Lei Penal, passando a prever o dispositivo que “a pena deve ser medida em proporção direta à lesão ou ao perigo ligado ao ato criminoso, assim como à culpa do autor, como exteriorizada no ato criminoso.”

Como se vê, embora se admita, no modelo finlandês, que a pena seja também utilizada como instrumento de ressocialização ou reabilitação, critérios associados à prevenção especial foram absolutamente excluídos da determinação da pena.

De acordo com ANDREW von HIRSCH e JAREBORG, “a pena deve ser proporcional à gravidade do delito, e isso é tudo. Nenhuma corte tem poder, aqui, para, assim como no dispositivo alemão, fundamentar a determinação da medida da pena no comportamento futuro do apenado.”⁶⁶⁴

As reformas penais suecas, por sua vez, foram implementadas posteriormente, já na década de 1980.

⁶⁶³ JAREBORG, Nils. *The Swedish Sentencing Reform*. In CLARKSON, C.M.V. ; MORGAN, R. *The Politics of Sentencing Reform*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 97.

⁶⁶⁴ No original em alemão: “Die Strafe muss proportional zur Schwere des Delikts sein, und das ist alles. Kein Gericht ist hier. Ermächtigt, entsprechend etwa der deutschen Vorschrift die Strafzumessung auf das zu erwartende Zukünftige Verhalten des Täters zu stützen.” JAREBORG, Nils; von HIRSCH, Andrew. *Neoklassizismus in der Skandinavischen Kriminalpolitik: sein Einfluss, seine Grundprinzipien und Kriterien*. In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg: Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 42.

O antigo modelo baseava-se em um critério de justo merecimento, aplicando-se, porém, ideias de prevenção especial para determinados casos (criminosos jovens, perigosos, necessitados de cuidado especial, primários ou passíveis de reabilitação por meio de supervisão).

Os dispositivos antigos, orientados segundo a finalidade de reabilitação, foram excluídos, de forma que o critério do justo merecimento, já previsto na legislação, passou a ser aplicado como regra única de determinação de pena.

Assim, a determinação da pena, no modelo sueco, tem como fator de referência o chamado valor penal, o qual, por sua vez, deve ser obtido com base na lesão ou risco envolvido na conduta, o que o acusado entendeu ou deveria entender sobre a conduta, suas intenções e motivos.

A ideia central do modelo consistiria, portanto, no valor penal, conceito que compreenderia, segundo JAREBORG, tanto a seriedade do crime, quanto a culpabilidade.

Embora essa configuração seja eminentemente orientada pela ideia de proporcionalidade entre gravidade do crime e severidade da pena, elementos de prevenção geral acabaram sendo incorporados ao modelo inicialmente proposto pela comissão encarregada da redação da nova legislação.

Dessa forma, a frequência de determinados casos passou a ser considerada como fator de determinação da pena, sendo certo que a principal consequência dessa concessão teria sido a fixação da pena para os crimes de drogas em patamares muito superiores à seriedade do delito, tendo em vista o impacto internacional do tráfico de drogas.⁶⁶⁵

Além disso, a aplicação das normas relativas às alternativas ao encarceramento permaneceu orientada pelas exigências de prevenção especial.⁶⁶⁶

Embora também baseado na teoria do justo merecimento e na ideia de proporcionalidade, o modelo adotado nos Estados Unidos, difere do escandinavo,

⁶⁶⁵ JAREBORG, Nils. *The Swedish Sentencing Reform*. In CLARKSON, C.M.V. ; MORGAN, R. *The Politics of Sentencing Reform*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 105.

⁶⁶⁶ *Ibid.* p. 101.

tanto pela forma de determinação da pena quanto pela maior penetração da ideias preventivistas.

Caracterizou-se a reforma penal nos Estados Unidos pela introdução de diretrizes de determinação da pena (“sentencing guidelines”), tanto em nível federal quanto em alguns estados (Minnesota, Washington D.C., Pensilvânia, Flórida).

Nesse caso, a gravidade do delito e os antecedentes do autor foram alocados respectivamente nas colunas vertical e horizontal de uma grade, configurando-se uma matriz para fins de orientação da decisão judicial de determinação da pena.

A prisão, intervenção mais drástica, fica afastada no caso das infrações menos graves da grade, independentemente dos antecedentes criminais, enquanto que a pena de prisão deve ser sempre aplicada nas infrações mais graves da escala, também sem levar em conta os antecedentes.

Já nas infrações intermediárias, tanto a gravidade do delito quanto os antecedentes influenciam a opção pela pena de prisão ou outra forma de sanção.⁶⁶⁷

A mesma matriz deve ser utilizada, no sistema das diretrizes, para determinação da medida da pena de prisão, de forma que a duração da pena privativa de liberdade é fixada, nesse modelo, por meio da conjugação de fatores relativos à gravidade e aos antecedentes, variando o peso desses últimos na medida da gravidade da infração.

Entretanto, além das diretrizes de determinação da pena, foram introduzidos vários dispositivos implementando penas determinadas para certos tipos de delitos (por exemplo, porte ilegal de armas) ou de forma genérica, para reincidentes, de forma que o legislador reduziu a margem de discricionariedade do judiciário na determinação da pena, privilegiando finalidades preventivas gerais em detrimento da individualização.

De outro lado, verificou-se uma influência não tão acentuada do movimento neoclassicista no âmbito das reformas penais implementadas na maioria dos países

⁶⁶⁷ ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische un empirische Studie zur Herstellung un Darstellung des Strafmaßes*. Berlin: Dunkler & Humblot, 1994.

ocidentais, onde considerações teleológicas teriam sido incluídas como fatores de determinação de pena, ao lado do princípio da culpa.⁶⁶⁸

Nesse contexto, algumas teorias foram desenvolvidas buscando estabelecer as relações entre culpa e prevenção na determinação da medida concreta da pena.

Trata-se, segundo TEIXEIRA, de diferentes abordagens quanto à forma de “determinar como as divergentes tradicionais finalidades atribuídas à pena – retribuição, prevenção geral e especial – deveriam manifestar-se no momento da aplicação concreta da sanção criminal.”⁶⁶⁹

Dentre os modelos clássicos de determinação da pena destacam-se a teoria de valor de emprego ou posição, a teoria da margem de liberdade, a teoria da pena exata, a teoria da moldura da culpa e a teoria da pena proporcional ao fato.

Não se busca, nesse ponto, elaborar uma exposição completa da dogmática da determinação da pena, a uma porque semelhante tarefa extrapola dos limites desse trabalho, a duas porque apenas alguns aspectos do tema tem relevância para o desenvolvimento das questões aqui abordadas.

Assim, a moldura teórica da determinação da pena será analisada com foco nos aspectos relativos à relação entre as exigências preventivas da pena e os mecanismos de limitação do poder punitivo em cada modelo.

Trata-se de uma exposição predominantemente teórica para fins de preparação de uma moldura dogmática que deverá possibilitar uma interpretação crítica do sistema penal brasileiro, nas perspectivas doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

⁶⁶⁸ ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*. Eine vergleichende theoretische un empirische Studie zur Herstellung un Darstellung des Strafmaßes. Berlin: Dunkler & Humblot, 1994. p.129.

⁶⁶⁹ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 35.

5.9.2 Teoria da pena Exata ou do Ponto Fixo

De acordo com a teoria da pena exata ou do ponto fixo, a pena deveria ser fixada em um ponto exato da moldura abstrata, em função única e exclusivamente da medida da culpa, restando as considerações teleológicas em segundo plano, como consequência da pena fixada na medida da culpa.

Nessa perspectiva, as demandas preventivas seriam consideradas apenas dentro do conceito de culpa, para a determinação exata de sua medida.⁶⁷⁰

Assim, a todo delito corresponderia, teórica ou metafisicamente, uma exata sanção, em consonância com o grau de culpabilidade, embora nossa capacidade de análise seja incapaz de reconhecer essa medida.⁶⁷¹

A principal crítica dirigida a essa concepção apontou a impossibilidade de se fixar a pena de acordo com uma concepção de culpa absoluta, afinada com ideias retributivas e metafísicas, tanto em razão das limitações do conhecimento humano sobre o tema, como pela incompatibilidade do modelo com um direito penal orientado politicamente pela finalidade preventiva de aplicação da pena.⁶⁷²

⁶⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português*. Parte Geral II: As consequências Jurídicas do Crime. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993.

⁶⁷¹ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 51.

⁶⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 499. Segundo TEIXEIRA, a teoria da pena exata teria sofrido uma distorção por parte de seus críticos, segundo esse autor, KAUFMANN teria defendido, na verdade, a fixação da medida da pena sem considerações alheias à culpabilidade, como a prevenção, periculosidade, comportamento durante o processo, etc..., buscando evitar a violação ao princípio da culpabilidade, vício de que sofreria, segundo KAUFMANN, a teoria da margem de liberdade. Nessa perspectiva, a teoria do ponto exato seria uma precursora da teoria da pena proporcional ao fato. Para uma abordagem completa ver TEIXEIRA, Adriano. Op.cit., nota 577, p. 36.

Para além da impossibilidade de conhecimento da pena exata em razão da deficiência cognitiva humana, ROXIN sustentou a inexistência de uma magnitude penal que corresponda com exatidão ao grau de culpabilidade, de forma que a teoria da margem de liberdade ajustar-se-ia melhor às necessidades político criminais na fixação da pena.⁶⁷³

A inadequação da teoria da pena exata do ponto de vista político-criminal evidenciar-se-ia, de acordo com ROXIN, pelo fato de que

o que é merecido não é algo escrito com precisão no céu de uma conceito metafísico de culpabilidade, que mesmo com ajuda de um telescópio seria difícil de ler, mas o resultado de um processo psicossociológico valorativo, mutável, de uma valoração da comunidade que desde um princípio não pode determinar-se em relação com a magnitude penal de um modo exato, pois só possui realidade empírica no âmbito de uma certa margem de liberdade.⁶⁷⁴

O autor advertiu, ainda, para a incompatibilidade da teoria da pena exata com o direito positivo alemão, tendo em vista a previsão legal de elementos relacionados à prevenção especial como fatores de determinação da pena.⁶⁷⁵

⁶⁷³ Nesse sentido, DEMÉTRIO CRESPO nega não somente a impossibilidade de conhecimento da medida exata da culpa, mas a própria existência de uma magnitude exata de pena que corresponda a um determinado grau de pena. Sobre o tema ver DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, [S.l.], v. 21, n. 67, p. 31-50, dec. 1999. ISSN 2346-2108. Disponível em: <<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1134/1076>>>. Acesso em 25 /03/2018.

⁶⁷⁴ Esse foi o entendimento adotado pela BGHSt, em decisão na qual entendeu que “Não se pode determinar, com precisão, que pena corresponde à culpabilidade. Existe aqui uma margem de liberdade (“Spielraum”) limitada em seu grau máximo pela pena ainda adequada (à culpabilidade). ROXIN, Claus. Determinación de La Pena a la Luz de la teoria de los Fines de la Pena. In ROXIN, Claus. Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.97

⁶⁷⁵ Ibid. p.99

5.9.3 Teoria do valor de emprego ou valor de posição

De acordo com a teoria do valor de emprego ou posição, a culpa e as finalidades preventivas da pena deveriam ser considerados de forma independente, nas diferentes etapas ou fases de determinação da pena.

Assim, a medição da pena ou determinação da pena em sentido estrito (magnitude da pena) seria orientada única e exclusivamente pela culpa, excluindo-se, nessa fase qualquer consideração relativa às finalidades preventivas, as quais ficariam adstritas à segunda fase, ou seja, à escolha da modalidade da pena.⁶⁷⁶

Nessa perspectiva, os fatores previstos no §46 do StGB deveriam ser considerados na perspectiva da culpabilidade, excluindo-se qualquer critério preventivo, enquanto que a aplicação dos §§47 e seguintes do StGB (o qual prevê regras de substituição da pena privativa de liberdade por multa, suspensão condicional da pena e liberdade condicional, entre outros) deveria ser orientado teleologicamente, pelas exigências de prevenção.⁶⁷⁷

Segundo RODRIGUES, o modelo buscaria evitar a dupla valoração das considerações preventivas, típica da teoria da margem de liberdade, na qual os fatores teleológicos são valorados no âmbito da moldura da culpa e na escolha da modalidade da pena.⁶⁷⁸

Embora a teoria tenha elaborado uma solução simples para a antinomia dos fins da pena, eliminando o problema por meio da divisão do processo de determinação em etapas, o modelo não encontrou receptividade por parte da maior parte dos autores, em razão de sua incompatibilidade com o direito positivo.

Entretanto, alguns aspectos da teoria receberam adesão de ROXIN, tendo o autor apontado dois pontos de acerto no modelo.

⁶⁷⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 489; TEIXEIRA, Adriano. Teoria da Aplicação da Pena. Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.p. 51.

⁶⁷⁷ Ibid. p.53.

⁶⁷⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op.cit., nota 582, .p. 491; TEIXEIRA, Adriano. Teoria da Op.cit., nota 582. p. 52.

A exclusão da retribuição da culpabilidade na aplicação do §§47 e seguintes do StGB (nos casos de substituição da pena privativa de liberdade por multa, suspensão condicional da pena e liberdade condicional, entre outros), seria decorrência, segundo esse autor, da própria previsão legal, tendo em vista a supressão da reserva de culpabilidade, prevalecendo, na aplicação desses institutos, as necessidades preventivas especiais.⁶⁷⁹

Outro ponto de convergência consistiria, segundo ROXIN, na exclusão de considerações relativas à prevenção geral da determinação da pena, uma vez que a legislação alemã refere-se tão somente à prevenção especial, de forma que as exigências preventivas gerais seriam atendidas mediante a fixação da pena nos limites da culpabilidade.⁶⁸⁰

A grande divergência estaria, portanto, na completa exclusão da prevenção especial da determinação da medida da pena em sentido estrito, implicando a impossibilidade de redução da pena para valores inferiores ao mínimo adequado à culpa.

A fixação de uma pena inferior àquela que corresponderia à culpabilidade seria desejável, segundo ROXIN, do ponto de vista preventivo especial para, por exemplo, evitar consequências contrárias à socialização.⁶⁸¹

Foi observado, ainda, que a vinculação absoluta entre a culpabilidade e a medida da pena poderia importar o bloqueio dos substitutivos penais, ao demandar

⁶⁷⁹ ROXIN, Claus. *Prevención e Determinación de la Pena*. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981. p.128.

⁶⁸⁰ ROXIN, Claus. *Prevención e Determinación de la Pena*. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.134

⁶⁸¹ Além de apoiar seus argumentos na parte geral do StGB, o autor acresce como ponto de sustentação o § 3, par. 2o da Lei Geral Penitenciária Alemã(StVollzg), que determina que se evite as consequências prejudiciais da privação de liberdade, já que não haveria nenhuma razão para que esse dispositivo também fosse levado em conta no momento de determinação da pena. Ibid. p.138.

a fixação da pena em patamares superiores àqueles previstos nos preceitos correspondentes.⁶⁸²

Além disso, destaca-se que a valoração da culpa para fins de determinação da medida da pena em sentido estrito seria coerente com um direito penal orientado pela finalidade retributiva, mas incompatível com um direito penal fundamentado em considerações teleológicas relacionadas à necessidade social.⁶⁸³

5.9.4 Teoria da margem de liberdade

A teoria da margem de liberdade (“Spielraumtheorie”) tem sua origem no direito alemão e vem sendo amplamente adotada na doutrina e jurisprudência daquele país e de diversos outros.⁶⁸⁴

⁶⁸² ROXIN, Claus. Op.cit., nota 586, p.142

⁶⁸³ Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS faz críticas à teoria na perspectiva da legislação portuguesa, apontando a incompatibilidade do modelo com o artigo 72 do Código Penal português. Aponta, ainda, a falta de legitimidade da teoria em razão da ausência de necessidade da pena cuja medida é determinada conforme o grau de culpabilidade. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português. Parte Geral II: As consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. Para uma exposição completa das críticas recebidas pelo teoria do valor de emprego ou posição ver RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 491-497.

⁶⁸⁴ Sobre as origens da teoria ver RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 506-507. Aderiram à teoria, entre outros, MAURACH Reinhart et ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte general*. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p. 745-750; ROXIN, Claus. *Determinación de La Pena a La Luz de La teoria de Los Fines de la Pena*. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.95-107. Sobre o reconhecimento da teoria no âmbito do direito penal português e alhures, ver

Segundo a teoria da margem de liberdade, a medida da pena deve ser determinada essencialmente pela medida da culpa.

Porém, sendo impossível determinar, com exatidão, a quantidade de pena correspondente ao grau de culpa, estabelece-se, em vez disso, uma moldura da culpa (“Schuldrahmen”), que funciona como uma margem de liberdade ou de indeterminação, entre um máximo e um mínimo.⁶⁸⁵

De acordo com a jurisprudência do BGH (decisão de 10 de novembro de 1954), trata-se “de um espaço de liberdade, cujo limite inferior é dado pela pena que já se revela adequada à culpa e cujo limite superior é dado pela pena que ainda se revela adequada à culpa.”⁶⁸⁶

As considerações preventivas atuariam justamente dentre dessa margem, devendo ser escolhida, dentre as diversas penas adequadas à culpa, a que se revele mais apropriada para a ressocialização do réu.⁶⁸⁷

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 511.

⁶⁸⁵ Como observado por RODRIGUES, a ideia de margem de liberdade não tem adesão unânime da doutrina, entendendo alguns que se trataria, ao contrario, de uma tarefa de concretização que deve conduzir à descoberta da pena correta. Nesse sentido, a autora cita BRUNS, para quem a moldura da culpa deveria ter limites muito estreito e fixos. BRUNS, Strafzumessungsrecht. Apud RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 522. Diversamente, a moldura da culpa constituiria expressão das finalidades preventivas gerais, sendo certo que dentro de seus limites, qualquer pena seria igualmente correta, desde que apontada com base nas exigências de prevenção especial. ROXIN, Claus. Op.cit., nota 590, p.97.

⁶⁸⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op.cit., nota 590, p. 407-508.

⁶⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português*. Parte Geral II: As consequências Jurídicas do Crime. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. P. 224

A moldura da culpabilidade funcionaria, assim, como um “estádio de trânsito até a medida definitiva da pena”, interligando o ponto de partida do marco punitivo à medida definitiva fixada com base em pontos de vista preventivos, por meio da valoração da culpabilidade.⁶⁸⁸

A partir desses postulados iniciais, que constituem o chamado “núcleo duro” da teoria, desenvolveram-se algumas clivagens em relação ao desenvolvimento teórico do modelo inicial.

No que se refere à moldura da culpa, destaca-se, inicialmente, a controvérsia a respeito da conjugação da função limitadora da culpa com os elementos previstos legalmente como fatores de determinação da medida da pena.

Considerando-se a previsão legal de fatores pessoais (caráter, condições pessoais, sociais ou motivos) como elementos a serem incluídos no processo de individualização da pena, questiona-se quais, dentre esses fatores, deveriam ingressar na determinação da medida da pena pela via da culpa ou pela via da prevenção.

A opção pela consideração dos fatores pessoais pela via da culpa implicaria a necessidade de se aderir à dualidade do conceito de culpa, utilizando-se um conceito material no âmbito da dogmática do delito e outro para fins de determinação da pena.

Nesse sentido, ROXIN apontou que a função do princípio da culpabilidade no âmbito da determinação da pena não é a mesma desempenhada na sua fundamentação. Segundo esse autor

Na culpabilidade como fundamento da pena se trata de se o autor deve ser castigado, é dizer, de questões como as seguintes: pode o autor atuar de outro modo? É necessário por razões preventivas sancionar penalmente seu comportamento? Os elementos dos que se deriva uma resposta afirmativa não se podem, sem mais, estender até o ponto que possa ler-se neles a magnitude da culpabilidade. Esta magnitude depende mais de circunstâncias em parte completamente distintas, como se depreende já o § 46, par. 2º do StGB....⁶⁸⁹ (tradução nossa)

⁶⁸⁸ MAURACH Reinhart et ZIPF, Heinz. Derecho Penal: Parte general. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p. 745

⁶⁸⁹ No original em Espanhol: “En la culpabilidad como fundamento de la pena se trata de si el autor debe ser castigado, es decir, de cuestiones como las siguientes: ¿pudo el autor actuar de otro modo?, ¿ Es necesario por razones preventivas sancionar penalmente su comportamiento? Los elementos de los

Nessa perspectiva, o conceito de culpabilidade (para fins de determinação da pena) seria preenchido por considerações relacionadas à prevenção integradora.

Assim, algumas circunstâncias da personalidade do autor seriam relevantes para o grau de culpabilidade, na medida em que contribuiriam para a determinação das necessidades de prevenção geral de integração.⁶⁹⁰

Como observado, entretanto por RODRIGUES, a ampliação do conceito material da culpa para fins de determinação da pena implicaria a perda de consistência do conceito, inviabilizando sua função limitadora.

Além disso, a inclusão dos fatores pessoais na determinação da pena pela via da culpa dependeria de uma elaboração indiciária ou, o que seria mais indesejável, ensejaria a possibilidade de se abranger na valoração da culpa toda a vida pregressa do réu.⁶⁹¹

Além do substrato material da culpa, controverte-se ainda, no âmbito da teoria da margem de liberdade, sobre as possíveis soluções de um conflito entre prevenção e culpa.

que se deriva una respuesta afirmativa no se pueden, sin más, extender hasta el punto de que pueda leers en ellos la magnitud de la culpabilidad. Esta magnitud depende más bien de circunstancias en parte completamente distintas, como se desprende ya del § 46, par. 2o , StGB.... ROXIN, Claus. Culpabilidad, Prevencion y Responsabilidad n Derecho Penal. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.180.

⁶⁹⁰ ROXIN, Claus. Culpabilidad, Prevencion y Responsabilidad n Derecho Penal .In ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.181-182.

⁶⁹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade. Coimbra: Coimbra, 1995.p. 527-529.

Quanto à prevenção geral, reconhece-lhe, na versão positiva, a função de fixar a moldura da culpa, havendo relativo consenso quanto a esse ponto.⁶⁹²

No que se refere à prevenção especial, podem ser observadas duas questões: uma relativa às modalidades de prevenção especial e outra relativa à solução do conflito entre finalidade preventiva especial e culpa.

A primeira questão consiste na necessidade de se optar entre neutralização, intimidação e ressocialização como formas de prevenção especial, sendo certo que tem prevalecido a opção pela ordenação em progressão.

Assim, neutralização e ressocialização, formas mais gravosas de intervenção, teriam um papel residual em relação à intimidação, de forma que não se aplicariam em conjunto mas, evitando a violação da proibição de excesso. Como disse MAURACH

[...]elas são aplicadas combinadamente, em certa ordem, na qual o fim seguinte da pena somente recebe aplicação quando o anterior não seja suficiente [...] basicamente se deve tomar como ponto de partida somente a necessidade de um enérgico chamado ao cumprimento das obrigações para alcançar uma conduta livre de penas. Somente quando de acordo com a personalidade do autor e sua carreira criminal anterior exista a necessidade de um tratamento ressocializador, é possível recorrer a este fim da pena. Finalmente, o fim de asseguramento somente tem lugar ali onde essa influência positiva sobre o autor, no sentido da intimidação ou da ressocialização não ofereça possibilidades de êxito.⁶⁹³ (tradução nossa)

⁶⁹² Ibid. p. 531. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português. Parte Geral II: As consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. P. 225

⁶⁹³ No original em espanhol: “[...] ellas no son aplicadas combinadamente, sino en un cierto orden, en el cual el siguiente fin de la pena solo recibe aplicación cuando el anterior no sea suficiente [...] Basicamente se debe tomar como punto de partida solo la necesidad de un energico llamado al cumplimiento de las obligaciones para alcanzar una conducta libre de penas. Sólo cuando de acuerdo a la personalidad del autor y a su Carrera criminal anterior exista la necesidad de un tratamiento resocializador, es posible recurrir a este fin de la pena. Finalmente, el fin de aseguramiento solo tiene lugar allí donde esa influencia positive sobre el autor, en el sentido de la intimidación o la resocialización, no ofrezca posibilidades de éxito.” MAURACH Reinhart et ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte general*. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p. 763.

Quanto ao conflito entre prevenção especial e culpa, não há controvérsias no que se refere à impossibilidade de ser ultrapassado o limite máximo da culpabilidade.

Diverge-se, porém, no que se refere à possibilidade de se fixar a pena em patamar inferior ao mínimo da moldura da culpa.

Assim, embora o BGH tenha decidido pela impossibilidade de fixação da pena aquém do limite mínimo ou além do máximo estabelecido na moldura da culpa, sustentou ROXIN que as necessidades preventivas especiais devem prevalecer sobre a medida da culpa na determinação da pena, admitindo-se, portanto, aplicação de pena inferior ao limite inferior da moldura da culpa.

Argumentou o autor que a moldura da culpa seria estabelecida legislativamente, de acordo com as exigências da prevenção geral, já que a pena adequada à culpabilidade seria a mais conveniente para manter a confiança da população no direito.

Poderia extrair-se, entretanto, da previsão da possibilidade de suspensão condicional da pena ou de liberdade condicional, por exemplo, por razões de prevenção especial, um princípio geral, segundo o qual o ordenamento jurídico permitiria a imposição de uma pena inferior à correspondente à culpabilidade quando esta última pudesse ensejar efeitos prejudiciais para a ressocialização.⁶⁹⁴

A adesão à teoria da margem de liberdade, embora consideravelmente ampla, não é irrestrita. O modelo vem recebendo críticas fundamentadas em premissas variadas, convergindo a maioria delas para a deficiente legitimidade da culpa como fator de medida da pena no âmbito do direito penal orientado para a proteção de bens jurídicos.

Assim, observou FIGUEIREDO DIAS que, a adoção da culpa como “força determinante (ainda que através de uma moldura, que não de um ponto exato), contrariaria a ideia de que a prevenção constitui a finalidade esgotante da pena,

⁶⁹⁴ ROXIN, Claus. Determinación de La Pena a la Luz de la teoría de Los Fines de la Pena. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981. p.105-109.

afigurando-se, portanto, incompatível com o direito penal fundamentado exclusivamente nas necessidades preventivas.⁶⁹⁵

De forma semelhante, a crítica de SCHÜNEMANN baseou-se sobretudo na associação do princípio da culpa como o paradigma do direito penal de retribuição, no qual a ideia de “uma quantidade de pena correspondente a uma medida de culpa seria logicamente correta e adequada.”

No contexto de um direito penal de prevenção, entretanto, a teoria tornar-se-ia obsoleta, na medida em que, restringindo-se a função da culpa à legitimação de uma pena necessária do ponto de vista preventivo, não se pode admitir uma correspondência entre o grau de culpa e a medida da pena.

Além disso, inexistindo a finalidade de retribuição, a fixação da pena em patamar inferior ao nível da pena correspondente à medida da culpa ou à renúncia à aplicação de pena configurariam hipóteses que em nada contradizem o princípio da culpa.⁶⁹⁶

Critica-se, ainda, o fato de que o ponto central da teoria, o princípio da culpa, não teria recebido elaboração teórica suficientemente precisa, a ponto de habilitá-lo

⁶⁹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal Português*. Parte Geral II: As consequências Jurídicas do Crime. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993. P. 226; no mesmo sentido RODRIGUES RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 541.

⁶⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung. In In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg: Max-Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 210-211. Também no sentido de que a superação de uma ideia de retribuição da culpa deve ser aplicada também no âmbito da determinação da medida da pena, o que implicaria a substituição do princípio da culpa como referência pelas finalidades preventivas, embora reconheça que essa substituição poderia ocasionar problemas na sua implementação prática, devido à deficiência de fundamentação empírica, HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Ducker & Humblot, 1999. p. 77-78.

à função de limitação das exigências preventivas, de forma que a falta de consenso na definição material do conceito contribuiria para a falta de efetividade do modelo no controle do poder punitivo.

A decisão paradigmática do BGH sobre a matéria, ilustraria exemplarmente a falta de definição da teoria, ao estabelecer uma moldura da culpabilidade entre quinze anos e prisão perpétua, estabelecendo uma ampla margem de liberdade, dentro da qual qualquer pena fixada de acordo com critérios de prevenção especial estaria correta.⁶⁹⁷

Somam-se a essa imprecisão conceitual as dificuldades relativas à apreensão da medida exata da culpa e da sua tradução em cifra numérica.

Nesse aspecto, acrítica poderia basear-se, de acordo com ALBRECHT, nos mesmos argumentos que embasaram o ataque à teoria da pena exata, já que, sendo impossível determinar apenas uma medida de pena correspondente a determinado grau de culpa, mais problemática ainda seria a tarefa de determinar não apenas um, mas dois valores, os limites inferior e superior da moldura da culpa.

Assim a teoria agravaria o problema da impossibilidade de determinação da medida da culpa, em vez de solucioná-lo, ensejando a necessidade de duas decisões e duas fundamentações.⁶⁹⁸

Nesse sentido, HÖRNLE atribuiu o estado insatisfatório da teoria à imprecisão do conceito de culpa para fins de determinação da pena, já que

⁶⁹⁷ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

⁶⁹⁸ ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*. Eine vergleichende theoretische un empirische Studie zur Herstellung un Darstellung des Strafmaßes. Berlin: Dunkler & Humblot, 1994. P. 38. As mesmas indagações em DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, [S.l.], v. 21, n. 67, p. 31-50, dec. 1999. ISSN 2346-2108. Disponível em: <<<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1134/1076>>>. Acesso em 25 /03/2018. No mesmo sentido, TEIXEIRA, Adriano. Op.cit., nota 603, p. 41.

Se trata de uma das questões menos claras e mais controvertidas do direito penal. Formulações como: culpa no sentido do § 46 par. 1.S 1. Seria a medida da reprovação, que ao autor se deve dirigir em razão de seu ato, nada acrescentam, já que essa definição deixa em aberto, quais critérios devem orientar essa medida. A aproximação a uma culpa para fins de medida da pena resulta não de uma explicação sistemática do conceito, mas de forma indutiva, por meio da canonização de considerações semelhantes anteriores, a partir das quais a teoria foi elaborada...⁶⁹⁹

Acrescentou a autora que a teoria da margem de liberdade funcionaria, na prática, não como uma teoria da determinação da pena, mas como uma teoria de controle, um método de revisão das decisões judiciais de primeira instância pelas cortes superiores, por meio do qual se buscaria estabelecer limites ao poder de reforma das decisões impugnadas.⁷⁰⁰

Também a orientação pelas finalidades preventivas da pena é atacada pela doutrina, ponderando-se que os efeitos de proteção dos bens jurídicos, ou,

⁶⁹⁹ No original em alemão: “Es handelt sich um einen der umstritesten und am wenigsten geklärten Bereiche des Strafrechts. Formulierungen wie: Schuld im Sinne des § 46 Abs. 1. S. 1 sei das Mass des Vorwurfs, der dem Täter für seine Tat zu machen ist, führen nicht weiter, da diese Definition offen lässt, nach welchen Kriterien dieses Mass ermittelt werden soll. Die Annäherung an die Strafzumessungsschuld erfolgt nicht durch eine systematische Begriffsklärung, sondern induktiv durch die Kanonisierung herkömmlicherweise verwandter Strafzumessungserwägungen, um die die Theorie gleichsam herumgebaut wird HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Ducker & Humblot, 1999.p. 38; A falta de precisão do das bases conceituais da teoria conduziria, segundo SCHÜNEMANN, à desigualdade e fragmentação na prática da determinação da pena. SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung. In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg: Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 213.

⁷⁰⁰ HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Ducker & Humblot, 1999. p. 35; No mesmo sentido ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes. Berlin: Dunkler & Humblot, 1994. p.41.

especificamente, o efeito dissuasivo do aumento da pena fixada nos casos individuais carecem ambos de demonstração empírica definitiva.⁷⁰¹

5.9.5 Teoria da Pena Proporcional ao Fato

Assim como a teoria da margem de liberdade, a teoria da pena proporcional ao fato foi desenvolvida no contexto da ruptura com a ideia de pena indeterminada, orientada quantitativa e qualitativamente pelas exigências da prevenção especial, notadamente, pelas demandas do tratamento do réu.

A adoção da abordagem proporcionalista não significaria, porém, um retorno irrestrito à configuração anterior ao processo de secularização do direito penal, com a retomada do direito penal de retribuição da culpa.⁷⁰²

Em vez disso, o modelo proposto estabelece uma vinculação entre a gravidade da pena e o fato criminoso, não como fundamento da punição, mas como fator determinante de sua medida.

O fundamento da imposição da pena residiria, nessa perspectiva, na função de proteção do bem jurídico, desempenhada pelo sistema penal como um todo, e na necessidade de imposição de pena como veículo de um juízo de censura em relação ao fato criminoso praticado no caso concreto.

O processo de determinação da pena seria, assim, desvinculado das teorias da pena, e, portanto, da influência de considerações teleológicas, as quais deveriam ficar adstritas ao processo de criminalização.

⁷⁰¹ Nesse sentido JESCHECK, noticiando, porém que a jurisprudência admite um agravamento da pena por razões de prevenção geral negativa apenas nos casos em que se constata um aumento nos registros de ocorrências semelhantes na região, embora a prevenção geral nem mesmo tenha sido mencionada no 46 do StGB; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 882

⁷⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): um primer esbozo. *Indret*, Barcelona n.2, 2007. Disponível em << http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf>> . Acesso em 28/03/2018.

A partir desse ponto comum, pode-se identificar duas vertentes no que se refere à eleição dos fatores de referência para a determinação da medida da pena.

De um lado, a abordagem norteamericana caracteriza-se pela opção por um modelo vinculado ao grau de lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, conjugado com a culpabilidade do agente, sendo esse último fator relativo aos elementos subjetivos da conduta.

Nessa perspectiva, o desvalor do fato manifestar-se-ia na intensidade e modalidade da lesão ou perigo de lesão, afastando-se, assim, considerações imponderáveis a respeito da personalidade do agente, de forma a reduzir consideravelmente os fatores levados em conta na individualização da pena.⁷⁰³

O modelo de proporcionalidade referenciado na medida da lesão ao bem jurídico, ofereceria vantagens no que se refere à determinação da medida da pena, uma vez que, segundo HIRSCH e JAREBORG, seria apto a fornecer orientações práticas para a aplicação da pena nos casos individuais, o que não seria possível no âmbito das finalidades preventivas.⁷⁰⁴

As orientações para determinação da pena seriam proporcionadas pela possibilidade de fixação de penas de acordo com a gravidade do crime, embora admita-se a necessidade de maior elaboração teórica no que se refere à escala de gravidades de crime e ao peso a ser conferido aos antecedentes criminais do réu.

A determinação da medida da pena pelo modelo proporcionalista não implicaria necessariamente a elaboração de diretrizes numéricas, como sucedeu no caso das legislações estaduais e federal nos Estados Unidos, bastando a adoção de previsões legislativas de princípios orientadores, como aconteceu na Finlândia e Suécia.⁷⁰⁵

⁷⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung. In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*. Freiburg: Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 213.

⁷⁰⁴ von HIRSCH, Andrew. ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 5.

⁷⁰⁵ Segundo os autores, a adoção dos princípios orientados pelo merecimento na legislação finlandesa e sueca, respectivamente em 1976 e 1989, teria fornecido

Outra vantagem da abordagem proporcionalista residiria no correto direcionamento das penas não restritivas de direito, assegurando-se sua aplicação às infrações de gravidade média, como substitutos ao encarceramento, excluindo-se de seu âmbito de aplicação as infrações mais leves, o que poderia ocorrer com base em considerações de prevenção especial.⁷⁰⁶

Entretanto, o modelo não excluiria peremptoriamente a persecução de outras finalidades durante a execução da pena fixada proporcionalmente à lesão ou perigo de lesão criado pelo ato criminoso.

O que não se admite é que se aplique uma sanção consideravelmente mais severa em razão das necessidades preventivas, em desacordo com o nível de gravidade do crime.

De outro lado, o modelo proposto por HÖRNLE diverge quanto ao fator de referência para a medida da pena, adotando uma vinculação entre a gravidade do crime e a teoria do delito.

Assim, sustentou a autora que o desvalor da ação, desvalor do resultado e culpa reduzida forneceriam a moldura para a elaboração de um juízo de valor a respeito do ato criminoso.

Nessa perspectiva, a determinação da pena seria decomposta em duas fases, consistindo a primeira etapa na avaliação do injusto para fins de medida da pena e a segunda, na verificação de uma redução da culpabilidade que implique uma menor gravidade do fato.⁷⁰⁷

critérios mais apropriados à prática da determinação da pena, segundo os quais a gravidade do ato criminoso deveria ser fator determinante. von HIRSCH, Andrew. ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 6. No mesmo sentido HÖRNLE, apontando que o § 46 do StGB poderia ser utilizado como fundamento legal para um modelo de determinação da pena proporcional ao fato. Sobre o tema ver: HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Ducker & Humblot, 1999. p. 364

⁷⁰⁶ von HIRSCH, Andrew. Op.cit., nota 611, p. 6.

⁷⁰⁷ HÖRNLE, Tatjana. Op.cit., nota 611, p. 145.

A associação entre a determinação da pena e a teoria do delito asseguraria, na visão de HÖRNLE, uma individualização normativamente vinculada, restringindo-se os fatores que poderiam ser incluídos na fixação da pena àqueles já integrados na teoria do delito.⁷⁰⁸

Diversamente do que ocorre com a determinação da pena pela medida da culpa, a orientação pela gravidade do fato conduziria, segundo a autora, à uma maior racionalidade na fixação da pena no caso individual, evitando disparidades e inconsistências.⁷⁰⁹

Nesse sentido, observou SILVA SÁNCHEZ, que o marco penal abstrato previsto pelo legislador

Configura como a resposta preconstituída a um conjunto de atos que coincidem em constitui um determinado tipo de injusto penal, culpável e punível, no qual se contem os elementos que fundamentam o merecimento e a necessidade daquela pena marco. Em segundo lugar, que injusto e culpabilidade (assim como punibilidade) constituem magnitudes materiais graduáveis. Por isso, o marco penal abstrato pode ver-se como a união de um conjunto de cominações penais mais detalhadas (submarcos) que atribuiriam medidas diversas de pena às distintas subclasses de realizações (subtipos), mais ou menos graves, do injusto culpável e punível expressado no tipo.⁷¹⁰ (tradução nossa)

⁷⁰⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Ducker & Humblot, 1999. p.146

⁷⁰⁹ Nesse sentido FEIJÓO SANCHEZ, embora sem aderir à teoria. FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional ao hecho. Barcelona, *InDret*, Enero, 2007. Disponível em <<<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78725/102801>>>. Acesso em 28/03/2018.

⁷¹⁰ No original em Espanhol: [...] El marco penal abstractamente previsto se configura como la respuesta preconstituída a un conjunto de hechos que coinciden en constituir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena-marco. En segundo lugar, que injusto y culpabilidade (así como punibilidade) constituyen magnitudde materiales graduables. Por ello, el marco penal abstracto puede ver-se como la unión de un conjunto de conminaciones penales mas detalladas (submarcos) que asgnarían medidas diversas de pena a las distintas subclasses de realizaciones (subtipos), más o

As diferenças teóricas entre o modelo de determinação da pena na medida da culpa e o modelo proporcionalista refletir-se-iam na prática, segundo SCHÜNEMANN, podendo-se ilustrar essa dicotomia tomando como exemplo a aplicação prática de alguns dispositivos introduzidos quando da reforma legislativa alemã.

Embora se tenha-se afastado, com o § 47 do StGB, a execução de penas de liberdade curtas (menos de 6 meses), sucedeu-se, após um período de decréscimo da população prisional, novo crescimento da taxa de encarceramento em 1983, atribuindo-se esse aumento à prática dos juízes, os quais teriam deixado de aplicar as penas curtas, optando pela fixação da pena em patamares superiores, de forma a escapar ao âmbito do dispositivo citado, garantindo a efetiva execução da pena de prisão.⁷¹¹

A forma como o dispositivo foi aplicado — em contraste com o espírito dos redatores do Projeto Alternativo, os quais buscaram primordialmente a redução na utilização das penas de prisão curtas— seria decorrência, segundo SCHÜNEMANN, da aplicação do § 47 do StGB, em consonância com o § 56 abs. 3, de forma a determinar-se a pena na medida da culpa conjugada com considerações de prevenção especial, levando-se em conta o prognóstico de reincidência.

Os efeitos da introdução do dispositivo seriam diversos, segundo o autor, caso fosse interpretado de acordo com o modelo proporcionalista, já que a vinculação entre a “defesa da ordem jurídica” do § 56 Abs. 3, e os princípios da prevenção geral integradora asseguraria uma menor margem de discricionariedade para a individualização judicial da pena, com a exclusão de prognósticos de

menos graves, del injutlo culpable y punible expressado en el tipo. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): um primer esbozo. *InDret*, Barcelona n.2, 2007. Disponível em << http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf>> . Acesso em 28/03/2018.

⁷¹¹ WEIGEND, Thomas. Sentencing and Punishment in Germany. in TONRY, Michael; FRASE, Richard S. (Ed). *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 189.

reincidência e avaliações de fatos estranhos ao ato praticado, como a personalidade do agente.⁷¹²

5.9.6 Teorias da determinação da medida da pena e taxas de encarceramento

As diversas reformas legislativas implementadas na segunda metade do século XX, no âmbito da determinação da medida da pena concretizaram, portanto, diferentes abordagens quanto à influência das finalidades preventivas na medida da sanção.

Uma conclusão definitiva sobre a correlação entre as reformas legislativas e a redução ou aumento da população carcerária demandaria extensas pesquisas empíricas e profundo trabalho de metaanálise, na perspectiva histórica e comparada, o qual desbordaria dos limites do tema ora proposto.

Entretanto, ao se demonstrar a influência das teorias da pena nos movimentos de política criminal por meio das reformas legislativas no âmbito da determinação da pena, corrobora-se a associação entre a adoção de uma ou outra teoria da pena e a consequente tendência de aumento ou redução das taxas de encarceramento.

Assim, no caso Finlandês, a introdução de dispositivos atrelando a determinação da medida da pena ao desvalor do fato, conforme os princípios da teoria proporcionalista de origem norteamericana, pode ser considerada a via por meio da qual a mudança de concepções — o rompimento com a ideologia do tratamento e a opção por um sistema eminentemente neoclacista — teria contribuído para a drástica redução da população carcerária.

A mesma interpretação pode ser aplicada aos efeitos das diretrizes implementadas pela Comissão de Diretrizes de determinação de pena de Minnesota, sendo que, nesse caso, a correlação entre as diretrizes e a redução da taxa de encarceramento encontra sustentação empírica.

⁷¹² Sobre o tema ver SCHÜNEMANN, Bernd. Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung. In In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg: Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987. p. 232-233.

No que se refere ao caso da Alemanha, por outro lado, identificou-se uma relação entre a ampla margem de liberdade característica do modelo de determinação de pena baseado na teoria da margem de liberdade, e o aumento da taxa de encarceramento na década de 1980.

A influência das teorias da pena nas normas de individualização da pena em sentido amplo (normas de determinação da medida da pena, substituição por penas alternativas, suspensão condicional da pena, livramento condicional, etc) vem se manifestando, como foi demonstrado, por meio das decisões tomadas nos diversos níveis do sistema penal.

Assim, os efeitos da adoção das diferentes concepções, no que diz respeito à determinação da pena, resultam de reformas legislativas e das práticas das instituições atuantes no sistema penal, notadamente o juízes, promotores, autoridades policiais.

A partir dessa conclusão parcial, pretende-se analisar como as teorias da pena, concretizadas nas reformas legislativas e nas práticas das instituições atuantes no sistema penal, especialmente no que se refere à individualização da pena, teriam contribuído para o crescimento da população carcerária brasileira no período entre 1995 e 2015.

6 CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE DA LITERATURA

A inflação carcerária brasileira vem sendo abordada na literatura nacional sob diversas perspectivas, apontando-se diferentes origens para o fenômeno.

Uma vasta produção tem se orientado para a investigação da influência dos fatores externos ao sistema pena, predominando as abordagens na perspectiva materialista histórica, com ênfase especial para influência da introdução de medidas neoliberais no crescimento da população carcerária.

Embora se reconheça a extrema importância das linhas de pesquisa assim direcionadas, optou-se, nesse trabalho, por abordar a influência dos fatores internos do sistema penal, é dizer, as diversas decisões todas em todos os níveis do sistema penal, desde a fase persecutória até a execução penal.

Por isso, o tratamento do caso brasileiro será precedido de uma análise da produção literária brasileira voltada para a investigação dos fatores internos ao sistema penal.

Destacam-se, nesse contexto, seis principais linhas de investigação, quais sejam: a expansão do direito penal, a bifurcação da política criminal, o sistema processual inquisitorial, a política criminal de drogas e a legislação dos crimes hediondos.

Serão abordados, em seguida, os textos mais representativos de cada uma dessas diferentes vertentes, sem a intenção de aprofundar as abordagens individualmente, procurando-se proporcionar uma visão panorâmica do estado do tratamento do tema.

6.1 Expansão do direito penal e crescimento da população carcerária no Brasil

Identifica-se uma tendência mais ou menos generalizada, em vários países do mundo ocidental, de expansão do direito penal, caracterizando-se o fenômeno pela introdução de novos tipos penais, agravamento dos já existentes, restrição ou reinterpretção das garantias clássicas do Direito Penal e Direito Processual penal,

criação de novos bens jurídicos penais, ampliação dos espaços jurídicos penalmente relevantes, além da flexibilização das regras de imputação.⁷¹³

A ampliação do âmbito de incidência do poder punitivo, com o crescimento numérico das hipóteses de criminalização primária, aumento dos marcos penais e modificação de normas penais não incriminadores no sentido de se expandir o alcance do direito penal, tem sido apontada como fator determinante para o crescimento das taxas de encarceramento no Brasil, nas duas últimas décadas.⁷¹⁴

Como observou CHRISTIANO FRAGOSO, embora se identifique uma tendência expansiva desde meados do Século XX, a expansão assumiu caráter mais acentuado do final da década de 1980 em diante. Diz o autor

A análise da quantidade de leis penais mostra que a média anual de leis penais no período de 26 anos entre 1985 e 2011 (cerca de 4,27 leis por ano) é mais do que o dobro da média anual de leis penais editadas no período de 44 anos entre 1941 e 1985 (2,07 leis por ano), o que indica que, nas últimas décadas, houve uma aceleração da tendência à expansão da criminalização primária.⁷¹⁵

Embora se reconheça que nem toda a produção legislativa do período tratado pelo autor implica necessariamente a expansão do poder punitivo, constata-se, de acordo com CHRISTIANO FRAGOSO, uma predominância de medidas que incrementam a severidade da intervenção penal.

⁷¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.21

⁷¹⁴ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 321. No mesmo sentido, em relação especificamente à década de 1990, CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira, BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 34.

⁷¹⁵ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 309.

Segundo o autor, no período entre 1941 e 1985, os “maiores aumentos de pena e ampliações de modalidades típicas” se relacionaram com os crimes de comércio de drogas ilícitas e com os chamados crimes contra a segurança nacional (contra o estado e a ordem política).

No período entre 1985 e 2011, porém, teria sido mantida a expansão apenas no que diz respeito ao comércio clandestino de entorpecentes, retraindo-se a criminalização no que se refere à segurança nacional.

Além da ênfase na política criminal de drogas, a expansão do direito penal no período entre 1941 e 1985 teria abrangido, segundo CHRISTIANO FRAGOSO, os crimes que envolvem a administração pública ou as relações privadas de trabalho, crimes patrimoniais com violência à pessoa; crimes de perigo comum; crimes que envolvem violência física ou sexual contra a pessoa, ou que, de qualquer modo, são perpetrados contra vítimas consideradas especialmente vulneráveis.

A tendência expansiva da atividade legislativa poderia ser parcialmente explicada, segundo CARVALHO, pelas normas constitucionais programáticas. A constituição, diz o autor, “ampliou as hipóteses de criminalização primária e enrijeceu o modo de execução das penas.”⁷¹⁶

A expansão do âmbito de incidência do Direito Penal pode ser ilustrada pela relação de leis a seguir indicada, elaborada sem nenhuma pretensão de exaurir a produção legislativa no período, destacando-se apenas os diplomas com maior potencial de produção de efeitos no sistema penal e, principalmente, no sistema carcerário.

As leis foram classificadas conforme o caráter mais ou menos encarcerador, seguindo a metodologia utilizada por LAPPI SEPPALA, para indicar com sinal positivo o caráter encarcerador e, com o negativo, o caráter desencarcerador.

O critério de classificação dos efeitos foi baseado na observação da composição da população prisional, de acordo com os levantamentos realizados nas duas últimas décadas, não se podendo, porém, afirmar com absoluta precisão e certeza, por falta de suficiente embasamento empírico, que exista uma

⁷¹⁶ CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira, BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 364.

correlação entre cada um dos atos legislativos e a flutuação da população prisional no período imediatamente seguinte.

Lei	Medida	+ -
Lei 1.431/51	Altera os art. 63 do CP e 725 do CPP, sobre vigilância do liberado	+
Lei 5.467/68	Caracteriza como o crime de comércio de espécimes de fauna silvestre o mero transporte sem comprovação de origem.	+
DL 4.865/42	Proíbe a suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros em caráter temporário	++
Lei 6.910/81	Impede a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, no crime de contrabando ou descaminho.	+
Lei 2.505/55	Reduziu a pena mínima do art. 180 do Código Penal de 1940 de 2 para 1 ano	--
Lei 4.451/64	Inclui no art. 281 do Código Penal de 1940 o verbo "plantar".	+
Lei 5.474/68	Altera o art. 172 do CP de 1940 para aumentar a pena do crime de Duplicata Simulada de 1 a 3 anos para 1 a 5 anos de detenção	+
Lei 5.478/68	Altera o art. 244 do CP de 1940 para aumentar a pena de abandono material de 3 meses a 1 ano para 1 a 4 anos de detenção, acrescentando a conduta do solvente que frustra ou ilide o pagamento de pensão judicialmente acordada. Cria, no art. 22, o crime de deixar de prestar informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia.	+
DL 385/68	Altera o art. 281 do CP de 1940, criminalizando a posse, importação etc. de matéria prima e a posse para uso próprio.	+++
Lei 5.726/71	a) Altera o art. 281 do CP de 1940, aumentando a pena do comércio e posse para uso de substância, entorpecente de 1 a 5	+++

Lei	Medida	+-
	<p>anos para 1 a 6 anos, acrescenta verbo “adquirir”,</p> <p>b) acrescenta causa de aumento de pena em um terço se a substância for vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 21 anos ou a quem tenha suprimida a capacidade de autodeterminação;</p> <p>c) aumenta a pena da prescrição por médico ou dentista de 6 meses a 2 anos para 1 a 5 anos de detenção;</p> <p>d) introduz o crime de quadrilha para fins de comércio ilícito com pena de 2 a 6 anos;</p> <p>e) acrescenta a expressão “ou que determine dependência física ou psíquica.</p>	
Lei 6.368/76	Revoga o art. 281 do CP de 1940, aumentando a pena do tráfico de substância entorpecente de 1 a 5 anos para 3 a 15 anos; cria o crime de associação para fins de tráfico com pena de 3 a 10 anos; reduz a pena para prescrição por médico para 6 meses a 2 anos.	+++
Lei 6.799/80	Altera o art. 327 do CP de 1940, criando causa de aumento de um terço nos crimes contra administração pública para ocupantes de cargos em comissão.	+
Lei 6.895/80	Altera o art. 184 do CP de 1940, para aumentar a pena da reprodução de 3 meses a 1 ano de detenção para 1 a quatro anos de reclusão.	+
Lei 6.898/81	Alterou o art. 242 do CP de 1940, introduzindo a conduta de registrar como seu o filho de outrem.	+
Lei 7.251/84	Alterou o art. 245 do CP de 1940, aumentando a pena do crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea de 1 a 6 meses para 1 a 2 anos de detenção.	+
Lei 8.069/90	Estatuto da Criança e do Adolescente	++
Lei 8.072/90	Lei dos Crimes Hediondos	+++

Lei	Medida	+ -
Lei 8.137/90	define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.	+
Lei 8.930/94	Incluiu na relação do art. 1º da Lei 8072/90 o latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e forma qualificada, estupro e atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, genocídio	+++
Lei 9.034/95	Permite delação premiada em casos praticados em organização criminosa	- +
Lei 9.099/95	Introduziu a composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo.	--
Lei 9.268/96	Alterou a redação do art. 51 do CP para vedar a conversão da pena de multa em privativa de liberdade	--
Lei 9.269/96	Acrescentou ao art. 159 do CP o § 4º prevendo redução de pena (de uma dois terços) para o aquele que, em caso de concurso, denunciar o concorrente.	-
Lei 9.426/96	Alterou o art. 155 do CP, incluindo o § 5º com previsão de escala de 3 a 8 anos para subtração de veículo automotor transportado pra outro Estado ou exterior.	+
Lei 9.318/98	Alterou o ar. 61, alínea h para incluir a mulher grávida	+
Lei 9.714/98	Permite a pena restritiva de direitos a crimes doloso com penas aplicadas até 4 anos (alterando o limite anterior que era de 1 ano) e cria outras modalidades de penas restritivas.	--- +
Lei 10.259/01	Ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo	---
Lei 9.459/97	Alterou o art. 20 da Lei 7716/89, passando a punir a discriminação ou preconceito mesmo que não praticado por meio de comunicação social.	+
Lei 9677/98	Alterou o art. 272 do CP, aumentado a pena de 2 a 6 anos para 4 a 8 anos de reclusão para o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de	++

Lei	Medida	+-
	substância ou produtos alimentícios; incluiu a conduta de fabricar, vender, e outras modalidades no § 1º, com a mesma pena e introduziu a modalidade culposa com pena de 1 a 2 anos de detenção; alterou o art. 273, restringindo a abrangência somente aos produtos terapêuticos ou medicinais, aumentando a pena de de 1 a 3 anos para 10 a 15 anos de reclusão; Aumentou a pena da modalidade culposa de 2 a 6 meses de detenção para 1 a 3 anos de reclusão; ampliou o rol de substâncias para incluir matérias primas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes e os de uso em diagnósticos, entre outras medidas.	
Lei 9.777/98	Alterou o art. 207 do Código Penal (Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional), aumentando a pena de 2 meses a 1 ano de detenção para 1 a 3 anos de detenção, prevendo aumento de um sexto se a vítima é menor de dezoito, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.	
Lei 9.983/00	Acrescentou ao CP o art. 168-A, prevendo o crime de apropriação indébita previdenciária, com pena de 2 a 5 anos de reclusão.	+
Lei 10.224/01	Acrescentou ao CP o art. 216-A (Assédio Sexual) com pena de 1 a 2 anos de detenção.	+
Lei 10.268/01	Alterou o art. 342, introdução da causa de aumento de pena de um sexto a um terço, em vez de um marco penal de 2 a 6 anos; alterou o art. 343, aumentando o marco penal de 1 a 3 anos, por 3 a 4 anos de reclusão	- +
Lei 10.467/02	Acrescentou ao CP o capítulo II-A, que trata dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, prevendo o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) com pena de 1 a 8 anos; o crime de tráfico de influência em	

Lei	Medida	+-
	transação comercial internacional, com pena de 2 a 5 anos, com aumento de metade se for alegado ou insinuado que a vantagem também se destina ao funcionário estrangeiro.	
Lei 10.741/03	Estatuto do Idoso	++
Lei 10.763/03	Acrescenta ao art. 33 do Código Penal o § 4º condicionando a progressão de regime nos crimes contra a administração pública à reparação do dano ou devolução do produto do ilícito.	+
Lei 10.803/03	Altera o art. 149 do CP para indicar hipóteses de redução à condição análoga do escravo e equiparar a conduta de cercear o uso de meio de transporte ou manter vigilância ostensiva ou apoderar-se de documentos pessoais, de forma a retê-lo no local de trabalho.	
Lei 10.886/04	Acrescenta ao CP os 9º ao 11 do art. 129, prevendo os crime de lesão praticado contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade com pena de 6 meses a 1 ano de reclusão. (violência doméstica)	++
Lei 11.340/06	Altera o art. 61 do CP, letra f para incluir a violência contra a mulher; altera o art. 129, aumentando a pena da lesão doméstica para 3 meses a 3 anos de detenção; altera o art. 152 da Lei 7.210/84, para incluir na limitação de fim de semana a possibilidade de que seja determinado o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.	+
Lei 11.343/06	Lei de Drogas	+++
Lei 11.464/07	Alterou o art. 2º, inciso II, §2º da Lei 8072/90 fixando as frações de 2/5 e 3/5 para progressão de regime em crimes hediondos.	+++

Lei	Medida	+ -
Lei 11.466/07	Acrescentou ao CP o art. 319-A (prevaricação penitenciária) com pena de 3 meses a 1 ano de detenção.	+
Lei 11.596/07	Incluiu no art. 117 a publicação do acórdão condenatório como causa interruptiva da prescrição.	
Lei 11.923/09	Acrescenta ao CP § 3º do art. 159 tipificando a conduta conhecida como sequestro relâmpago, com pena de 6 a 12 anos.	++
Lei 12.012/09	Acrescenta ao CP o art. 349-A, criminalizando o ingresso com aparelho telefônico em estabelecimento prisional, com pena de 3 meses a 1 ano de detenção.	+
Lei 12.234/10	Alterou o art. 109, inciso VI do CP, aumentando de 2 para 3 anos o prazo prescricional para crimes com penas inferiores a 1 ano.	++
Lei 12.720/12	Alterou o CP para a) introduzir o crime de constituição de milícia privada (art. 288-A, com pena de 4 a 8 anos de reclusão). b) introduzir, no art. 121 e no art. 129, a causa de aumento de um terço até a metade se o crime foi praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança ou por grupo de extermínio.	
Lei 12.850/13	Alterou o CP para reduzir o número mínimo para a configuração de associação criminosa, fixando causa de aumento de até a metade se for armada e tiver participação de criança ou adolescente.	+
Lei 13.008/14	Aumentou a pena para o delito de contrabando, que foi isolado em tipo autônomo, de 1 a 4 anos para 2 a 5 anos.	
Lei 13.104/15	Alterou o CP para incluir o feminicídio, homicídio praticado contra mulher por razões da condição do sexo feminino, entre as hipóteses de homicídio qualificado, com pena de 12 a 30 anos de reclusão.	
Lei 13.142/15	Alterou o CP para incluir homicídio praticado contra autoridade, agentes do sistema prisional, entre outros,	

Lei	Medida	+-
	entre as hipóteses de homicídio qualificado, com pena de 12 a 30 anos de reclusão; altera o art. 129 introduzindo causa de aumento de pena de um a dois terços nas mesmas circunstâncias.	
Lei 13.228/15	Altera o CP para incluir no art. 171 o §4º que prevê pena em dobro se a vítima for idosa.	
Lei 13.344/16	Alterou o CP para incluir o art. 149-A, prevendo crime de tráfico de pessoas, com pena de 4 a 8 anos de reclusão.	
Lei 13.330/16	Alterou o CP para incluir no art. 155 a qualificadora relativa a subtração de semovente domesticável, com pena de 2 a 5 anos e o art. 180-A (receptação de animal) com pena de 2 a 5 anos.	++
Lei 13.654/18	<p>Alterou o CP para</p> <p>a) introduzir, no art. 155, as qualificadoras relativas à subtração com emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum e à subtração de substâncias explosivas ou de acessórios que possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego, com pena de 4 a 10 anos;</p> <p>b) introduzir, no art. 157, causa de aumento de pena de um terço relativa à subtração de substâncias explosivas ou de acessórios que possibilitem sua fabricação e causa de aumento de pena de dois terços na sub tração com destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que causa perigo comum;</p> <p>c) Excluir a causa de aumento relativa ao emprego de arma e introduzir a causa de aumento de dois terços relativa ao emprego de arma de fogo.</p> <p>d) Aumentar a pena para o roubo seguido de lesão grave para 7 a 18 anos e para o roubo seguido de morte para 20 a 30 anos.</p>	+++

Como se vê, embora se identifique algumas medidas de redução do âmbito de incidência do poder punitivo, como a Lei 9.099/95 e a Lei 9.714/98, são absolutamente predominantes as inovações que ampliam o poder punitivo, com maior frequência daquelas que criminalizam condutas ou aumentam as escalas penais.

Além da ampliação das hipóteses de ampliação e execução de penas privativas de liberdade, no âmbito do processo penal, as inovações teriam proporcionado, segundo CARVALHO, um “alargamento da criminalização secundária”, com a introdução da nova possibilidade de prisão cautelar, a prisão temporária (Lei 7.690/89) e novas espécies de vedação de fiança e liberdade provisória (Leis 7.716/89, 8.072/90, 9.034/95 e 9.455/97).⁷¹⁷

Assim, como observou o autor, o aumento da população prisional teria resultado de uma conjugação de fatores relativos aos diversos níveis do sistema penal, podendo-se afirmar que

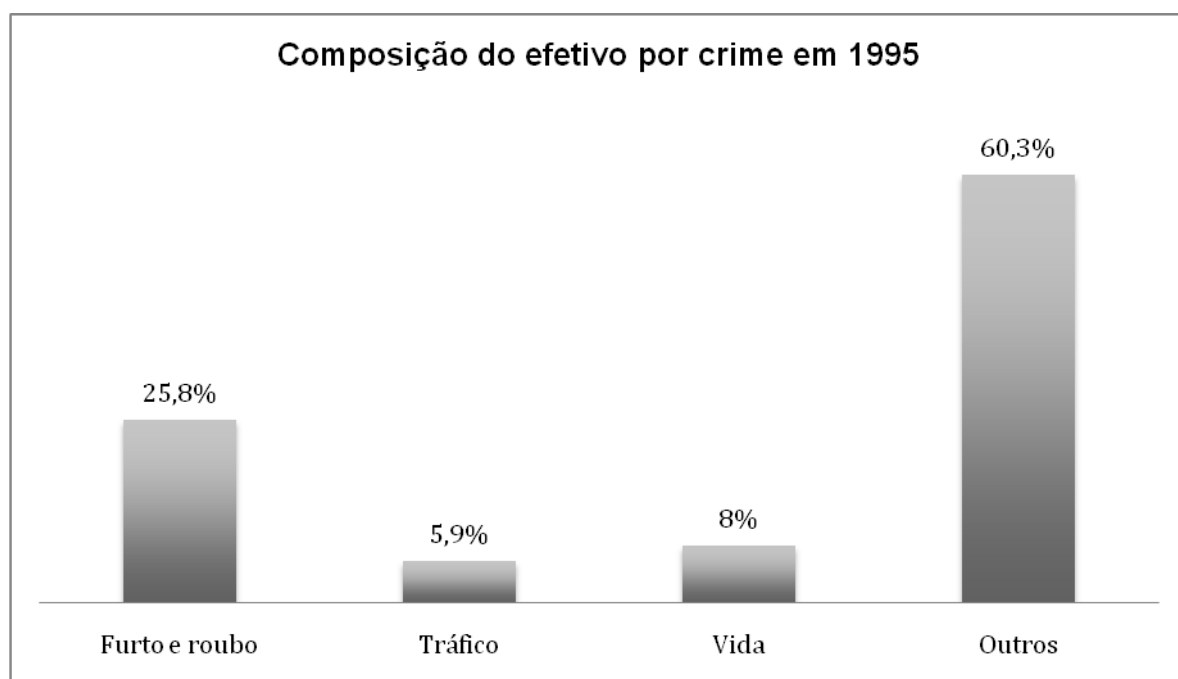
[...]inúmeros fatores contribuíram par o incremento dos índices de encarceramento: (a) criação de novos tipos penais a partir do novo rol de bens jurídicos expressos na Constituição (campo penal); (b) ampliação da quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal); (c) sumarização do procedimento penal, com o alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal); (d) criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); (e) enrijecimento da qualidade do cumprimento da pena, com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal); (f) limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); (g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (vg. Lei 10.792/03) (campo penitenciário).⁷¹⁸

⁷¹⁷ CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira, BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 365.

⁷¹⁸ CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira, BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 366.

É preciso distinguir, todavia, as hipóteses nas quais a legislação introduzida efetivamente pode ter produzido efeitos sobre as taxas de encarceramento.

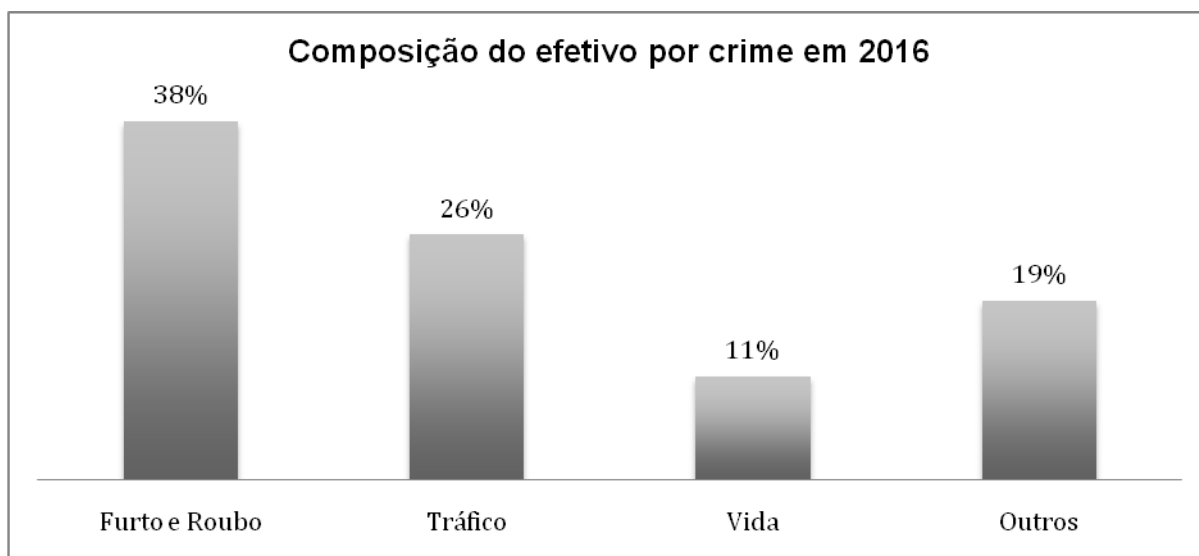
A análise da composição da população prisional revela, como observou JAPIASSÚ, que as principais causas do encarceramento seriam os crimes contra o patrimônio, drogas e homicídio, como demonstram os seguintes gráficos representando a composição do efetivo, nos anos de 1995 e 2016:⁷¹⁹



Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Censo Penitenciário de 1995, Brasília, 1995⁷²⁰

⁷¹⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, Ano 1, Vol. 1, p. 101-111, Junho 2013.

⁷²⁰ No gráfico do ano de 1995, a legenda outros refere-se aos seguintes crimes: Lesão Corporal, crimes contra a pessoa, estelionato, extorsão com sequestro, crimes contra o patrimônio, uso de entorpecentes, crimes contra os costumes e outros, além das contravenções. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Censo Penitenciário de 1995, Brasília, 1997.



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Junho 2016

No que se refere ao período entre 1985 e 2018, grande parte da expansão do direito penal diz respeito a condutas cuja incriminação pretende tutelar bens como a administração pública, relações privadas de trabalho, ordem econômica e tributária ou saúde pública.

A distribuição da nova legislação no que se refere ao âmbito de proteção do direito penal pode ser ilustrada pela seguinte tabela:

Lei	Âmbito de proteção	Objetivo
Lei 8.069/90	Crianças e adolescentes	Criminalização
Lei 8.072/90	Vida, Integridade, patrimônio, saúde pública, liberdade sexual	Aumento de Pena
Lei 8.137/90	Ordem tributária, econômica e relações de consumo	Criminalização
Lei 8.930/94	Vida, Integridade, patrimônio, saúde pública, liberdade sexual	Aumento de pena
Lei 9.426/96	Patrimônio	Aumento de pena
Lei 9.318/98	Parte Geral	Aumento de pena
Lei 9.459/97	Racismo	Criminalização
Lei 9677/98	Saúde pública	Criminalização e aumento de pena
Lei 9.777/98	Relações privadas de trabalho	Aumento de pena

Lei	Âmbito de proteção	Objetivo
Lei 9.983/00	Administração Pública	Criminalização
Lei 10.224/01	Liberdade sexual	Criminalização
Lei 10.268/01	Administração da Justiça	Aumento de pena
Lei 10.467/02	Administração pública estrangeira	Criminalização
Lei 10.741/03	Vida, Integridade, patrimônio, saúde pública	Criminalização e aumento de pena
Lei 10.803/03	Relações privadas de trabalho	Criminalização
Lei 10.886/04	Integridade	Aumento de pena
Lei 11.340/04	Integridade	Aumento de pena
Lei 11.343./06	Saúde pública (drogas)	Aumento de pena
Lei 11.464/06	Vida, Integridade, patrimônio, saúde pública, liberdade sexual	Aumento de pena
Lei 11.466/07	Administração Pública	Incriminação
Lei 11.596/07	Parte Geral	Prescrição
Lei 11.923/09	Patrimônio	Aumento de pena
Lei 12.012/09	Administração Pública	Criminalização
Lei 12.234/10	Parte geral	Prescrição
Lei 12.720/12	Paz pública	Criminalização
Lei 12.850/13	Paz publica	Criminalização
Lei 13.008/14	Administração Pública	Aumento de pena
Lei 13.104/15	Vida	Aumento de pena
Lei 13.142/15	Vida e integridade	Aumento de pena
Lei 13.228/15	Patrimônio	Aumento de pena
Lei 13.344/16	Liberdade	Criminalização
Lei 13.330/16	Patrimônio	Aumento de pena
Lei 13.654/18	Patrimônio	Aumento de pena

No período entre 1984 e 2018, no que se refere aos delitos que influenciam efetivamente a população carcerária, podem-se computar um total de dezesseis casos de aumento de pena, sendo 7 relativos a crimes contra a patrimônio, 3 relativos aos crimes de drogas, 4 relativos aos crimes contra a vida e 2 na parte geral.

Assim, a relação entre expansão do direito penal e encarceramento no Brasil estaria restrita aos casos de aumento de penas e redução de garantias no que diz respeito aos delitos que tradicionalmente exercem influência nas taxas de encarceramento.

Tendo em vista que o impacto dessas alterações sobre as taxas de encarceramento varia de acordo com outros fatores, alguns dos diplomas indicados recebem maior destaque na literatura, especialmente a legislação de drogas, a lei dos crimes hediondos.

6.2 Bifurcação da Política Criminal: substitutivos penais e crescimento da população carcerária no Brasil

Em que pese a predominância das medidas de expansão do direito penal, destacam-se no mesmo período casos de introdução de medidas que reduzem o âmbito de incidência do poder punitivo, por meio da implementação de substitutivos penais.⁷²¹

Dentre os substitutivos penais, destacam-se as penas alternativas, que foram introduzidas inicialmente no bojo da reforma penal de 1984, ampliando-se seu âmbito de incidência com a Lei 9.099/95 (que previu a possibilidade de imposição sem procedimento judicial nas hipóteses de transação penal, no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo), e, posteriormente, com a Lei 9.714/98 (que previu a possibilidade de substituição para penas de até quatro anos).

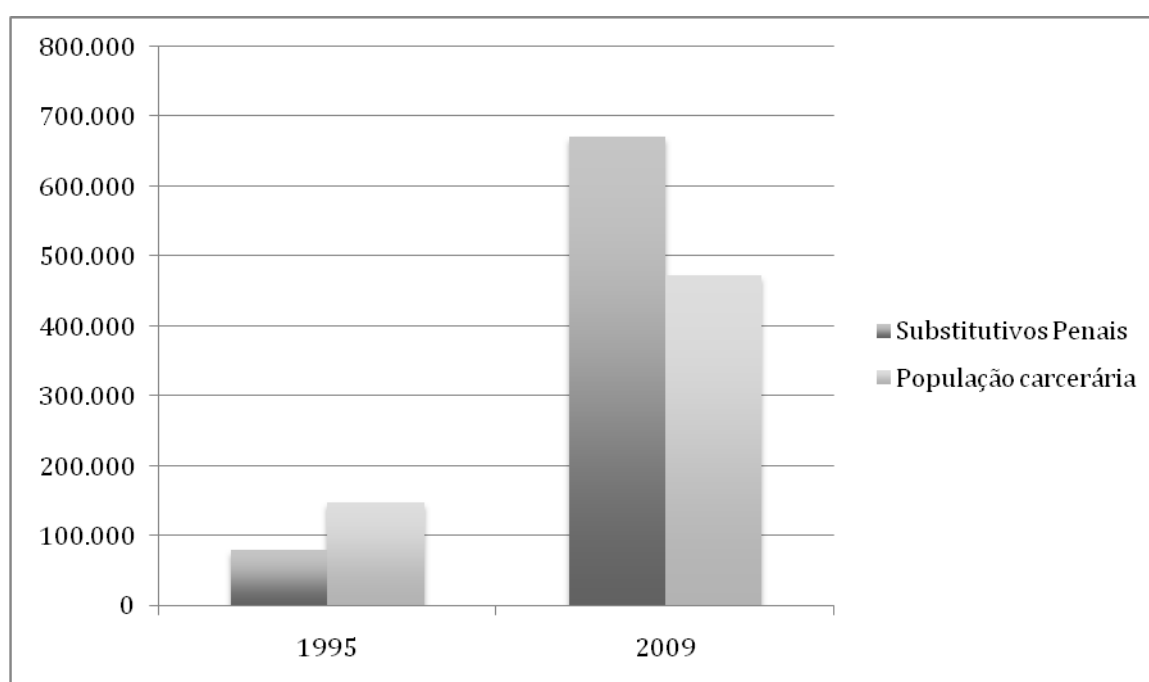
Embora tenha-se ampliado o âmbito de aplicação das penas alternativas ao longo das décadas de 1980 e 1990, a implementação dessas medidas não

⁷²¹ Substitutivos penais ou alternativas penais seriam, Segundo SOUZA e JAPIASSÚ, os institutos de Direito Penal, Processo Penal e Execução penal, tendentes a impedir ou reduzir o encarceramento do infrator. Seriam eles a liberdade provisória com ou sem fiança, a justiça restaurativa, o monitoramento eletrônico, a suspensão da pena ou do processo, livramento condicional, transação penal, penas alternativas ou restritivas de direito, entre outros. Sobre o tema ver SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 445-446.

implicou, como observado por JAPIASSÚ, nem a redução nem a reversão da tendência de crescimento da população carcerária.⁷²²

A aplicação das penas e medidas alternativas vem aumentando nas duas últimas décadas, tendo evoluído de 80.364 casos de aplicação de substitutivos penais, em 1995, para 671.078, em 2009.

Entretanto, no mesmo período, o efetivo carcerário aumentou de 148.760 em 1995, para 473.626, em 2009, e a taxa de encarceramento aumentou de 95,4, em 1995 para 247,3, em 2009.



Fonte: Ministério da Justiça. Dez Anos de Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Brasília, 2010. Disponível em <<

⁷²² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Alternativas a la prisión en Brasil: ¿Instrumentos para la reducción dela población carcelaria o para la ampliación del control estatal. Revista Derecho Penal. Año I, N. 1. Ediciones Infojus, p. 115, 2012. Disponível em <<http://www.saij.gov.ar/carlos-eduardo-adriano-japiassu-alternativas-prision-brasil-instrumentos-para-reduccion-poblacion-carcelaria-para-ampliacion-control-estatal>>. Acesso em 26 de maio de 2018. No mesmo sentido, CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira, BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 371-372.

<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/diagnostico10anospoliticanacionalpenasmedi.pdf>>>

Constata-se um crescimento de 735 por cento do número de casos de aplicação de penas e medidas alternativas e um aumento de 218 por cento da população carcerária, no mesmo período.

A introdução dos substitutivos penais não influenciou as taxas de encarceramento no Brasil, embora sua aplicação venha se intensificando ao longo dos anos, razão pela qual vem se questionando a eficácia dos substitutivos penais como instrumento de redução da população carcerária ou de reversão da tendência de crescimento.

Em vez de um efeito desencarcerador, a adoção de medidas alternativas estaria produzindo uma ampliação da rede penal, ou seja “indivíduos que no passado talvez não houvessem sido sometidos a nenhuma sanção penal, passaram a cumprir medidas alternativas à prisão, enquanto o encarceramento continua apresentando taxas altíssimas.”⁷²³ (tradução nossa)

A afirmação do autor encontrou respaldo em levantamento realizado pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/BRASIL), entre dezembro de 2004 e janeiro de 2006, sobre a aplicação de penas alternativas em onze capitais, a saber: Belém,

⁷²³ No original em espanhol: ““individuos que en el pasado tal vez no hubiesen sido sometidos a ninguna sanción penal, pasaron a cumplir medidas alternativas a la prisión, mientras que el encarcelamiento continua presentando tasas altísimas.”. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Alternativas a la prisión en Brasil: ¿Instrumentos para la reducción de la población carcelaria o para la ampliación del control estatal. Revista Derecho Penal. Año I, N. 1. Ediciones Infojus, p. 115, 2012. Disponível em < <http://www.saij.gob.ar/carlos-eduardo-adriano-japiassu-alternativas-prision-brasil-instrumentos-para-reduccion-poblacion-carcelaria-para-ampliacion-control-estatal>>. Acesso em 26 de maio de 2018. No mesmo sentido, CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira, BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 372. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 614.

Belo Horizonte, Campo Grande, Curitiba, Distrito Federal, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo, no qual constatou-se que as penas alternativas foram aplicadas majoritariamente nos casos que não teriam resultado em encarceramento.⁷²⁴

De acordo com os dados apurados, os indivíduos que são condenados à pena de privativa de liberdade e que fazem jus à substituição por pena restritiva de direitos, são aqueles que não seriam efetivamente encarcerados, tendo em vista o cabimento de outros institutos, como, por exemplo, o “sursis”.

Os resultados da pesquisa demonstraram, ainda, que os juízes decidem, na maior parte dos casos, pela substituição das penas com duração de até um ano, embora o limite tenha sido ampliado para quatro anos pela Lei 9.714/98.

Além disso, a vedação da substituição para os delitos cometidos com ameaça e violência afastou as possibilidades de aplicação da norma aos delitos de roubo, mesmo que seja compatível com a pena fixada, tendo reduzido, por conseguinte, os efeitos da legislação sobre a população carcerária.

A legislação teria restringido a aplicação das penas alternativas também ao condicionar a substituição à presença de requisitos subjetivos, que, ao fim e ao cabo acabariam funcionando como critérios fundados nas condições pessoais do condenado de forma que “se um condenado não preenche os requisitos objetivos não terá sua pena substituída; porém, se os preenche, ainda assim, o juízo de suficiência baseado em tais elementos subjetivos poderá não recomendar a substituição.”⁷²⁵

Como observou REALE JR.,

a periculosidade adentra no sistema pena porta de trás, como se vê na expressão introduzida, pela Lei 9.714/98, no art. 44, § 3º do Código Penal,

⁷²⁴ ILANUD. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Brasília, 2006. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/penasalternativasilanudcompleto.pdf>>

⁷²⁵ ILANUD. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Brasília, 2006. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/penasalternativasilanudcompleto.pdf>>. Acesso em 09 de outubro de 2018. p. 254

ao permitir que poderá haver a substituição da pena privativa por restritiva de direitos se a medida for socialmente recomendável. [...] Ora, essa locução suscita as mais diversas interpretações, e com certeza será feita remissão à possibilidade de se delinquir no futuro, com o que se reintroduz a periculosidade no sistema.⁷²⁶

A introdução dos substitutivos penais teria efeito limitado sobre o encarceramento porque foi inserida em um contexto de bifurcação da política criminal, no qual à redução do âmbito de incidência do poder punitivo em relação a determinados delitos de menor potencial ofensivo, corresponde a imposição de maior severidade em relação a outros delitos, como crimes contra a vida, crimes sexuais e o tráfico de drogas.

Como observado por NILO BATISTA e ZAFFARONI et al.,

o sistema operaria em [...]uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora)⁷²⁷

Assim, seria possível identificar dois grupos de legislação distintos: o primeiro formado pela Lei 9.099/95 (criando Juizados Especiais Criminais, com possibilidade de reparação do dano “ex delicto” e aplicação de pena não privativa de liberdade, transação penal e suspensão condicional do processo), a Lei 9.268/96 (alterando o art. 51 do Código Penal para vedar a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade em caso de inadimplência), e a Lei 9.714/98 (elevando para quatro anos a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade aplicadas em crimes dolosos, desde que praticados sem violência ou grave ameaça e criando mais duas penas restritivas de direito, além da Lei 10.259/01, (ampliando o cabimento da suspensão condicional do processo); o segundo grupo, com leis elaboradas sob orientação oposta, dentre as quais

⁷²⁶ REALE JR., Miguel. Tentativa de Eliminação do Critério Periculosidade. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCrim. São Paulo, Bol. 40, Julho Esp. 2004.

⁷²⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 487.

destacam-se a Lei 8.072/90 (regulamentando os crimes hediondos e ampliando as restrições do texto constitucional, elevando penas, impedindo a progressividade da execução, entre outras medidas), a Lei 8.930/94 (aumentando o rol dos crimes hediondos), e a Lei 9.034/95, (proibindo liberdade provisória e apelação em liberdade no caso das organizações criminosas).⁷²⁸

Como apontado pelos autores

Podemos perceber com clareza esta ambiguidade na exposição de motivos ministerial da mensagem que se converteria na lei 9.268/96: se o argumento de que “a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social” fundamentava ali uma notável ampliação do uso substitutivo das penas restritivas de direito, poucas linhas adiante o argumento desaparecia perante “agentes de crimes graves cuja periculosidade recomenda seu isolamento do seio social” pouco importando que a prisão não viesse cumprindo seu objetivo, o qual, diga-se de passagem, jamais cumpriu.⁷²⁹

Assim, embora o instituto tenha sido introduzido no bojo da reforma penal de 1984, ampliando-se sua esfera de incidência posteriormente, persiste a restrição criada na própria legislação e soma-se a isso a resistência encontrada nas práticas judiciais, em decisões judiciais que deixam de aplicar a substituição mesmo quando presentes os requisitos objetivos e subjetivos.

6.3 Sistema processual inquisitorial e crescimento da população carcerária no Brasil

O caráter liberal e desencarcerador dos institutos introduzidos pelas reformas seria contraposto, segundo CARVALHO, pela cultura jurídica punitivista de promotores e juízes.

No caso da magistratura, a tendência punitivista seria acentuada, na visão do autor, pela cultura inquisitorial que caracteriza a atuação judicial no sistema processual brasileiro.

⁷²⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 485.

⁷²⁹ Ibid. p. 485.

Embora o procedimento persecutório seja bipartido, identificando-se uma fase administrativa, marcadamente inquisitória, (inquérito) e outra jurisdicional, teoricamente orientada pelo princípio do devido processo legal, tem sido apontado uma orientação notoriamente inquisitória em relação ao procedimento como um todo, com importante protagonismo do juiz na presidência do processo, especialmente na gestão da prova.

A forma inquisitorial do procedimento proporcionaria um canal de expressão da cultura punitivista de juízes e promotores, criando um “canal de expansão da criminalização” que inviabilizaria na prática a implementação das reformas desencarceradas.⁷³⁰

Como observado por CARVALHO, durante as duas últimas décadas nas quais verificou-se o crescimento do índice de encarceramento

[...] inúmeras hipóteses concretas de estabelecimento de filtro minimizadores da personalização foram criados pelo Poder Legislativo, sendo obstaculizados na esfera do Poder Judiciário, nitidamente influenciado pela racionalidade punitivista.⁷³¹

A tendência punitivista dos juízes monocráticos seria cerceada apenas pela atuação dos tribunais superiores, os quais atuariam no sentido de restringir o caráter inquisitorial da atuação monocrática.

As práticas punitivistas seriam possibilitadas, por sua vez, pela técnica legislativa empregada nas normas de determinação de pena, previstas na parte geral do Código Penal e nos dispositivos específicos introduzidos na legislação extravagante, caracterizada pelo emprego de “estrutura normativas vagas, imprecisas, sem definição semântica, de difícil apreensão empírica e de tipos penais conceituais ou abertos...”⁷³²

⁷³⁰ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 89-98

⁷³¹ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 36.

⁷³² Ibid. 167.

A larga margem de discricionariedade criada pelo legislador constituiria, assim, um espaço de atuação que possibilita a não aplicação dos institutos garantistas e liberais nos casos concretos.

A hipótese elaborada pelo autor foi fundamentada no levantamento realizado em pesquisa qualitativa e quantitativa sobre as decisões das cortes superiores, no qual foram identificados os principais problemas de técnica legislativa no âmbito da determinação da pena, em relação aos conceitos de culpabilidade, personalidade, conduta social, circunstâncias, consequências e motivos.

A pesquisa pontou uma tendência de violação à garantia da dupla valoração (“ne bis in idem”), a ausência de critérios precisos para valorar a categoria culpabilidade, gerando lacunas, contradições, confusões conceituais, a volatilidade dos conceitos personalidade e conduta social, entre outros.⁷³³

Partindo desse pressuposto, sustentou o autor a necessidade de, entre outras medidas, reduzir os espaços de discricionariedade e de se garantir a fala dos envolvidos no processo penal, restringindo-se a centralidade do papel do juiz, para adotar um modelo de justiça negocial.⁷³⁴

Nesse sentido, observou CARVALHO ser

(...) inconcebível um modelo de justiça que se pretenda democrático, no qual única fala legítima no processo seja aquela emitida pela autoridade judicial, como se todo o rito tivesse como único interessado o representante do Estado. Não apenas porque esta concentração de poder tende a supervalorizar o papel do juiz e, conseqüentemente, reforçar sua (auto)imagem como principal sujeito do ritual processual, mas sobre tudo porque o conflito pertence às pessoas, devendo ser o processo mecanismo

⁷³³ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 171-193.

⁷³⁴ O autor sugeriu ainda a introdução de uma vedação expressa de encarceramento, a rediscussão da súmula 231 do STJ, que veda a fixação da pena provisória em valor inferior ao mínimo cominado em lei, a obrigatoriedade de estudos prévios de impacto no sistema carcerário para inovações legislativas penais, entre outras medidas. Sobre o tema ver CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 250-256

voltado à tentativa de resolução do caso que envolve o(s) autor (es) do fato e a(s) vítima(s).⁷³⁵

Entretanto, a hipótese do autor não encontrou respaldo na análise, na perspectiva comparada, do fenômeno do crescimento das taxas de encarceramento em países que adotam o sistema penal organizado conforme um modelo de tradição da “common law”, baseado na ideia de decisão como processo de negociação entre as partes, mediante barganha e declaração de culpa pelo próprio acusado, como ocorre nos Estados Unidos.

Nesse sentido, ZIMRING, observou que o poder punitivo nos Estados Unidos, estaria concentrado na acusação e, por consequência, os determinantes de severidade penal não estariam associados aos mecanismos formais de determinação pena, mas aos corações e mentes dos promotores criminais, sendo certo que as mudanças de política criminal nos últimos dez anos de crescimento da população prisional teriam sido um produto da discricionariedade dos promotores.⁷³⁶

⁷³⁵ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 251.

⁷³⁶ Segundo TONRY, as cortes criminais americanas operam orientadas pela presunção do sistema adversarial de que promotores e advogados de defesa devem promover os interesses de seus clientes agressivamente. Entretanto, essa não seria a função do promotor como representante do Estado, podendo-se afirmar que a abordagem atual conduz a perseguições penais desnecessariamente agressivas, sendo que a ênfase na atuação recai sobre obter condenações e punições severas. TONRY, Michael. Sentencing Fragments. Penal Reform in America, 1975-2025. New York, Oxford University Press, 2016. p. 546. ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. Stanford Law Review 323 (2005). p. 323-338. Sobre o tema ver: ZIMRING, Franklin E. The Scale of Imprisonment in The United States: Twentieth Century Patterns and Twenty-First Century Prospects, 100 J. Crim. L. and Criminology 1225 (2010). ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. Stanford Law Review 323 (2005). p. 323-338. von HIRSCH, Andrew.

6.4 Drogas e crescimento da população carcerária no Brasil

A política criminal de drogas brasileira insere-se em um contexto internacional de repressão e controle do comércio ilícito de substâncias entorpecentes, consubstanciado em tratados e convenções celebrados ao longo do Século XX e no início do Século XXI, com ampla adesão de inúmeros países ocidentais.⁷³⁷

O crescimento da população carcerária nos últimos vinte anos, em diversos países, tem sido associado a política criminal de drogas implementada em nível nacional nos moldes do modelo propagado internacionalmente.

O mesmo fenômeno tem sido apontado no caso brasileiro, especialmente em relação com aumento da taxa de encarceramento, nos últimos 10 anos, após a entrada em vigor da Lei 11.343/06.⁷³⁸

Doing Justice: The Choice of Punishments. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1986. p. 104.

⁷³⁷ Embora conste previsão sobre o tema já nas Ordenações Filipinas, e no Código de 1890, vem se apontando o início do sistema de controle e repressão do comércio ilícito de substâncias entorpecentes no Século XX, a partir da década de 1930, intensificando-se o modelo da década de 1960 e diante. CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 47-50. Vigoram atualmente 3 convenções instituídas após o fim da 2ª Grande Guerra, sob os auspícios das Nações Unidas, sobre o controle de drogas, a saber: A Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada em Nova Iorque, em 1961; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e, por fim, A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. Sobre o conteúdo e implicações desses instrumentos, ver BOITEUX, Luciana et al. Drogas e Constituição. Série Pensando o Direito. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, No, 1, 2009.

⁷³⁸ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 201. MACHADO, Máira Rocha et al. Penas Alternativas para pequenos traficantes: os

A influência da política criminal de drogas sobre as taxas de encarceramento seria exercida por meio de dois fatores: cominação de penas de prisão elevadas e ausência de critérios legais prévios de distinção entre tráfico e uso das substâncias ilícitas.⁷³⁹

No que se refere à pena, BOITEUX apontou um processo gradual de endurecimento das sanções, que se iniciou com o acréscimo da prisão celular (além da pena de multa já prevista no art. 159 do Código de 1890) e foi reforçado posteriormente com a cominação de pena de prisão de maior duração, com a entrada em vigor da Lei 6.368/76, cominando mínimo de 3 a máximo de 15 anos de reclusão e, mais recentemente, da Lei 11.343/76, que aumentou a pena mínima para 5 anos.

Como observou a autora, embora se tenha registrado alterações cominando penas mais severas em relação a outros delitos, como estupro e corrupção passiva,⁷⁴⁰ a variação verificada em relação aos delitos de drogas foi a mais acentuada, já que a escala penal foi triplicada na década de 1970 (passando de 1 a 5 anos para 3 a 15 anos com a entrada em vigor da Lei 6.368/76), além do aumento da pena mínima introduzido com a Lei 11.343/76.

A amplitude da escala penal prevista legalmente implicou na atribuição de ampla margem de discricionariedade ao poder judiciário, possibilitando a imposição de penas muito longas nos casos concretos.

argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 8, No. 1, Abr. 2018.

⁷³⁹ BOITEUX, Luciana. Drogas e Cárcere: Repressão às Drogas, Aumento da População Penitenciária brasileira e Alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas uma nova Perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

⁷⁴⁰ No que se refere ao crime de estupro, o marco penal foi alterado pela Lei 8072/90, passando de 2 a 8 anos para 4 a 10 anos de reclusão. Quanto à corrupção passiva, o marco penal passou de 1 a 8 anos para 2 a 12 anos de reclusão. BOITEUX, Luciana; Pádua, João Pedro. A Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da Atual Política no Brasil.

Assim, registrou-se acentuado crescimento do índice de presos por crime de tráfico, ainda na vigência da Lei 6368/76,⁷⁴¹ principalmente após a entrada em vigor da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), na qual foram introduzidas a vedação da progressão de regime e prazo estendido (dois terços ou vedação para reincidentes específicos) para livramento condicional

O aumento da população carcerária em razão do elevado índice de presos por tráfico veio a ser reforçado com a entrada em vigor da Lei 11.343/06.

A nova Lei de Drogas teria representado, segundo BOITEUX, um avanço em relação à legislação anterior, na medida em que distinguiu uso e tráfico (reservando a pena de prisão para os casos de tráfico e cominando penas restritivas de direito para o uso art. 28).⁷⁴²

Além de excluir a pena de prisão para os usuários,⁷⁴³ a nova lei impôs tratamento diferenciado ao traficante primário, com a previsão da causa de

⁷⁴¹ BOITEUX, Luciana et al. Drogas e Constituição. Série Pensando o Direito. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, No, 1, 2009. p. 41.

⁷⁴² Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 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.

⁷⁴³ O tratamento penal para posse de drogas ilícitas para uso próprio já havia sido reformado, na prática, pela lei 6.416/77, que ampliou o “sursis”; pela Lei 9.099/95, que possibilitou a suspensão condicional do processo; pela Lei 10.259/01, que ampliou o âmbito de aplicação da transação penal, de forma que a nova legislação

diminuição de pena (§ 4º do art. 33), vedando-se, porém, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.⁷⁴⁴

Como observou CARVALHO, sob a influência de projetos políticos alternativos elaborados na ótica da redução de danos, alterou-se o modelo anterior, com o “desdobramento da repressão do comércio legal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal”.

Entretanto, a nova legislação manteve a ideologia da diferenciação médico-jurídica vigente no sistema anterior, ao impor o tratamento ainda mais severo ao comércio ilícito e conservar a conduta do usuário do âmbito de aplicação do direito penal, embora mediante aplicação de penas restritivas de direito.⁷⁴⁵

Além disso, o novo modelo foi implementado por meio de dispositivos que não estabelecem parâmetros seguros para aplicação nos casos concretos, de forma que sua aplicação fica condicionada pelas práticas do poder judiciário no exercício da margem de discricionariedade estabelecida pelo legislador.

No que se refere à distinção entre usuário e traficante, o legislador deixou de estipular critérios de distinção entre as condutas, reservando ao poder judiciário a decisão de capitulação, a ser tomada com base na quantidade, natureza ou qualidade da droga, além de outros elementos como lugar e outras circunstâncias objetivas e subjetivas, como circunstâncias pessoais e sociais.

apenas deixou de prever a pena de prisão para o delito, mantendo-o porém na esfera de controle do Direito Penal. BOITEUX, Luciana. A Nova Lei Antidrogas e o Aumento da Pena do Delito de Tráfico de Entorpecentes. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 14. N. 167, p. 8-9, Out. 2006.

⁷⁴⁴ Art. 33 § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. A vedação de conversão em penas restritivas de direitos foi suspensa pela Resolução no, 5 de 2012 do Senado Federal, em razão de declaração de inconstitucionalidade pelo STF no HC 97.256/RS.

⁷⁴⁵ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016 104-105

A ausência de critérios prévios implicaria, segundo BOITEUX, o aumento do número de presos por tráfico, na medida em que usuários poderiam estar sendo condenados por tráfico, pela nova lei, em razão da ausência de critérios claros de distinção.⁷⁴⁶

A falta de critérios legais precisos também caracterizaria, segundo BOITEUX, a redação do § 4º do art. 33, que prevê a redução de pena, no caso do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.⁷⁴⁷

A redação do dispositivo conferiria ao julgador uma ampla margem de discricionariedade, vez que, além de utilizar como parâmetros a primariedade e bons antecedentes, vincula a decisão a elementos normativos sem definição legal precisa, reduzindo seu âmbito de aplicação.

Em razão da falta de precisão dos critérios legais, a redução de pena deixa de ser aplicada em grande parte dos casos, até mesmo em casos de comprovação de primariedade e bons antecedentes, como demonstra o estudo realizado por BOITEUX et al. em 2009, tendo por objeto decisões proferidas produzidas no

⁷⁴⁶ BOITEUX, Luciana; Pádua, João Pedro. A Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da Atual Política no Brasil. Revista Sur • v.12. N. 21. Ago. 2015. sur.conectas.org. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/282985921_Revista_Internacional_de_Direitos_Humanos_-_Sur. Acesso em 10 de outubro de 2018. No mesmo sentido, AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança Pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In SOZZO, Máximo (org.) *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Âbramo, 2017; MARONNA, Cristiano Avila e BOITEUX, Luciana. Mudança de Rumos na Política de Drogas no Brasil? São Paulo, IBCcrim, Ano 22, no. 265, Dez. 20014.

⁷⁴⁷ Substâncias Psicotrópicas de 1988. Sobre o conteúdo e implicações desses instrumentos, ver BOITEUX, Luciana et al. Drogas e Constituição. Série Pensando o Direito. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, No, 1, 2009.

âmbito da Justiça Estadual e Federal, no estado do Rio de Janeiro e no Distrito Federal.⁷⁴⁸

As decisões judiciais condicionaram os efeitos da nova lei também no que diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, no caso do tráfico privilegiado.

Como dito acima, dispositivo em questão previu a possibilidade de redução de um sexto a dois terços, no caso do réu primário e com bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, fixando o marco penal para a hipótese entre o mínimo de um ano e oito meses e quatro anos e 2 meses, no caso da aplicação dos percentuais máximo e mínimo respectivamente.

A aplicação das frações previstas possibilitaria, em tese, a aplicação do art. 44 do Código Penal, tendo vista tratar-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que verificada, no caso concreto, a suficiência da substituição, mediante exame de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado e motivos e circunstâncias do crime.⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ Os autores desenvolveram pesquisa empírica tomando por objeto decisões judiciais produzidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, bem como Varas Especializadas do Distrito Federal e Varas Criminais Federais do Distrito Federal, Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 1ª Região, além do STJ e STF. BOITEUX, Luciana et al. Drogas e Constituição. Série Pensando o Direito. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, No, 1, 2009.

⁷⁴⁹ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998): I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998); II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998); III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Embora a substituição tenha sido expressamente vedada pelo legislador, o STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo (no HC 97.256/RS), em janeiro de 2010, tendo o senado emitido a Resolução no. 5, em fevereiro de 2012, suspendendo os efeitos da expressão que impôs a vedação.⁷⁵⁰

Entretanto, MACHADO et al demonstraram, mediante pesquisa empírica qualitativa realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que a decisão judicial de inconstitucionalidade e posterior resolução senatorial não implicaram a aplicação imediata e automática do dispositivo, podendo-se identificar um considerável número de casos concretos, nos quais foi aplicada a redução prevista no art. 33 § 4º e, mesmo presentes os requisitos legais para substituição, manteve-se a aplicação da pena privativa de liberdade, com base em argumentos diversos.⁷⁵¹

Assim, embora se tenha, teoricamente, introduzido uma política criminal bifurcada no nível legislativo, com o endurecimento das sanções previstas para o comércio ilícito e um tratamento penal menos severo em relação ao usuário e ao

⁷⁵⁰ BRASIL. SENADO. Resolução n. 5. Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

⁷⁵¹ Trata-se de pesquisa qualitativa realizada tendo por objeto 266 acórdãos produzidos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em três períodos dos anos de 2009 e 2011, buscando-se identificar os “motivos mobilizados para bloquear o uso de uma sanção não prisional a uma pessoa primária, considerada de “bons antecedentes, [que não se dedique a “atividades criminosas nem integres organização criminosa” (art. 44 § 4o) e condenada a uma pena de prisão inferior a 4 anos?” Dentre os argumentos identificados, destacam-se: “a gravidade do crime se sobrepõe à decisão do STF no HC 97.256/RS”; “insuficiência das penas restritivas de direito”; “gera sensação de impunidade ou incentiva reiteração criminosa”; “Graves prejuízos ao indivíduo, à família e à sociedade”. Sobre o tema ver MACHADO, Maíra Rocha et al. Penas Alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 8, No. 1, Abr. 2018.

traficante eventual, a nova legislação teria acabado por produzir, de acordo com a autora, o endurecimento da resposta penal no nível das práticas judiciais, tanto para o traficante, quanto para o usuário.

As decisões produzidas no nível do poder judiciário, com base na margem de discricionariedade fornecida pelo próprio legislador, teriam provocado, dessa forma, o crescimento do número de presos por tráfico.

Esse crescimento, conjugado com o aumento da pena mínima cominada, teria contribuído, por sua vez, para a elevação nas taxas de encarceramento brasileiras, conforme dados compilados pela autora na tabela abaixo transcrita:

Ano	Presos Total	Presos Tráfico	% Presos Tráfico
2005	361.402	32.880	9,10%
2006	383.480	47.472	12,38%
2007	422.273	65.494	15,50%
2008	451.219	71.371	17,50%
2009	473.626	91.037	19,22%
2010	496.251	106.491	21,46%
2011	514.582	125.744	24,43%
2012	548.003	138.198	25,21%

Fonte: BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. A Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da Atual Política no Brasil. Revista Sur • v.12. N. 21. Ago. 2015. sur.conectas.org. Disponível

em https://www.researchgate.net/publication/282985921_Revista_Internacional_de_Direitos_Humanos_-_Sur. Acesso em 10 de outubro de 2018.

6.5 Crimes Hediondos e crescimento da população carcerária no Brasil

Segundo relatório produzido pelo ILANUD, com base em dados estatísticos nacionais e relativos ao Estado de São Paulo, além de dados qualitativos

compostos de entrevistas, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) teria promovido o crescimento da taxa de encarceramento no Brasil.

A influência da lei teria sido exercida por meio do aumento do número de prisões pela prática das condutas previstas como crimes hediondos, pela fixação de penas mais longas e pelas restrições impostas no âmbito da execução penal, relativamente à progressão de regime e livramento condicional.⁷⁵²

Como observado por CARVALHO, a vedação da progressão de regime e o consequente bloqueio do processo de “desinstitucionalização progressiva da pena” instituída na Lei 8.072/90, constitui uma das principais causas do aumento da taxa de encarceramento, tendo em vista que a inconstitucionalidade do dispositivo foi declarada pelo STF no HC 82.959/SP, após 16 anos de vigência.⁷⁵³

6.6 Presos Provisórios e crescimento da população carcerária no Brasil

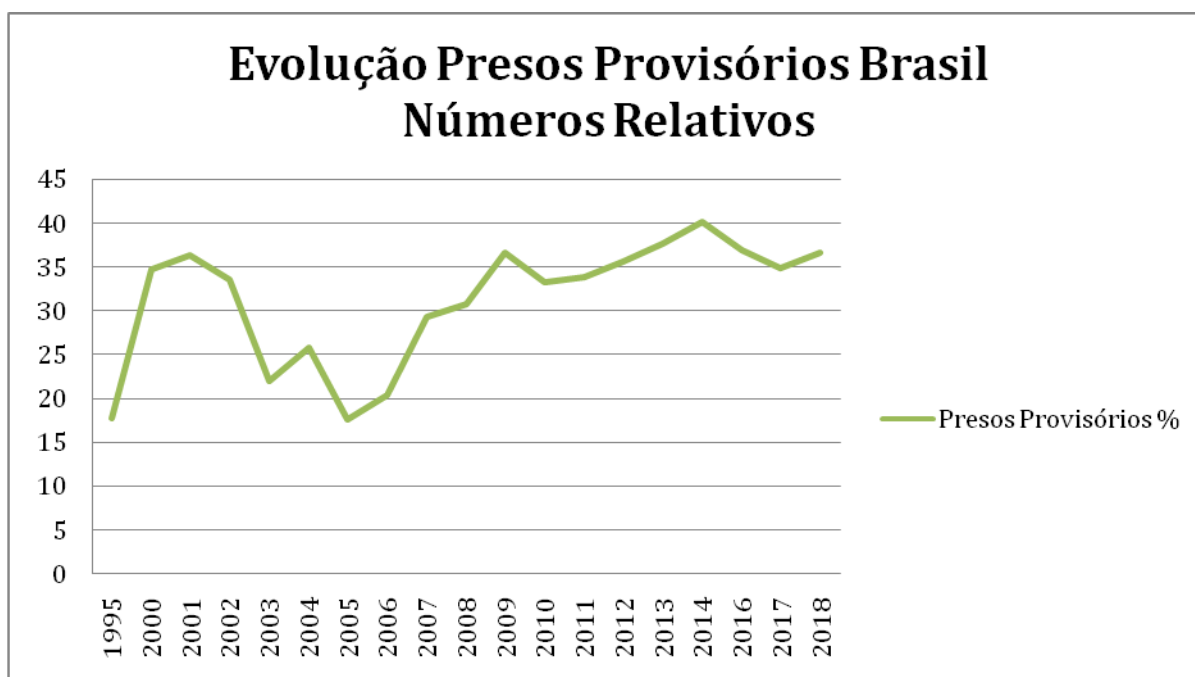
Segundo levantamento CNJ, trinta e quatro por cento das pessoas presas no Brasil, no ano de 2017, não haviam sido julgadas e condenadas. Embora o índice apresente variações, constata-se uma tendência de crescimento o percentual de presos provisórios nas últimas décadas.

⁷⁵²FIGUEIREDO, Isabel et al. A Lei dos Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal. São Paulo: Ilanud, 2005.

⁷⁵³ CARVALHO, Salo. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. Res Severa Verum Gaudium. Vol. 2. N. 1. 2010. No mesmo sentido, AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli et CIFALI, Ana Claudia. Política Criminal e Encarceramento no Brasil nos Governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-liberal. Civitas, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 105-127, jan.-mar. 2015. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 165-176, outubro/2009.



Fonte: Dados obtidos por meio de consulta aos relatórios do INFOPEN. MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEPEN. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.



Assim como as taxas de encarceramento, a percentual de presos provisórios varia de estado para estado, identificando-se o maior percentual Sergipe (com 82,34 por cento de presos provisórios) e o menor, em Rondônia (com 13 por cento de presos provisórios).

Merece destaque o índice de presos provisórios que se encontram encarcerados há mais de cento e oitenta dias, identificando-se os índices mais elevados em Minas Gerais (69 por cento), São Paulo (49%), Rio Grande do Sul (66 por cento) e Rio de Janeiro (cinquenta e sete por cento).

O tempo médio de prisão provisória em dias também apresenta grande variação. Em Pernambuco, os presos permanecem por mais tempo antes da sentença, em média 974 dias, em Minas Gerais, 610 dias, no Rio Grande do Norte, 682 dias, no Rio Grande do Sul, 437 dias e no Rio de Janeiro, 375 dias.

Embora São Paulo apresente um dos maiores índices de presos provisórios do país, o tempo médio de prisão não é um dos mais elevados, perfazendo 234 dias em média.

É de se notar que a tendência de crescimento da proporção de presos provisório que se iniciou na década de 2000 não se alterou mesmo após a entrada em vigor da Lei 12.403/12, que reformou o Código de Processo Penal, introduzindo novas modalidades de medida cautelar no âmbito do processo penal.

A implementação da reforma pontual com a nova legislação destinava-se a conter, de acordo com LOPES Jr., a utilização da prisão cautelar, tendo em vista o “estado de emergência” do sistema carcerário brasileiro,⁷⁵⁴ e o crescimento do número de presos provisórios na última década.⁷⁵⁵

Assim, além de sistematizar e modernizar o tratamento da matéria, a reforma introduziu medidas cautelares diversas da prisão, rompendo com o binômio prisão-liberdade do sistema anterior.⁷⁵⁶

⁷⁵⁴LOPES Jr., Aury. *Prisões Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 14.

⁷⁵⁵BOTTINI, Pierpaolo. Cautelares: Superação da medíocre dicotomia. *Boletim do Instituto brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCcrim, ago.2010.

⁷⁵⁶ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Como observou LOPES Jr.

As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. Não sem razão, o PL n. 4028/2001 foi ressuscitado com a assumida finalidade de amenizar o caos do sistema prisional brasileiro que, superando os 500 mil presos, tem quase 50% de presos cautelares ou seja, aproximadamente 200 mil prisões preventivas.⁷⁵⁷

A extensa relação de medidas cautelares proporcionaria ao juiz, segundo GRINOVER, a possibilidade de escolha, podendo-se decretar, não havendo necessidade de prisão preventiva, medidas previstas numa “ordem progressiva de intensidade de obrigações impostas”.⁷⁵⁸

quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semiimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. BRASIL, Decreto-Lei 3689 de 1941. Código De Processo Penal, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941.

⁷⁵⁷ LOPES Jr., Aury. Prisões Cautelaras. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

⁷⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>. Acesso em 03 de junho de 2018.

Embora a implementação da reforma tenha produzido um impacto positivo, aumentando o índice de concessão de liberdade provisória, não correspondeu às expectativas dos idealizadores, tendo-se identificado, nos estudos de avaliação da efetividade da nova legislação, a persistência da utilização da prisão cautelar na maior parte dos casos.

Nesse sentido, o relatório apresentado pelo instituto Sou da Paz, elaborado a partir da análise quantitativa da aplicação da nova lei em uma amostra de presos em flagrante nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, demonstrou que medidas cautelares diversas da prisão tem tido aplicação restrita, preferindo-se impor a prisão cautelar mesmo em casos nos quais seria cabível sua substituição.

Assim, constatou-se uma redução no índice de presos em flagrante mantidos em prisão provisória, de 87,3 por cento, em 2011, para 72,3 por cento, no caso do Rio de Janeiro, e de 87,9 por cento para 61,3 por cento, em São Paulo no mesmo período.

Porém, mesmo nos crimes praticados sem violência, a aplicação da nova lei ficou consideravelmente restrita, tendo-se apontado a decretação da prisão cautelar em cerca de metade dos casos de flagrante por cometimento de furtos, por exemplo.

Além disso, observou LEMGRUBER que

(...)do total de presos em flagrante naquela cidade, apenas 31% foram, posteriormente, condenados à prisão em regime fechado. Para mais de 50% dos casos os juízes mantiveram os réus presos durante o processo e no final essas pessoas foram colocadas em liberdade ou foram absolvidas, ou receberam penas diversas da prisão.⁷⁵⁹

6.7 Audiências de Custódia e crescimento da população carcerária no Brasil

A introdução da audiência de custódia no Brasil inseriu-se em um contexto internacional de reformas processuais penais que buscaram adequação às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, impondo a necessidade de apresentação do preso ao juiz imediatamente após a prisão.

⁷⁵⁹LEMGRUBER, Julita. Monitorando a aplicação da Lei das Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. São Paulo, Instituto Sou da Paz, 2015.

Além do controle de legalidade do ato de prisão, a medida foi introduzida nos sistemas penais de diversos países membros das Organizações dos Estados Americanos (OEA), buscando a redução dos índices de presos provisórios, por meio do escrutínio judicial quanto à legalidade e estrita necessidade da prisão.⁷⁶⁰

Também no Brasil a implementação das audiências de apresentação ou audiências de custódia teve como uma das finalidades, além do controle da legalidade do ato de prisão, a redução do índice de utilização de prisão cautelar e consequente decréscimo do número de presos provisórios.⁷⁶¹

A apresentação do preso à autoridade judicial logo após a prisão foi instituída pela Resolução 213/2015 do CNJ e por diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais por meio de atos normativos próprios, alinhando o ordenamento jurídico à Convenção Americana de Direitos Humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP).⁷⁶²

⁷⁶⁰ Segundo estudo desenvolvido pela Clínica de Direitos Humanos de Harvard, 28 dos 35 países membros da OEA implementaram a audiência de custódia em seus ordenamentos. Foi imposto o prazo mínimo de apresentação do preso à autoridade judicial de 6 horas na Argentina, de 36 horas na Colômbia, e de 12 horas para apresentação a um promotor e 24 horas a um juiz, no Chile International Human Rights Clinic, Harvard Law School, October, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>>. Acesso em 09 de maio de 2018.

⁷⁶¹ Editorial IBCrim. Boletim 303 Fevereiro de 2018.

⁷⁶² A introdução da audiência de custódia seguiu-se à decisão proferida na ADPF 347, na qual o STF decidiu que: “Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.”, entre outros provimentos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em 05 de junho de 2018.

Buscou-se, com o novo procedimento, reduzir as taxas de encarceramento estimulando, nas práticas judiciais, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão durante a instrução criminal, desde que inexistente o risco à atividade processual.

Assim, dispõe a Resolução 213/2015 que a autoridade judicial deverá, além de verificar as circunstâncias da prisão no que se refere à conduta das autoridades policiais, analisar requerimento de liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão.⁷⁶³

Segundo LOPES Jr. e PAIVA, o procedimento impõe a condução sem demora do cidadão preso

(...)à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.⁷⁶⁴

Embora a análise da necessidade e adequação a custódia cautelar já fosse efetivada no procedimento anterior, de acordo com os dispositivos incorporados ao Código de Processo Penal pela Lei 12.403/12, a apresentação do preso logo após

⁷⁶³ Diz a Resolução Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer: I - o relaxamento da prisão em flagrante;II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão; III - a decretação de prisão preventiva; IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213/2015.

⁷⁶⁴LOPES Jr., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades. São Paulo, IBCcrim, n. 17, p. 11-23, set./dez. 2014.

a prisão garantiria um contato direto e humanizado com o juiz, possibilitando uma avaliação mais completa das circunstâncias da prisão.⁷⁶⁵

O impacto da implementação das audiências de custódia tem sido avaliado por meio de pesquisas empíricas quantitativas, em diversos estados, podendo-se constatar algumas tendências comuns entre as várias experiências de introdução.

Assim, computados os dados de todos os estados que instituíram o procedimento, verificou-se que, embora tenha-se reduzido o número de casos de imposição de prisão cautelar, grande parte das medidas cautelares diversas da prisão aplicadas foi usada para substituir a liberdade plena, e não necessariamente a prisão preventiva, registrando-se um aumento quantitativo de cautelares aplicadas.⁷⁶⁶

Embora se tenha notícia de diversos levantamentos quantitativos nos diversos estados onde a medida foi introduzida, serão abordados isoladamente, a título de exemplo, apenas as pesquisas realizadas no âmbito dos estados de em São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador, justificando-se a seleção pela maior amplitude do período pesquisado nesses levantamentos.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵MENDES, Soraia da Rosa e LONGO, Carolina F. A Mão que Balança do Berço: audiência de Custódia e proteção Insuficiente pelo STJ. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, IBCrim, Boletim 287, Out. 2016.FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. Audiência de Custódia e seus (in)sucessos: Breves Críticas a seus Descompasso Práticos. Revista Liberdades. Edição n. 24, Jul. 2017.

⁷⁶⁶ O incremento foi notado, por exemplo, no Distrito Federal e Rio Grande do Sul. Para uma visão Panorâmica ver: BRASIL. Ministério da Justiça. Implementação das Audiências de Custódia. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>> Acesso em 09 de maio de 2018

⁷⁶⁷ Sobre a implantação das audiências de custódia no Distrito Federal ver YUNG-TAY NETO, Pedro de Araújo. O processo de Implantação da Audiência de Custódia no Distrito Federal. 2017, 234 p. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em direitos Humanos e Cidadania, Universidade de Brasília, Brasília, 08

6.7.1 Audiências de Custódia em São Paulo

As audiências de custódia foram introduzidas inicialmente na cidade de São Paulo, pelo provimento conjunto 03/2015, no qual ficou o estabelecido projeto piloto na Capital, com implantação gradativa em todo o Estado de São Paulo.

Até maio de 2016, os réus em casos de flagrante relativo à violência doméstica ou homicídio não eram apresentados, sendo ambos encaminhados diretamente para o Juizado de Violência Doméstica (JVD) e Tribunal de Júri, respectivamente. Também não eram enviados os flagrantes realizados durante o plantão judiciário, salvo nos casos em que o coordenador do DIPO entendia caber uma reavaliação.⁷⁶⁸

A Resolução 740/2016 do TJSP determinou a implantação gradativa, a partir do dia 02 de maio de 2016, da audiência de custódia no Estado de São Paulo, acrescentando, na Capital, as audiências relativas aos presos em flagrante delito das

de agosto de 2017. Sobre a implementação do instituto na Paraíba, ver BRITO, Fabiênia Maria Vasconcelos. Audiência de Custódia: Aspectos Positivos e Negativos da Introdução deste Instituto no Tribunal de Justiça da Paraíba. Sobre a introdução no âmbito da Justiça Federal no Recife ver LOPES, Tarcila Maia. Um Ano de Audiência de Custódia na Justiça Federal do Recife: Uma Visão a partir dos Casos da Defensoria Pública da União. Revista da Defensoria Pública da União. Brasília, n. 10, p. 1-504, jan-dez. 2017. Sobre a implantação no Recife, no âmbito da Justiça Estadual, ver VALENÇA, Manuela Abath et al. Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bol. 280, Março 2016. Sobre a introdução do procedimento no Rio Grande do Sul ver MARQUES, Mateus Marques e ANDRADE, Mauro Fonseca. Primeiras Impressões sobre a Audiência de custódia no Rio Grande do Sul. Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 282, São Paulo, – Maio 2016.

⁷⁶⁸SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Provimento Conjunto n. 03/2015 Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Publicado no DJE de 27 de janeiro de 2015.

competências do Júri e da Violência Doméstica. O cronograma estabelecia que a última fase seria completada no dia 14 de outubro de 2017⁷⁶⁹

De acordo com o Relatório de monitoramento das audiências de custódia em São Paulo, foram acompanhados 19.472 casos relativos a pessoas apresentadas entre fevereiro de 2015 e março de 2016.⁷⁷⁰

Desse total, foi decretada a prisão preventiva em 10.294 casos (56.1 por cento), concedida liberdade provisória sem fiança em 63 casos (0,32 por cento), concedida liberdade provisória com fiança em 38 casos (0.19 por cento), relaxada a prisão em 1.229 casos (6.31 por cento).

Segundo levantamento do CNJ realizado com base em período de tempo mais extenso (24 de fevereiro de 2015 a 30 de junho de 2017), foi decretada a prisão preventiva em 53,94 por cento dos casos, tendo-se realizado 56.682 audiências de custódia.⁷⁷¹

Como não foram acompanhados casos de prisão em flagrante ocorridos em período anterior à implementação das audiências de custódia, fica prejudicada a avaliação quantitativa das audiências de custódia.

Além disso, constatou-se grande disparidade entre o número de pessoas presas apresentadas para audiência de custódia e o número de prisões em flagrante registradas pela Secretaria de Segurança Pública.⁷⁷²

⁷⁶⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Resolução n. 740/2016. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico do dia 28 de abril de 2016.

⁷⁷⁰ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo. Maio 2016. Disponível em <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>> Acesso em 10 de outubro de 2018.

⁷⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Audiência de Custódia. Dados Estatísticos/Mapa de Implementação.

⁷⁷² Foram registrados no segundo trimestre (abril, maio e junho de 2015) 8.983 pessoas presas em flagrante e 3.645 pessoas apresentadas em audiência de custódia; no 3o trimestre (junho, agosto e setembro de 2015), 9.339 pessoas presas e 5.382 pessoas apresentadas em audiência e no 4o trimestre (outubro, novembro e dezembro de 2015), 8.916 pessoas presas e 4.469 pessoas

Entretanto, pode-se comparar os dados obtidos nas audiências com as estatísticas sobre estudo anterior, realizado pelo Instituto Sou da Paz, de abril a julho de 2012, no qual se apontou que 61,3 por cento das prisões em flagrante foram convertidas em prisão preventiva, constatando-se a redução do índice de decretação de prisão preventiva.

Por outro lado, em 40 por cento dos casos a liberdade provisória foi vinculada a alguma medida cautelar, sendo que a fiança utilizada em 9 por cento dos casos de concessão, o que demonstra uma ampliação da utilização das medidas cautelares diversas da prisão.⁷⁷³

Porém, registrou-se um pequeno aumento do percentual de presos provisórios, de acordo com os dados do INFOPEN, que registrou 29,4 por cento em 2014 e 32,0 por cento em 2016.⁷⁷⁴

6.7.2 Audiência de Custódia no Rio de Janeiro

No Rio de Janeiro, as audiências de custódia foram introduzidas pela Resolução 29/2015, tendo-se realizado as primeiras audiências em setembro daquele ano.⁷⁷⁵

apresentadas em audiência de custódia, Segundo o Relatório do Iddd. INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo. Maio 2016. Disponível em <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>.> Acesso em 10 de outubro de 2018.

⁷⁷³ LEMGRUBER, Julita. Monitorando a aplicação da Lei das Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. São Paulo, Instituto Sou da Paz, 2015.

⁷⁷⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Junho 2016. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf Acesso em 10 de outubro de 2018.

Inicialmente, a medida restringiu-se aos presos em flagrante nas delegacias da Capital, excluindo-se os presos por delitos de violência doméstica e homicídio, passando-se a realizar o procedimento com todos os presos do estado a contar de dia 1⁷⁷⁶2 de dezembro de 2017.

Nesse contexto, foram realizados levantamentos trimestrais pela Defensoria Pública, de novembro de 2015 até abril de 2016, publicando-se os respectivos relatórios de acompanhamento, os quais foram compilados ao final do período de um ano, em setembro de 2016.⁷⁷⁷

O relatório anual abrangeu, portanto, as audiências realizadas entre 18 de setembro de 2015 a 18 de setembro de 2016, perfazendo um total de 5.302 audiências, dentre as quais a prisão foi mantida em 3.278 casos (61,8 por cento).

O 5º Relatório, relativo às audiências realizadas entre setembro de 2016 e março de 2017 apresentou resultados ligeiramente diversos, constatando-se uma aumento no índice de concessão de liberdade (liberdade provisória ou relaxamento de prisão) para 48,7 por cento (8 pontos de acréscimo em relação primeiro e segundo relatórios e quase 20 pontos de acréscimo em relação ao terceiro).⁷⁷⁸

⁷⁷⁵TRIBUNAL de JUSTIÇA do ESTADO do RIO DE JANEIRO. Resolução 29/2015, publicada no DJERJ de 26 de agosto de 2015.

⁷⁷⁶ Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/tj-do-rio-estende-servico-de-audiencias-de-custodia-todo-o-estado>>

⁷⁷⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Outubro de 2016. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/142f742dbd134f48924d4c4c74f41832.pdf>> Acesso em 04 de maio de 2018.

⁷⁷⁸ Resultados semelhantes foram obtidos no relatório elaborado pelo Mecanismo Estadual de Combate à Tortura do Rio de Janeiro, do acompanhamento das audiências de custódia realizadas no estado entre 14 de março e 14 de junho de 2016, das 314 audiências acompanhadas, 416 presos foram apresentados, dentre os quais 290 tiveram sua prisão preventiva decretada (69 por cento), 123 obtiveram liberdade provisória, sendo que 120 com medidas cautelares (29 por cento) e 3 sem medidas cautelares (1 por cento). Os números do relatório de

Relatórios Audiência de Custódia	Índices indiciados libertados
1º Relatório (setembro a outubro 2015)	40%
2º Relatório (outubro 2015 a janeiro 2016)	40%
Relatório anual (setembro 2015 a setembro 2016)	29%
5º Relatório (setembro 2016 a março 2017)	48,7%

A comparação com dados coletados em relação à aplicação de prisão cautelar em períodos anteriores à implementação das audiências de custódia demonstra que os índices diferem daqueles apresentados anteriormente.

Segundo LEMGRUBER et al., em um levantamento realizado entre 7 de julho e 31 de dezembro de 2011, houve aplicação de prisão cautelar em 72,3 por cento dos 4.859 casos examinados, concedendo-se a liberdade, portanto, em 27,7 por cento dos casos.⁷⁷⁹

Apesar das diferenças metodológicas entre os levantamentos, a comparação entre os resultados permite concluir que houve efetiva redução na utilização da prisão cautelar que pode ser associada com a implementação das audiências de custódia.

Entretanto, segundo o CNJ, havia 22.942 presos provisórios no Estado do Rio de Janeiro, em dezembro de 2017, o que equivale a 45,0 por cento da população prisional total, sendo que 57 por cento desse efetivo encontrava-se preso há mais de 180 dias.

monitoramento divergem dos dados do CNJ, que informam um percentual de 57,44 por cento de casos (4.916 casos) de decretação da preventiva em um total de 8.559 audiências realizadas no período entre 18/09/15 a 30 de junho de 2017, provavelmente porque esses índices referem a um período de tempo mais extenso. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>> Acesso em 08 de junho de 2018.

⁷⁷⁹LEMGRUBER, Julita et al. Usos e abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro: avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: ARP/CESeC, 2013.

A proporção de presos provisórios aumentou ainda mais em 2018, alcançando a cifra de 52.33 por cento (29.498 presos) do total (56.372 presos) de acordo com o cadastro do CNJ.

A persistência do padrão de crescimento do número proporcional de presos provisórios no estado, em que pese a introdução das audiências de custódia constitui indício da ineficácia da medida, embora, inicialmente, tenha-se registrado uma aumento do número de casos de concessão de liberdade provisória com a implementação do instituto.

Apesar da carência de dados que permitam a interpretação mais apurada do fenômeno, pode-se cogitar de algumas interpretações.

É possível que aqueles presos libertados por ocasião da audiência de custódia tenham tido a prisão cautelar decretada, em razão de juízo de retratação exercido em sede recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, ou por alterações nas circunstâncias que venham a servir de justificativa à decretação de prisão no curso da instrução criminal.

Também pode ter ocorrido um aumento do tempo de duração dos processos criminais, de forma que, embora menos presos tenham ingressado no sistema, aqueles que ingressaram acabem por permanecer por mais tempo, produzindo um índice maior de estoque de presos provisórios.

Entretanto, a investigação dessas hipóteses demandaria o desenvolvimento de pesquisa de dados e amplo esforço de interpretação que extrapola dos limites desse trabalho.

6.7.3 Audiência de Custódia em Salvador

Resultados diversos foram obtidos na pesquisa sobre a implantação da audiência de custódia em Salvador,

Inicialmente, foram analisados 121 casos de prisão em flagrante ocorridos em setembro de 2015 (após a introdução das audiências de custódia), utilizando-se como grupo de controle 100 casos de prisão e flagrante ocorridas em julho e agosto de 2015 (antes da implantação da audiência de custódia).

Concluiu-se que, com a introdução das audiências de custódia não houve aumento do número de casos de concessão de liberdade provisória, em mesmo quando considerados isoladamente os delitos de maior incidência forense.

Identificou-se, porém, a redução do número de casos de concessão de liberdade provisória com fiança e aplicação mais frequente de cautelar de recolhimento domiciliar e afastamento do lar.⁷⁸⁰

Em outra pesquisa, realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal em convênio com o TJBA, foram analisadas as audiências de custódia realizadas nos meses de janeiro, junho e dezembro de 2016, perfazendo um total de 3.129 casos.

Constatou-se que foi decretada a prisão preventiva em 48 por cento dos casos, sendo que em 49 por cento foi decretada medida cautelar diversa da prisão, limitando-se a concessão de liberdade plena a apenas um por cento dos casos.

A conclusão extraída difere do primeiro estudo, tendo-se constatado que a realização do ato reduziu efetivamente o número de pessoas que ingressavam no sistema prisional, na medida em que o número de pessoas soltas foi maior do que o de pessoas mantidas encarceradas, embora seja reduzido o número de casos de concessão de liberdade plena.⁷⁸¹

Além dos índices de decretação de prisão cautelar, a pesquisa verificou os fundamentos das decisões de decretação de prisão preventiva, constatando como principais argumentos, dentre as 285 decisões: receio de reiteração criminosa (199 casos); existência de antecedentes criminais anteriores e /ou ações penais em andamento (180 casos) e a periculosidade do agente (114 casos).

6.7.4 Audiências de custódia e aumento do número relativo de presos provisórios

A persistência da tendência de aumento da população de presos provisórios evidencia a necessidade de uma análise mais aprofundada da influência das audiências de custódia sobre as taxas de encarceramento.

⁷⁸⁰ PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 276, Nov. 2015.

⁷⁸¹ INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. Disponível em <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2018/03/RELATO%CC%81RIO-Pesquisa-Audie%CC%82ncias-de-Custo%CC%81dia-IBADPP-1-1.pdf>>

Uma avaliação do impacto das audiências de custódia nos índices de presos provisórios demandaria a possibilidade de comparação com levantamento em relação aos casos de prisão em flagrante do período anterior à introdução das audiências de custódia.

Essa comparação, realizada na cidade de Salvador, não ocorreu no caso de São Paulo e Rio de Janeiro, de forma que a análise fica limitada, nesses casos, à comparação com pesquisas anteriores, produzidas com perspectivas e metodologias diversas.

Deve ser considerado, ainda, que os índices de concessão de liberdade provisória e decretação de custódia cautelar de cada estado variam e causam diferentes impactos na população carcerária, na medida em que são condicionadas por elementos diversos como as políticas de segurança pública adotada no nível estadual, a cultura profissional e corporativa dos profissionais do sistema de justiça criminal, o histórico de alternativas penais do judiciário local, a disponibilidade de políticas sociais e assistenciais do Executivo, entre outros.⁷⁸²

Importante ter em conta, além disso, que os relatórios apontados foram elaboradas com base na avaliação de projetos iniciantes, durante a implementação gradual da audiência de custódia em Estados de grande porte, de forma que, embora sejam válidos como fontes de informação, deixam de proporcionar uma visão completa do possível impacto da introdução audiência de custódia sobre a população prisional.

Apesar da parcialidade e incompletude gerada pela insuficiência de dados, pode-se concluir que há evidências, nos casos do Rio de Janeiro e São Paulo, de uma redução proporcional dos índices de decretação de preventiva na análise das prisões em flagrante.

Não obstante o efeito redutor, constata-se a manutenção da tendência de crescimento dos índices de presos provisórios nos estados abordados, o que enseja o questionamento do efeito desencarcerador da audiência de custódia e demanda uma análise mais aprofundada do fenômeno.

⁷⁸²BRASIL. Ministério da Justiça. Implementação das Audiências de Custódia. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>> Acesso em 09 de maio de 2018.

6.8 O crescimento da população prisional brasileira nos anos 1980

O tratamento do crescimento da população carcerária brasileira tem se concentrado, na maioria dos estudos sobre o tema, nos anos 1990 e 2000.

De fato, verifica-se um crescimento acentuado da população carcerária nos últimos 20 anos, como demonstra o gráfico abaixo:

Entretanto, pode-se observar que a população carcerária vem aumentando desde o início da década de 1980, apresentando crescimento mais intenso e acelerada na segunda metade daquela década.

A evolução da população prisional na década de 1980 pode ser avaliada por meio das estatísticas relativas ao sistema penal e prisional incluídas nos censos anuais do IBGE de 1959 a 1993, com base nos dados fornecidos pelo Ministério da Justiça.⁷⁸³

É certo que os dados disponibilizados pelo IBGE carecem de sistematização e organização, apresentando lacunas e falta de continuidade no que se refere aos critérios e métodos de coleta e apresentação, o que dificulta sobremaneira a análise.⁷⁸⁴

⁷⁸³ IBGE, disponível em <<<https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>>> Acesso em 09 de setembro de 2018.

⁷⁸⁴A disponibilidade de dados sobre o efetivo carcerário no sítio eletrônico do IBGE varia de relatório para relatório, da seguinte forma: 1970, Presos por condenação, segundo a extensão da pena imposta, por Unidades da Federação e municípios das capitais — 1968. 1971, Presos por condenação, segundo a extensão da pena imposta, por Unidades da Federação e municípios das capitais — 1969. 1972, Presos por condenação, segundo a extensão da pena imposta, por Unidades da Federação e municípios das capitais — 1969. 1980, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1978. 1981, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1979. 1982, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1980. 1983, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1981. 1984, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1981. 1985, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1982-83. 1986, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da

Apesar do caráter fragmentário e descontínuo do conjunto de informações, é possível estabelecer algumas relações entre os índices fornecidos, extraíndo-se avaliações parciais que podem ser interpretadas em conjunto para melhor compreensão do período como um todo.

natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1984. 1986, Movimento geral de presos nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação — 1982. 1986, Presos provisórios recolhidos durante o ano aos estabelecimentos prisionais, por sexo, nacionalidade, estado civil, instrução e antecedentes, segundo as Unidades da Federação — 1982. 1986, Presos provisórios existentes em 31-12 nos estabelecimentos prisionais, por sexo, nacionalidade, estado civil, instrução e antecedentes, segundo as Unidades da Federação — 1982/1986, Presos provisórios recolhidos durante o ano aos estabelecimentos prisionais, por motivos determinantes da prisão, segundo as Unidades da Federação — 1982/1986, Presos provisório existentes em 31 - 12 nos estabelecimentos prisionais, por motivos determinantes da prisão, segundo as Unidades da Federação — 1982. 1986, Presos provisórios recolhidos durante o ano aos estabelecimentos prisionais, por grupos de idade e sexo, segundo as Unidades da Federação — 1982. 1986, Presos provisórios existentes em 31-12 nos estabelecimentos prisionais, por grupos de idade e sexo, segundo as Unidades da Federação — 1982. 1987_88, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1985. 1987_88, Movimento geral de presos nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação — 1983. 1987_88, Movimento de presos provisórios, nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação — 1983/1987_88, Movimento de presos condenados, nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação — 1983. 1987_88, Movimento geral de presos nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação. 1987_88, Movimento de presos provisórios, nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação — 1984. 1987_88, Movimento de presos condenados, nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação — 1984/1989, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1986. 1989, Movimento geral de presos, nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação. 1989, Movimento de presos provisórios, nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação — 1985/1989, Movimento de presos condenados, nos estabelecimentos prisionais, segundo as Unidades da Federação — 1986. 1990, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1981/1990, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Unidades da Federação — 1981/1991, Prisões efetuadas durante o ano, com indicação da natureza e das características dos presos, segundo as Grandes Regiões e Unidades da Federação — 1989. 1992, Prisões efetuadas, segundo o grau de instrução dos presos — 1983 – 89. 1992, Prisões efetuadas, segundo grupos de idade dos presos — 1983 – 89. 1993, Prisões efetuadas, segundo o grau de instrução dos presos — 1988-90. 1993, Prisões efetuadas, segundo grupos de idade dos presos — 1988-90

Dessa forma, com base nas informações disponíveis sobre os presos existentes no último dia de cada ano, pode-se identificar diferentes padrões nas variações da população carcerária ao longo da década de 1980.

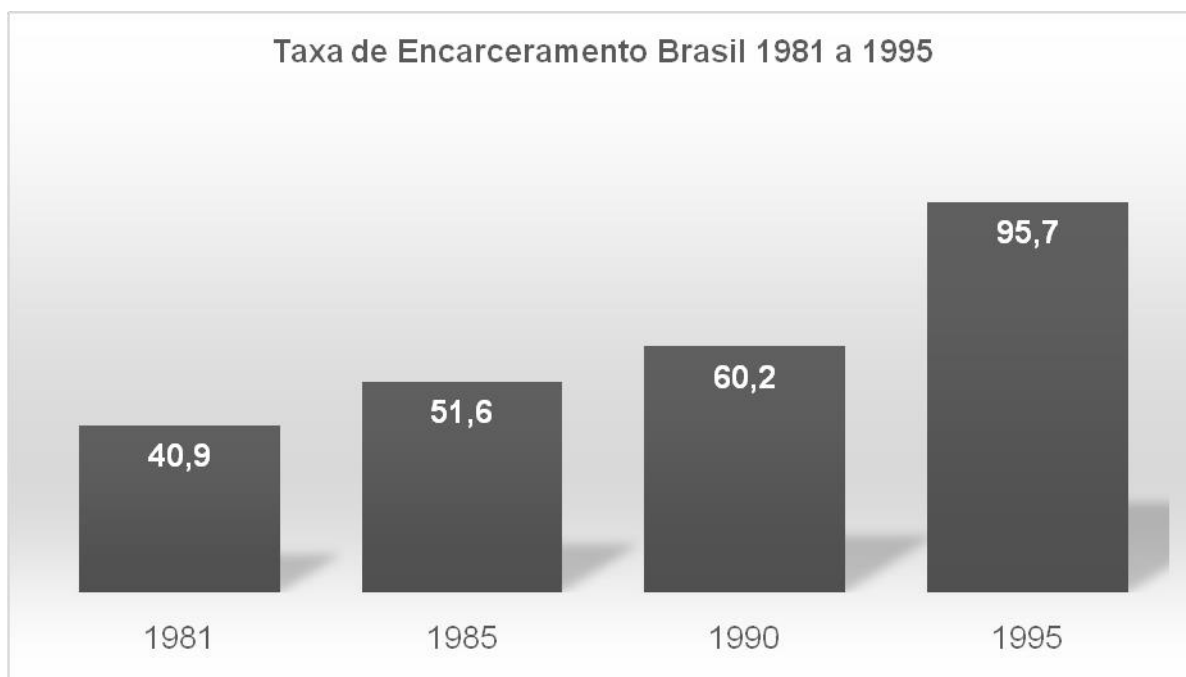
O crescimento do número de presos no período entre 1981 e 1984 foi de 22 por cento (de 50.802 para 62.024), enquanto que no período entre 1984 e 1990, foi de 45 por cento (de 62.024 para 90.000), ao passo que no período ente 1990 e 1995, o crescimento foi de 64,4 por cento (90.000 para 148800), como demonstra o gráfico abaixo.⁷⁸⁵



Fonte: IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <<https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

No que se refere à evolução da taxa de encarceramento, percebe-se uma aceleração mais acentuada entre 1990 e 1995, não se podendo, porém, deixar de observar o crescimento do índice nos períodos anteriores. como demonstrada no gráfico a seguir exposto:

⁷⁸⁵ IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <<https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.



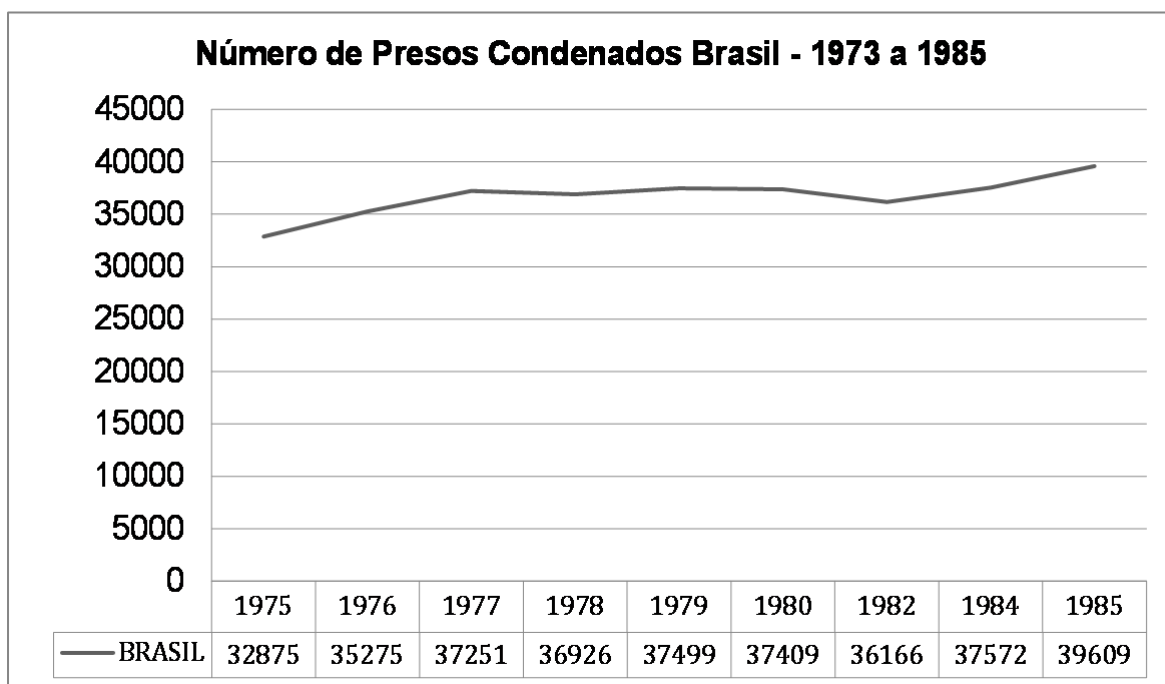
Fonte: IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

Mesmo que o crescimento da taxa de encarceramento tenha se acelerado a partir de 1990, deve ser levado em conta que a tendência de crescimento já havia se iniciado na década anterior, podendo-se estabelecer uma relação de continuidade entre os anos 1980 e 1990.

Essa mudança de padrão nos anos 1980 fica ainda mais evidente ao se observar a evolução da população prisional nos anos anteriores.

Ainda que, no período entre 1975 e 1980, somente se tenha informações sobre os presos condenados, a variação desse índice pode servir de parâmetro para estimativa da população carcerária como um todo.

Verifica-se uma leve ascensão de 13,3 por cento entre 1975 e 1977 (32.875 para 37.251), seguida de relativa estabilidade que durou até 1980, reduzindo-se o índice em 1982 (36.162 presos condenados), para, logo após, iniciar uma trajetória de crescimento (para 39.609 em 1984), como se vê na tabela abaixo.

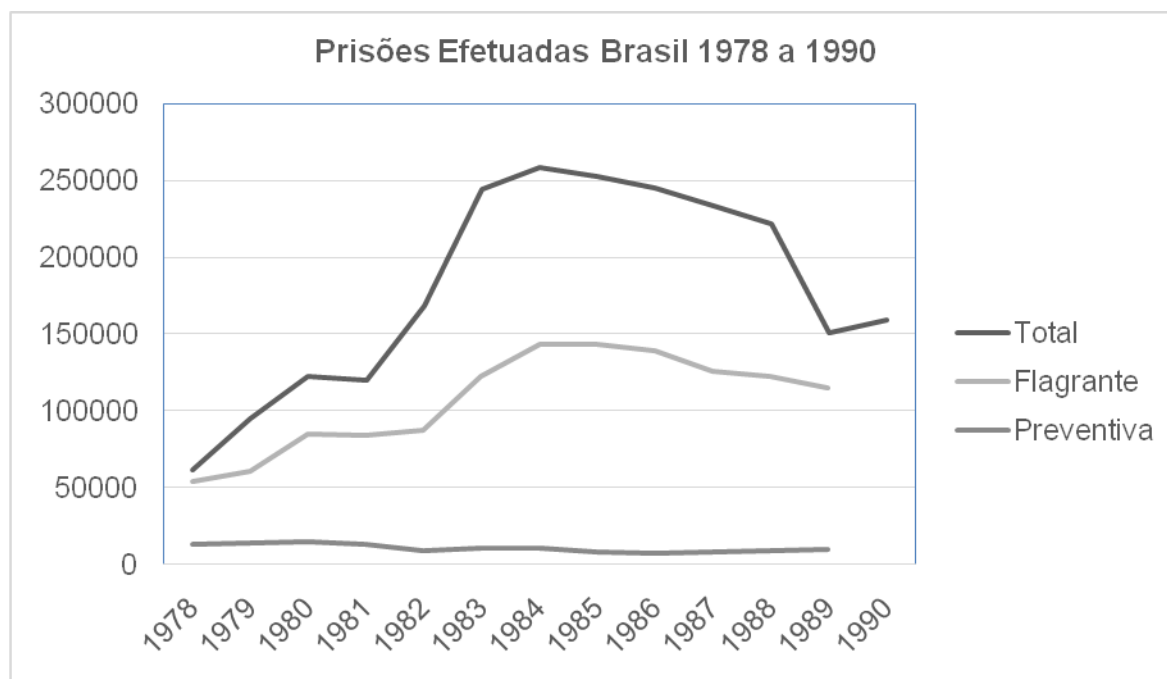


Fonte: IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

Já o número de prisões efetuadas teve evolução diversa no mesmo período, tanto no que se refere às prisões em flagrante, quanto em relação ao conjunto de composto de prisões preventivas e prisões por condenação.

Como se observa no gráfico abaixo, verifica-se uma tendência de aumento entre 1978 e 1984, com posterior redução entre 1984 e 1989.⁷⁸⁶

⁷⁸⁶ Explicar exclusão prisão administrativa, por pronúncia e para averiguação.



Fonte: IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

Ano	Total Prisões	Flagrante	Preventiva
1978	61.156	53.591	13.110
1979	94.600	60.555	14.300
1980	122.337	84.521	14.749
1981	120.099	83.391	13.266
1982	167.886	87.312	9.353
1983	243.958	122.633	10.463
1984	258.595	143.387	10.760
1985	253.151	143.262	8.365
1986	245.429	139.078	7.633
1987	233.127	125.877	8.688
1988	221.394	122.208	9.051
1989	150.460	114.507	9.643
1990	159.071	*****	*****

Embora a mera comparação de números expostos em gráficos não tenha condições de demonstrar cabalmente a ausência de correlação entre o número de prisões e a população carcerária, fica evidenciada a divergência entre as tendências de encarceramento e de prisões efetivadas.

A divergência entre as evoluções, por sua vez, constitui indício da ausência de correlação entre os índices de criminalidade e as variações na população carcerária no período abordado.

É de se notar que houve uma significativa alteração, ao longo da primeira metade da década de 1980, no que se refere à extensão das penas fixadas judicialmente.

O número de presos condenados à pena de menos de 6 meses caiu de 5.329 em 1981 para 733, em 1983 e para 659, em 1985, identificando-se uma variação de 15.1 pontos percentuais no quinquênio.

Houve decréscimo também do número de presos condenados à pena de mais de 6 meses a 1 ano (de 3.443 em 1981 para 1.281 em 1985), reduzindo-se 7.5 pontos percentuais, no mesmo período.

Da mesma forma, o número de presos condenados à pena de mais 1 a 2 anos sofreu redução de 2.3 pontos percentuais, embora tenha aumentado em números absolutos.

Registra-se, entretanto o aumento tanto em números absolutos quanto em números relativos dos presos condenados às penas de mais de 2 a 4 anos,, mais de 6 a 8 anos, mais de 8 a 10 anos, mais de 10 a 12 anos, mais de 12 a 16 anos, mais de 16 a 20 anos, mais de 20 a 25 anos, mais de 25 a 30 e até mais de 30 anos, como se vê nas tabelas abaixo:

	Menos de 6m	6m a 1a	1 a 2a	2 a 4a	4 a 6	6 a 8	8 a 10	Total
1981	5329	3443	3342	5161	4449	2512	1475	31776
1982	2668	1997	2808	4361	3026	1636	846	19671
1983	733	1 533	3 896	7 077	7 424	4 693	3 374	39263
1984	756	1 485	3 347	6 922	6 770	4 387	3 046	36713
1985	659	1 281	3 406	7 177	7 099	4 603	3 253	38904

	Menos de 6	6m a 1a	1 a 2a	2 a 4a	4 a 6a	6 a 8a	8 a 10a
1981	16.8	10.8	10.5	16.2	14.0	7.9	4.6
1982	13.6	10.2	14.3	22.2	15.4	8.3	4.3
1983	1.9	3.9	9.9	18.0	18.9	12.0	8.6
1984	2.1	4.0	9.1	18.9	18.4	11.9	8.3
1985	1.7	3.3	8.8	18.4	18.2	11.8	8.4

	10 a 12	12 a 16	16 a 20	20 a 25	25 a 30	mais de 30	Total
1981	1354	950	916	372	284	208	31776
1982	608	768	454	232	141	126	19671
1983	2 216	3 070	1 981	1 069	824	1 373	39263
1984	2 015	2 942	1 898	1 076	812	1 257	36713
	2 172	3 428	2 026	1 298	1 081	1 421	38904

	10 a 12	12 a 16	16 a 20	20 a 25	25 a 30	mais de 30
1981	4.3	3.0	2.9	1.2	0.9	0.7
1982	3.1	3.9	2.3	1.2	0.7	0.6
1983	5.6	7.8	5.0	2.7	2.1	3.5
1984	5.5	8.0	5.2	2.9	2.2	3.4
1985	5.6	8.8	5.2	3.3	2.8	3.7

Identifica-se, portanto, uma tendência de imposição de penas de prisão mais longas que provavelmente exerceu influência sobre a população carcerária, produzindo um efeito acumulativo ao longo do quinquênio, tendo em vista a super-representação dos condenados às penas maiores na contagem do efetivo carcerário no último dia do ano.

Deve ser levado em conta que a tendência de exasperação demonstrada acima iniciou-se já no começo da década, desenvolvendo-se de forma independente de inovações legislativas.

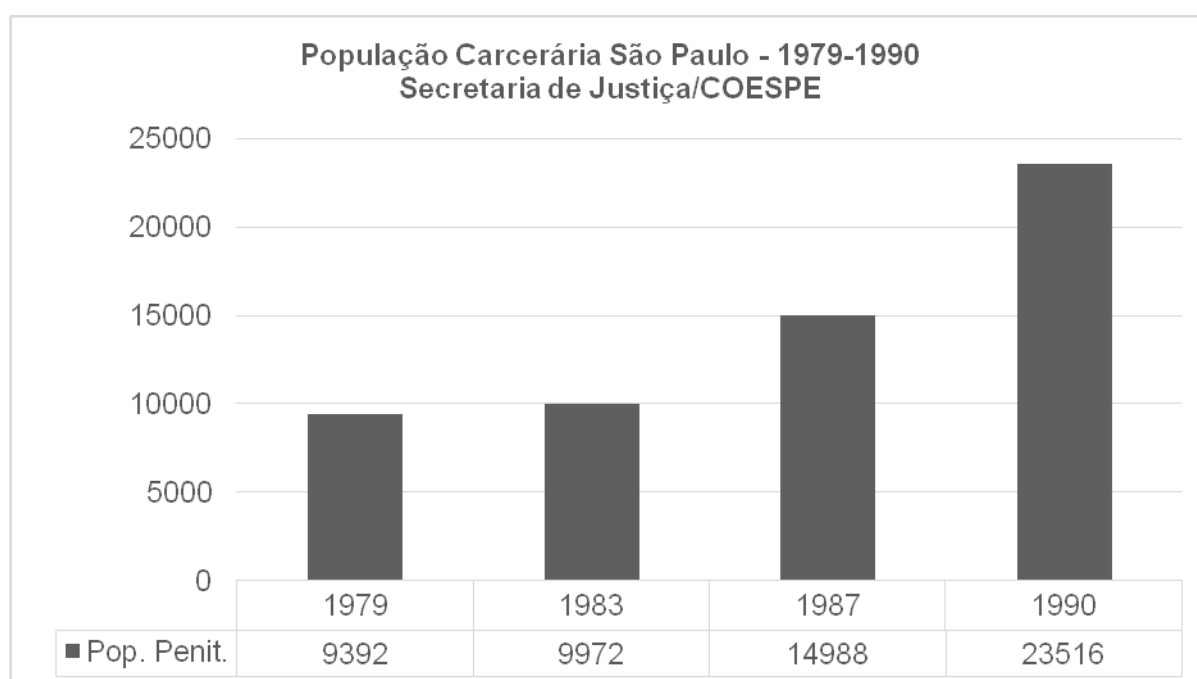
Apesar de não se dispor de dados sobre as tendências evolutivas de extensão da penas na segunda metade da década de 1980, não se podendo verificar a evolução das tendências de determinação de pena ao longo da década, pode-se ter uma boa compreensão do período subsequente pela análise do

encarceramento no nível estadual, especialmente no que se refere aos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

A seleção dessas duas unidades justifica-se não só pelo fato de que concentram grande parte do efetivo carcerário brasileiro, mas também pela maior disponibilidade de dados para fins de elaboração de séries históricas.

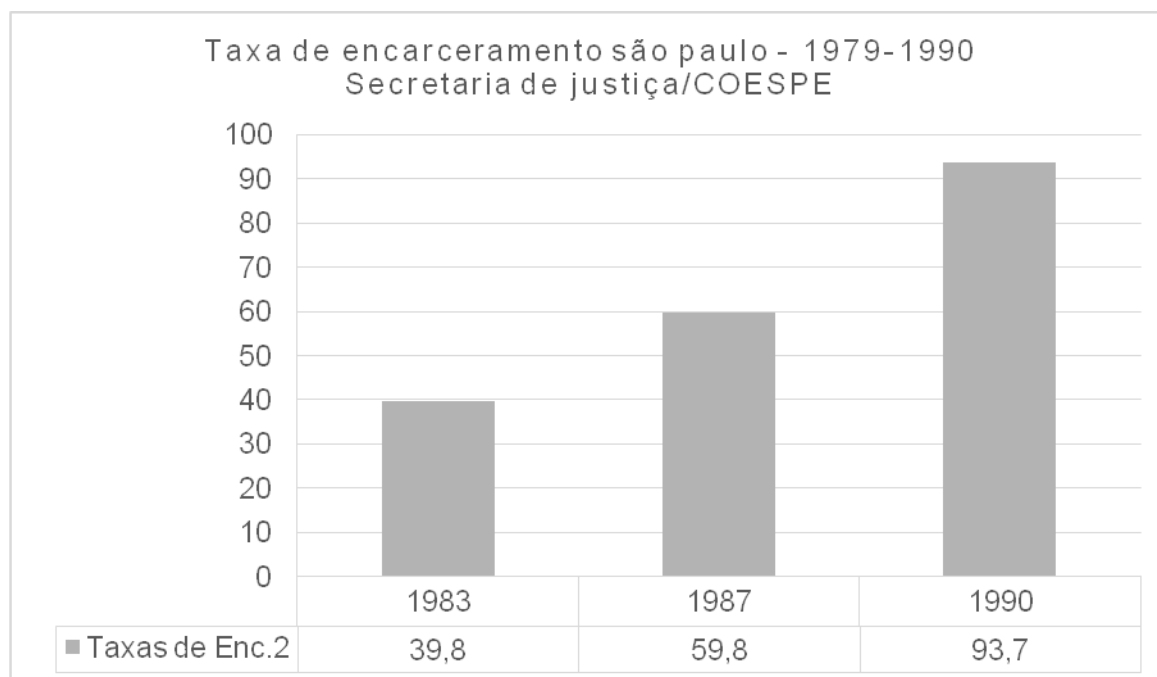
6.8.1 Crescimento da população carcerária em São Paulo nos anos 1970 e 1980

No caso do Estado de São Paulo, a população penitenciária manteve-se relativamente estável entre 1979 e 1983, variando de 9.392 presos no âmbito da Secretaria de Justiça, em 1979, para 9.972 em 1983, no âmbito da COESPE e registrou aumento para 14.988 em 1987 (50,3 por cento em 4 anos), como se demonstra no gráfico seguinte:⁷⁸⁷

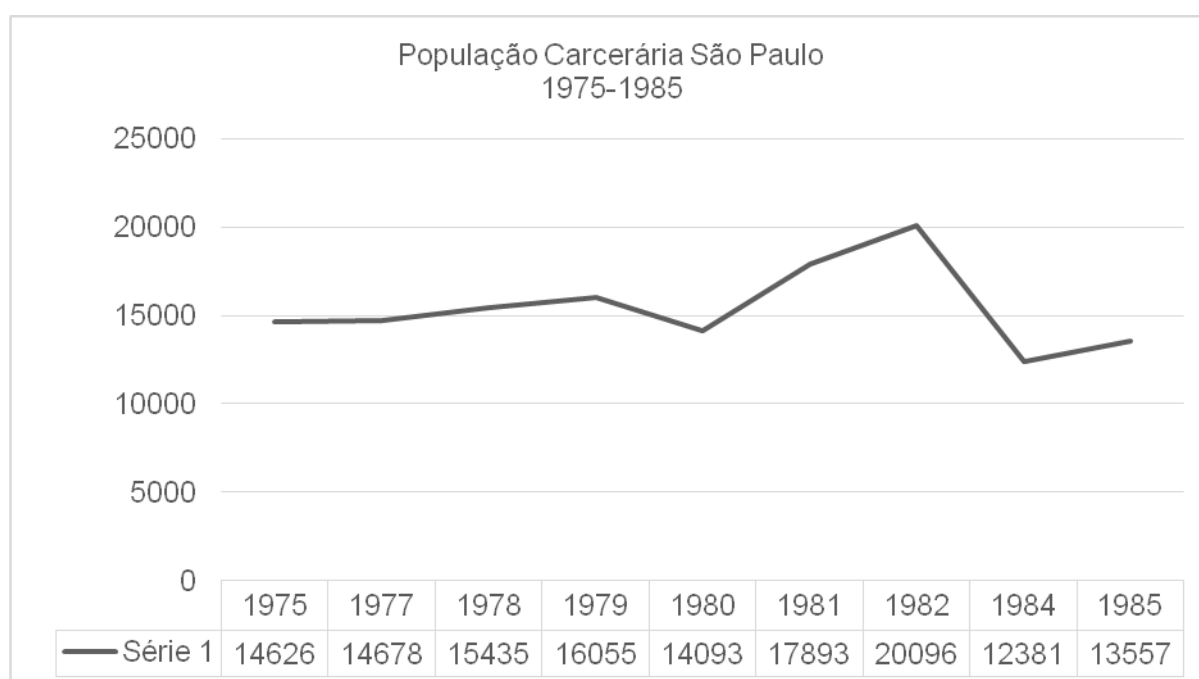


Fonte:SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: As políticas Penitenciárias em São Paulo Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1. Edição 1. 2007.

⁷⁸⁷SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: As políticas Penitenciárias em São Paulo Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1. Edição 1. 2007.



A evolução do efetivo carcerário como um todo (computando-se os presos da Secretaria de Justiça e da Secretaria de Segurança Pública) apresenta evolução diversa, embora possa ser observada, a redução da população carcerária de 17.893 em 1981 para 12.381 em 1984, iniciando-se, em seguida um período de ascensão, verificando-se o aumento para 13.557 em 1984.



SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: As políticas Penitenciárias em São Paulo Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1. Edição 1. 2007

Entretanto, como observou COELHO, constata-se um elevado aumento percentual dos índices de criminalidade violenta no período de 1981 e 1985, na capital e região metropolitana de São Paulo, coletando-se os dados organizados na tabela exposta em seguida:⁷⁸⁸

	Homicídio	Roubo
Aumento percentual na Capital	69,2	72,8
Aumento Percentual na Região Metropolitana	80,5	85,8

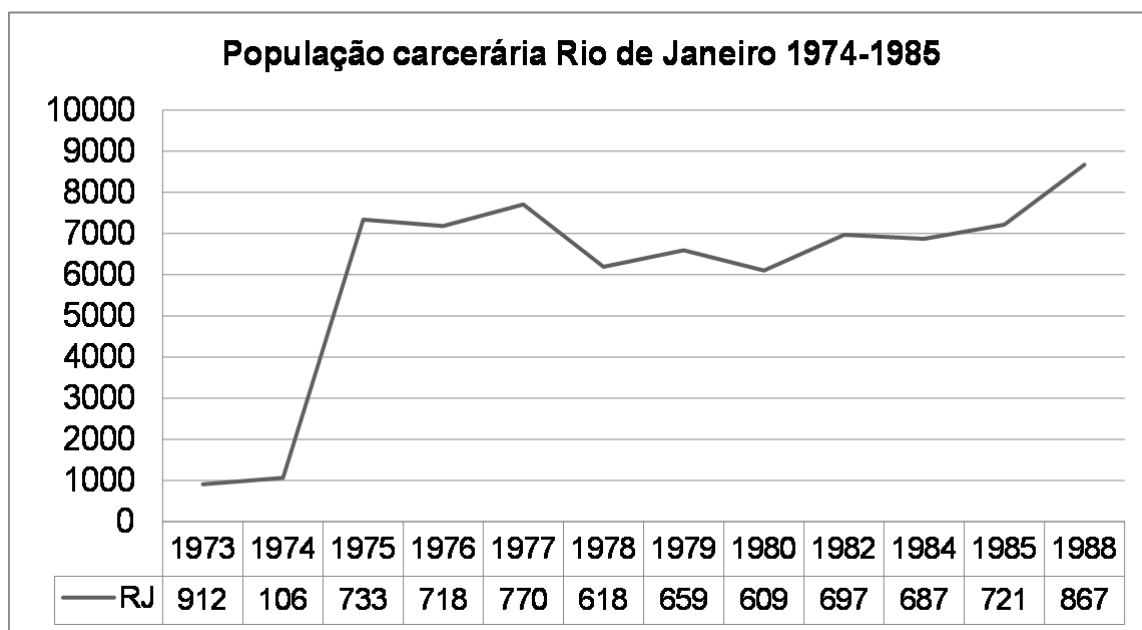
6.8.2 Crescimento da população carcerária no Rio de Janeiro nos anos 1970 e 1980

Fenômeno semelhante pode ser observado no âmbito estadual, ressalvadas algumas particularidades e conjunturas regionais.

No caso do estado do Rio de Janeiro, verifica-se um período de relativa estabilidade, alternando-se períodos curtos de redução e aumento, possivelmente decorrentes de mudanças nas condições conjunturais, de meados da década de 1970 até 1985.

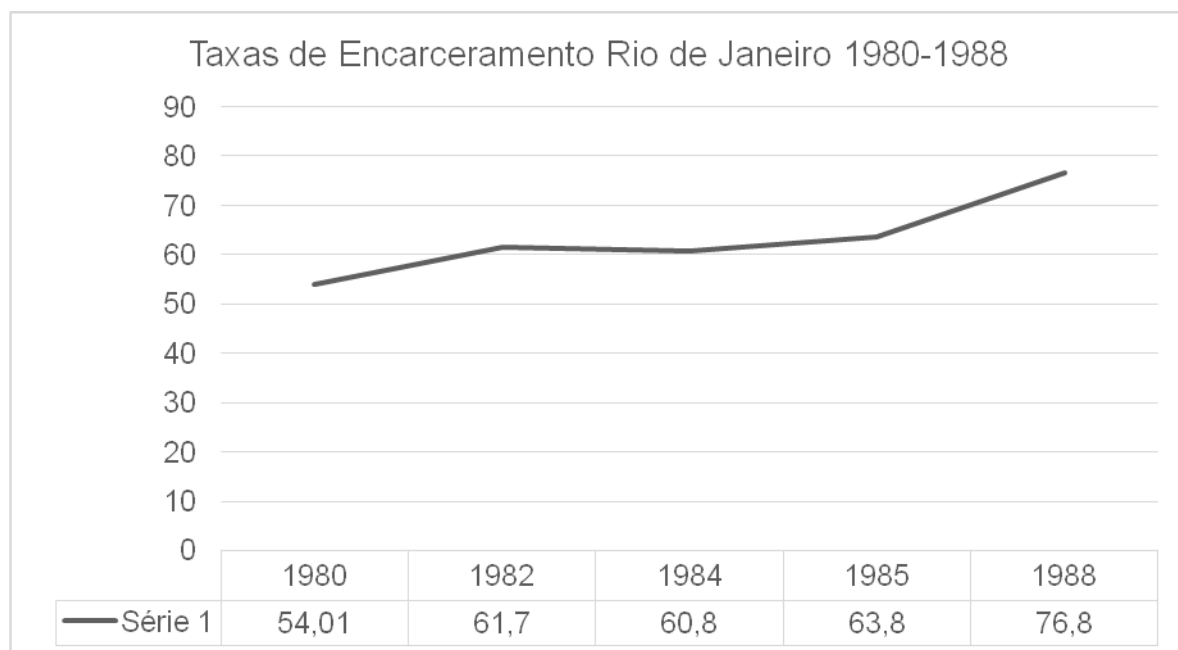
Após uma década de pequenas variações, iniciou-se, em meados dos anos 1980, uma tendência duradoura de crescimento da população carcerária, como se vê no seguinte gráfico:

⁷⁸⁸COELHO, Edmundo Campos. A Criminalidade Urbana Violenta. in COELHO, Edmundo Campos. A Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade. Rio de Janeiro: Record, 2005. p.370



Fonte: IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

Quanto às taxas de encarceramento, verifica-se, durante a década de 1980, um período de pouco crescimento entre 1980 e 1982, seguido de relativa estabilidade entre 1982 e 1984, momento a partir do qual verificou-se um aumento mais acentuado e acelerado, especialmente após 1985, como se vê no gráfico abaixo.



IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

A coincidência entre o período de crescimento da população carcerária e a fase de aumento nos índices de criminalidade violenta no estado pode ser interpretada como um indício de correlação entre as variações nos índices de criminalidade e as taxas de encarceramento.

Verificou-se, de fato, um aumento considerável nos índices de criminalidade violenta a partir de 1983, no Rio de Janeiro.

Entretanto, como observou COELHO, taxas de encarceramento e índices de criminalidade evoluíram de forma divergente durante toda a década de 1970 e início da década de 1980, não se podendo apontar uma correlação entre os fenômenos.⁷⁸⁹

No período entre 1981 e 1985, por exemplo, houve um aumento percentual de 49,6 na capital do Rio de Janeiro e 13,8 na região metropolitana, em índices decompostos na tabela em seguida:

⁷⁸⁹ COELHO, Edmundo Campos. A Criminalidade Urbana Violenta. in COELHO, Edmundo Campos. A Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 379

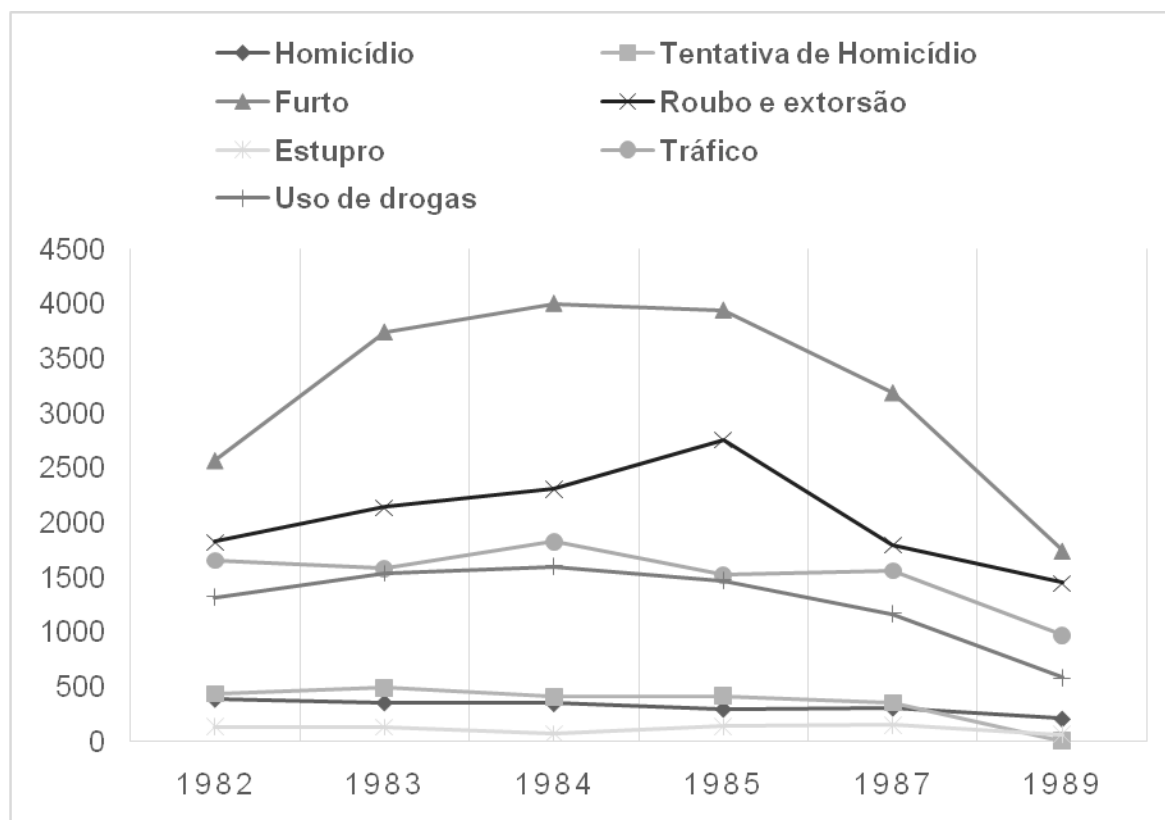
	Homicídio	Roubo
Aumento Percentual na Capital	26,0	41,6
Aumento Percentual na Região Metropolitana	50,6	7,2

Esse aumento acentuado e rápido nos índices de criminalidade violenta teria coincidido, como demonstrado por COELHO, com período de relativa estabilidade da população carcerária, verificando-se um aumento inicial de 14,3 por cento entre 1980 e 1982 (6.099 presos em 1980, para 6.972 presos em 1982), e uma variação de apenas 4,9 por cento (6.874 presos em 1984 e 7.212 em 1985), no período subsequente.⁷⁹⁰

Também a evolução dos índices das prisões efetuadas no estado, de acordo com os dados organizados pelo IBGE,⁷⁹¹ corroboram a tese da ausência de correlação entre taxas de encarceramento e criminalidade, verificando-se variações inteiramente divergentes daquela apresentada pela população carcerária, como se vê no gráfico abaixo:

⁷⁹⁰ COELHO, Edmundo Campos. A Criminalidade Urbana Violenta. in COELHO, Edmundo Campos. A Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade. Rio de Janeiro: Record, 2005.p. 379.

⁷⁹¹ IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <<https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.



	Homicídio	Tentativa de Homicídio	Furto	Roubo e extorsão	Estupro	Tráfico	Uso de drogas	Total
1982	387	430	2.564	1.819	133	1.652	1.316	24.780
1983	355	488	3.736	2.137	131	1.572	1.532	19.043
1984	348	406	3.998	2.307	71	1.822	1.597	19.538
1985	297	412	3.936	2.754	135	1.517	1.470	18.653
1987	307	350	3.182	1.794	149	1.556	1.165	15.608
1989	207	2.8	1.740	1.447	64	968	580	8.974

Fonte: IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <<https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

No caso do Rio de Janeiro, além do crescimento da população carcerária, pode-se observar, ao longo da década de 1980, o aumento na duração das penas privativas de liberdade.

Observa-se, entre 1981 e 1985, uma redução do número relativo de presos condenados a penas de menos de seis meses (de 2 % para 1%), de seis meses a

um ano (de 4% para 2%), de 1 a 2 anos (13% em 1981 para 9% em 1985), de 2 a 4 anos (13% para 3%), e de 16 a 25 anos.

Observa-se, entretanto, que aumentou a parcela de presos condenados às penas de 4 a 6 anos (20% para 24%), 6 a 8 anos (17% para 18%), 8 a 10 anos (7% para 16%), 12 a 16 (6% para 9%), como se vê na tabela abaixo.

Pena	1981	1981	1982	1982	1984	1984	1985	1985
Menos de 6 meses	2%	90	1%	58	1%	55	1%	43
6 meses a 1 ano	4%	178	2%	150	3%	197	2%	135
1 a 2 anos	13%	529	13%	814	8%	497	9%	560
2 a 4 anos	13%	641	15%	914	19%	1143	3%	192
4 a 6 anos	20%	948	25%	1567	19%	1191	24%	1338
6 a 8 anos	17%	805	15%	955	17%	1024	18%	1081
8 a 10 anos	7%	325	7%	461	15%	925	16%	948
10 a 12 anos	5%	248	5%	310	5%	339	6%	353
12 a 16 anos	6%	266	5%	331	8%	508	9%	560
16 a 20 anos	6%	288	5%	296	5%	295	5%	283
20 a 25 anos	4%	204	3%	174	3%	208	3%	200
25 a 30 anos	6%	283	6%	173	2%	144	2%	140
Mais de 30 anos	4%	194	4%	233	3%	236	4%	225

Fonte: IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <<https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

Os dados da tabela constituem indício de uma evolução, na qual reduziu-se a aplicação das penas mais curtas, de 6 meses a 4 anos, aumentando-se a frequência de imposição de penas mais longas de 4 a 16 anos.

Nota-se que não houve, no período em questão, qualquer inovação legislativa visando à revisão de escalas penais em relação àqueles crimes que compõe majoritariamente o efetivo carcerário.

6.8.3 O crescimento da população carcerária e os fatores internos ao sistema penal

A evolução divergente de índices de criminalidade e o crescimento da população carcerária, tanto em nível nacional quanto no âmbito dos estados (como demonstrado nos casos do Rio de Janeiro e São Paulo), constitui indício da ausência de correlação entre os índices de criminalidade e encarceramento no período abordado.⁷⁹²

Evidencia-se, dessa forma, a necessidade de se verificar uma possível influência de fatores internos ao sistema penal sobre o aumento do número de presos.

Pode-se observar que o início da tendência de aumento da população carcerária precedeu a produção legislativa voltada para o endurecimento das penas, característica da década de 1990, iniciando-se em meados da década de 1980.

Nota-se ainda, no que se refere ao número de condenados por extensão de pena, uma tendência para o agravamento das sanções, na medida em que ocorreu um aumento, tanto em números absolutos quanto relativos, de condenados às penas de prisão mais longas.

Embora a evolução identificada em nível nacional possa conter distorções em razão das disparidades político-criminais entre as diversas unidades da federação, o fato de que incremento da duração das penas pode ser constatado no nível nacional e nos casos dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, corrobora a tendência inicialmente detectada.

Nota-se, além disso, que o período no qual se iniciou o crescimento da população carcerária coincidiu com a transição entre os sistemas de penas e medidas de segurança do Código de 1940 e da Reforma de 1984.

⁷⁹² A divergência entre as variações dos índices de criminalidade e população carcerária nos casos do Rio de Janeiro e São Paulo poderia ser explicada, segundo o autor, pela redução da despesa per capita com segurança pública e menor participação dessas despesas no total de gastos em ambos os estados entre 1983 e 1986. COELHO, Edmundo Campos. *A Criminalidade Urbana Violenta*. in COELHO, Edmundo Campos. *A Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p.370

A simultaneidade entre as inovações legislativas, e o crescimento da população prisional indicam a necessidade de verificação da influência da Reforma Penal de 1984 sobre os níveis de encarceramento.

A necessidade de investigação se justifica especialmente no que se refere aos institutos desencarceradores introduzidos no quadro da reforma, devendo-se questionar a real efetividade dessas medidas, tendo em vista a perpetuação da tendência de crescimento da população carcerária mesmo após a sua entrada em vigor.

O mesmo questionamento deve ser feito no que se refere aos institutos introduzidos posteriormente com o fim de ampliar a possibilidade de aplicação dos substitutivos penais.

7 O CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA E A REFORMA DE 1984

A investigação de eventual correlação entre a Reforma Penal de 1984 e o crescimento da população carcerária no período imediatamente posterior pressupõe a identificação dos objetivos e valores filosóficos subjacentes às inovações legislativas, especialmente no que se refere ao sistema de penas, sendo necessária a contextualização das mudanças introduzidas pelo Decreto Lei 2.848/84 e pela Lei. 8.072/84, a Lei de Execução Penal.

A análise deve levar em conta que as mudanças legislativas da década de 1980 constituíram o ponto culminante de um longo e tortuoso processo de revisão do Código Penal de 1940, orientado pela necessidade de adequação da legislação penal à evolução da doutrina, que se estendeu pelas décadas de 1960 e 1970, resultando na Lei 6.416 de 1977 e, por fim, na Reforma de 1984.

A reforma da década de 1980 foi antecedida e orientada por profícua produção doutrinária e legislativa inserida no contexto do movimento de declínio do ideal de tratamento e reabilitação que se produziu em diversos países europeus e com mais intensidade nos Estados Unidos, nas décadas de 1960 e 1970.

Buscava-se modificar, sobretudo, o sistema de penas e medidas de segurança adotado pelo Código de 1940, especialmente no que se refere aos institutos inspirados nas concepções deterministas típicas da escola positivista italiana.

7.1 O duplo binário no Código de 1940

Aborda-se, nesse ponto, alguns aspectos do sistema de penas e medidas de segurança do Código Penal de 1940, sem qualquer pretensão de profundidade ou completude, tarefa que não cabe nos limites desse trabalho, da qual desincumbiram-se outros, infinitamente mais qualificados.⁷⁹³

⁷⁹³ Ver por todos: BRUNO, Aníbal. Das Penas. Rio de Janeiro: Forense, 1976. 260p. BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978. LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de

Trata-se, aqui, de ressaltar determinados pontos essenciais ao bom desenvolvimento do tema proposto, especialmente aqueles relativos à imposição de medida de segurança aos imputáveis, ou seja, ao duplo binário e a sua influência sobre a determinação da duração do tempo de prisão.

Necessárias, entretanto, algumas considerações relativas ao conjunto, e esparsas alusões à produção legislativa do período, de forma a melhor contextualizar o debate que será abordado na seção subsequente do trabalho, que cuidará do movimento reformista.

A análise deve ser empreendida a partir da origem e contexto histórico do Código Penal de 1940, elaborado com base no anteprojeto de Alcântara Machado, após profundo trabalho de revisão da comissão especial composta por NELSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA, NARCÉLIO DE QUEIROZ e VIEIRA BRAGA, com colaboração de COSTA e SILVA.⁷⁹⁴

Janeiro: Forense, 1958. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pena e Culpa. Comunicação apresentada ao Colóquio Internacional realizado em Santiago do Chile sob os auspícios do Instituto de Ciencias Penales. Disponível em http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003012916-pena_culpa.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2018. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981, p. 5-21. NORONHA, Magalhães. Direito Penal: 1º Volume. São Paulo: Saraiva, 1974.

⁷⁹⁴ Segundo NILO BATISTA e ZAFFARONI, apesar de elogiado no exterior, o projeto de Alcântara Machado teria sofrido numerosas críticas no Brasil, especialmente de COSTA e SILVA e NELSON HUNGRIA, de forma que o ministro da Justiça constituiu uma comissão revisora, a qual teria alterado profundamente o projeto. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 471.

O trabalho seria inspirado, segundo FRAGOSO, no Código Rocco de 1930, sofrendo influência também do código Suíço de 1937, seguindo, dessa forma, “(...)a tendência político-criminal que à época prevalecia...”.⁷⁹⁵

Embora seja marcante a influência da legislação estrangeira, observou NILO BATISTA que o Código refletiria as “mudanças econômicas e culturais” contemporâneas à sua elaboração”, ligadas à ruptura com a teoria liberal do estado, a um surto industrial acelerado pela produção de ferro, aço e cimento, à introdução da legislação previdenciária, à organização sindical, com o conseqüente deslocamento do “centro de gravidade das atividades agroexportadoras para a industrialização”, edificando-se “um Estado intervencionista e previdenciário”.⁷⁹⁶

Entretanto, a despeito da penetração do discurso médico-psiquiátrico por meio da inclusão no sistema penal das medidas de segurança, asseverou o autor, “(...) veremos no CP de 1940 o que ele verdadeiramente foi: o grande eixo programático da criminalização do estado previdenciário”, ao qual se sucedeu uma legislação penal extravagante que revelaria “tendências político-criminais inteiramente compatíveis com o cenário de um sistema penal inscrito num estado de bem estar”.⁷⁹⁷

Destaca-se a ênfase de FRAGOSO e NILO BATISTA no caráter liberal, democrático da obra jurídica, apesar de ter sido introduzida no ordenamento jurídico durante “regime ditatorial (o chamado Estado Novo, que vigorou no Brasil de 1937 a 1945)”, asseverando-se que o único vestígio autoritário do Código

⁷⁹⁵ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 71-72

⁷⁹⁶ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 487. p. 460-461

⁷⁹⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 487. p. 475-480.

consistiria na disciplina dos crimes contra a organização do trabalho, notadamente, à repressão aos movimentos grevistas.⁷⁹⁸

Respondendo ao gracejo de NORONHA, que acusava o código de acender “uma vela a Carrara e outra a Ferri”, destacou NILO BATISTA, que “o texto de 1940, mesmo operando com medidas de segurança fugiu ao modelo unitarista, eludiu-se a tal influencia.”, restando fiel às tradições liberais.⁷⁹⁹

Adotando um modelo híbrido, o sistema de determinação de penas do Código de 1940 conjugava a ideia de investigação da personalidade e tratamento individualizado com os postulados da escola clássica, orientada pela ideia de justiça e responsabilidade moral.

O caráter conciliador do sistema foi destacado repetidamente na própria Exposição de Motivos do Ministro Campos, com expressa referência à semelhança da nova legislação com os Códigos estrangeiros produzidos na época.

3. Coincidindo com a quase totalidade das codificações modernas, o projeto não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. Nêle, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.⁸⁰⁰

Tratava-se, segundo BRUNO, de uma síntese da secular luta de escolas,⁸⁰¹ uma “composição entre as teorias extremas”, que reuniria “os dois objetivos da retribuição e prevenção”, nos moldes do modelo proposto por STOOS para o

⁷⁹⁸ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, p. 72. BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. p. 464

⁷⁹⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 487. p. 460-461

⁸⁰⁰ Exposição de Motivos do Código Penal de 1940.

⁸⁰¹ Sobre o profícuo debate entre as escolas penais, ver BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 487. p. 460-461

Código Penal da Suíça e difundido pela União Internacional de Direito Penal liderada por von LISZT, VAN HAMEL e PRINZ, em uma série de congressos no início do século XX, vindo a ser concretizado no Código Rocco em 1930.⁸⁰²

O modelo italiano teria inspirado, segundo HUNGRIA, o Código Penal de 1940, no qual distinguiu-se nitidamente a pena, condicionada à culpa moral, da medida de segurança, condicionada à periculosidade e sem caráter expiatório.

Diversamente da pena, a medida de segurança não constituiria, segundo o autor

(...) um mal ou castigo, mas exclusivamente, um meio profilático do crime, um expediente de cura, de assistência, de tutela, de reeducação ou readaptação social do autor do crime. Tem como função única a prevenção especial e sua duração é subordinada, logicamente à persistência da periculosidade individual. A pena só é aplicada aos responsáveis, sejam ou não perigosos; a medida de segurança somente se impõe aos perigosos, sejam ou não responsáveis. No caso dos irresponsáveis (perigosos), a medida de segurança é um substitutivo da pena; nos caso dos responsáveis (perigosos) é um complemento dela.

A introdução de medidas preventivas buscava suprir as deficiências do modelo retributivo no combate à criminalidade, especialmente no que se refere às “formas habituais” e aos “doentes mentais perigosos”, os quais, “isentos de pena, não eram submetidos nenhuma medida de segurança ou de custódia, senão nos casos de imediata periculosidade.”

O modelo buscava corrigir a “anomalia”, segundo a Exposição de Motivos mediante a conciliação entre o caráter repressivo e intimidante das penas e as medidas de segurança, “essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos ainda que moralmente irresponsáveis.”

Nesse contexto, a pena conservaria seu caráter retributivo, porém deixaria de ser a única consequência do crime, acrescentando-se-lhe a medida de segurança, que, para completa-la, seria imposta “aos casos em que a inclinação

⁸⁰² HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 21. Sobre o duplo binário e o fim da luta entre escolas, ver também Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981, p. 5-21.

para o crime, no agente, se aprofunda, tomando o aspecto de perigosidade criminal.”⁸⁰³

O propósito da conjugação de respostas diversas consistia em assegurar que, em falhando a prevenção geral para determinados indivíduos insensíveis aos estímulos da coação psicológica da previsão da pena, nos moldes defendidos por FEUERBACH, atuaria a prevenção especial, por meio da medida de segurança.

Seriam aqueles, observou BRUNO, “(...) desajustados e impulsivos, naturalmente inclinados a graves desvios de comportamento, que mesmo a ameaça penal dificilmente será capaz de deter diante do crime”.

7.1.1 Duplo binário e individualização da pena

No que se refere à aplicação da pena, o Código Penal de 1940 atribuiu ao julgador grande margem de atuação, cabendo-lhe individualizar a sanção prevista abstratamente nos tipos penais, adaptando-a “(...) à personalidade do delinquente...”, ressalvados os limites legais.⁸⁰⁴

A ausência de uma classificação de criminosos, como ocorria no projeto Alcântara, com a divisão dos delinquentes entre ocasionais, por tendência, reincidentes e habituais, justificaria, segundo a Exposição de Motivos, a larga margem de atuação conferida ao julgador no âmbito da individualização da pena, esclarecendo-se que

(...) não se faz mister uma prévia catalogação mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao Juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente individualizador.⁸⁰⁵

Devendo-se levar em conta, na determinação da pena, não só o fato criminoso mas também, “o delinquente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou o grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42).”,

⁸⁰³ BRUNO, Aníbal. Das Penas. Rio de Janeiro: Rio, 1976.p. 19-30.

⁸⁰⁴ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p 80-84.

⁸⁰⁵ Exposição de Motivos do Código Penal de 1940.

incumbia ao juiz pesquisar o “curriculum vitae” do acusado, investigando-se suas “condições de vida individual, familiar e social”, além da sua “menor ou maior periculosidade (probabilidade de vir a tornar o agente a praticar ato previsto como crime.”⁸⁰⁶

A medida da pena seria determinada, na expressão de LYRA, “(...) pelo próprio réu com seu passado e com o seu crime, podendo reduzi-la ou suaviza-la a posteriori com a sua conduta de sentenciado. Tateia-se lhe o futuro com os índices do passado e do presente.”⁸⁰⁷

A adaptação da pena ao delinquente representaria, segundo o autor, a vitória “da escola positiva contra os clássicos”, afastando-se correspondência entre o crime e a pena, em proporção determinada aprioristicamente.⁸⁰⁸

Além de “uma grande latitude de apreciação” na determinação da pena, o projeto deixaria ao juiz, segundo a exposição de motivos,

(...) a escolha entre penas alternativamente cominadas, a faculdade de aplicar cumulativamente penas de espécie diversa e a de deixar de aplicar qualquer das penas cominadas. O projeto acentua, ainda, a liberdade do juiz em tudo quanto se refere à aplicação e à execução das medidas de segurança.

Fazendo uso frequente das cominações de penas de qualidades diferentes para o mesmo crime, o Código teria fornecido um sistema completo de adaptação das sanções “à personalidade e à periculosidade do agente”.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ Art. 42 do Código Penal de 1940: Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

⁸⁰⁷ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 176

⁸⁰⁸ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 176.

⁸⁰⁹ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 86

Caberia ao juiz, portanto, escolher, no caso de previsão alternativa nos tipos da parte especial, dentre as penas cominadas — reclusão, detenção ou multa —, a mais adequada à personalidade do acusado, de acordo com a os critérios enumerados no art. 42.⁸¹⁰

Em seguida, caber-lhe-ia dosar, tomando por base os mesmos critérios, a medida da pena imposta, prosseguindo na tarefa da individualização.

Assim, o julgador operaria, em regra, entre “o mínimo e o máximo da cominação” pra fazer a opção entre as penas alternativas previstas e fixar a quantidade da pena escolhida ou da que foi estabelecida pela lei, isolada ou cumulativamente.⁸¹¹

A expressiva margem de liberdade conferida ao juiz sofria redução, porém, no que se refere aos reincidentes específicos, determinando-se, nesse caso, a fixação da quantidade de pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo e o máximo (art. 47, I) e a aplicação da pena mais grave em qualidade (art. 47, II).⁸¹²

A individualização deveria ser orientada pelos critérios fornecidos pelo artigo 42, além das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 44 a 48 do Código Penal de 1940.

⁸¹⁰ As penas foram listadas em ordem decrescente de gravidade no art. 28, sendo a mais grave a de reclusão, uma vez que possibilitava o isolamento diurno por período de até três meses (art. 30) e remoção para colônia (art. 30 parag. 1º), e vedava acesso à suspensão condicional da pena, salvo na hipótese do art. 30 parag. 3º, além de impossibilitar a escolha do trabalho e implicar penas acessórias e medidas de segurança mais “importantes e assíduas”. LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 79.

⁸¹¹ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 86.

⁸¹² Artigo 47 do Código Penal de 1940: A reincidência específica importa: I - a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo; II - a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no n. I.

Necessário mencionar, nesse ponto, o acirrado debate sobre o sistema de aplicação dos dispositivos mencionados, entre os partidários do sistema bifásico e trifásico.

Tão ampla foi a margem de atuação conferida ao juiz no que se refere à individualização da sanção, que a lei deixou de determinar o método a ser seguido na apreciação das circunstâncias judiciais e legais, tendo-se desenvolvido, por conseguinte, dois posicionamentos doutrinários.

De um lado, defendia-se o sopesamento conjunto, em uma única operação, dos critérios previstos no art. 42 e as circunstâncias legais fornecidas nos artigos 44 a 48.

Nesse sentido, defendia LYRA, que, para a fixação da pena, o juiz

(...) atenderá, de modo geral, aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime (art. 42) e, de modo especial, às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 44 a 48. Formada a sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 157 do Código de Processo) o juiz, dominando o conjunto da realidade, sem cisões nem etapas, fixará a pena.⁸¹³

Do lado oposto, sustentava-se uma operação escalonada, fixando-se a pena base com fulcro nos critérios fornecidos pelo art. 42 e, em seguida, utilizando-se essa pena base, seriam aplicadas as variações determinadas em razão das circunstâncias legais, previstas nos art. 44 a 48 do Código.

Principal defensor do sistema trifásico, HUNGRIA sustentava que se buscou, com a redação do Código, “salvaguardar, dentro do possível, o arbítrio judicial...” afastando a previsão de uma determinado “quantum” de aumento decorrente de agravantes e atenuantes...”, sem prejuízo, porém, da necessidade de se fixar uma pena base antes da apreciação das circunstancias legais.⁸¹⁴

O método trifásico de HUNGRIA teria prevalecido, segundo ROIG, sobretudo em razão do resultado da 1ª Conferência de Desembargadores, realizada em julho

⁸¹³ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 188.

⁸¹⁴ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.24.

de 1943, embora a tese oposta tivesse não menos defensores, inclusive no âmbito da própria Conferência.⁸¹⁵

Independentemente do método escolhido, circunstâncias legais e judiciais deveriam ser apreciadas no processo de individualização da pena, contribuindo para uma melhor adequação da pena à pessoa do criminoso.

Assim, teria o Código fornecido, ensinou LYRA, no art. 42, os “roteiros fundamentais” (antecedentes, personalidade do agente, intensidade do dolo ou grau da culpa, motivos, circunstâncias e consequências do crime) para, em seguida, discriminar nos art. 44, 45 e 48, “fórmulas harmônicas e flexíveis” destinadas a abranger “índices de maior ou menor periculosidade”.⁸¹⁶

Tratando-se de dispositivos destinados à individualização da pena, caberia ao julgador, na sua aplicação, atribuir à cada uma das circunstâncias enumeradas pela lei o valor que o criminoso lhe confere, ou seja, não seria objeto de consideração na fixação da pena, o fato em si, sua menor ou maior gravidade, mas aquilo que o fato revelaria sobre o criminoso. Como disse LYRA,

O fato, já contemplado na cominação, na medida de sua gravidade, somente interessa complementarmente, como mais um dado sobre o

⁸¹⁵ Sobre o tema ver ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Dinâmica Histórica da Aplicação da Pena Privativa de Liberdade no Brasil: Análise Crítica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 117, novembro-dezembro 2015. Sobre as vantagens do método trifásico sobre o bifásico ver BOSCHI, Paganela. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. São Paulo: Saraiva, p. 214 – 215.

⁸¹⁶ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.267. Em sentido contrário, sustentando que medida da pena não seria absolutamente influenciada pela periculosidade, HUNGRIA, que afirmava: “É certo que os critérios de orientação da medida da pena (art. 42) são essencialmente os mesmos indicados para a averiguação da periculosidade (art. 77); mas , no cálculo da pena, o que se tem a investigar é a capacidade de delinquir” (a que expressa e distintamente se refere o Código italiano), que se tem notas comuns com a periculosidade (de que pode ser indício), não se confunde com ela.” HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.24

delinquente. Do contrário, restaurar-se-ia disfarçadamente, a legenda clássica pra ver crimes e não criminosos....⁸¹⁷

Note-se que “os roteiros fundamentais” fornecidos pelo código no art. 42, foram expressos em fórmula —antecedentes, personalidade do agente, intensidade do dolo ou grau da culpa, motivos, circunstâncias e consequências do crime — que em tudo se assemelha ao conceito de periculosidade adotado pelo Código, nos moldes do conceito elaborado por FERRI,⁸¹⁸ no art. 77, evidenciando-se a influência predominante da periculosidade, tanto na aplicação da medida de segurança, quanto na determinação da pena.⁸¹⁹

Há que se atentar, ainda, para o destaque conferido aos elementos subjetivos, os quais foram mencionados um a um (personalidade, antecedentes, intensidade do dolo ou grau da culpa e motivos) ao passo que a referência aos elementos objetivos limitou-se a utilização de uma fórmula genérica, consubstanciada na expressão circunstâncias e consequências do crime, toda a materialidade e tãda a repercussão do delito”.

Ao mencionar personalidade e antecedentes de forma autônoma, teria querido o Código afastar generalizações e fórmulas abstratas deixando claro que a conduta abrange “todos os aspectos da vida individual, familiar e social, inclusive depois do fato.”⁸²⁰

Nas palavras de LYRA,

⁸¹⁷ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.243

⁸¹⁸ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 217

⁸¹⁹ Artigo 77 do Código Penal de 1940: Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.

⁸²⁰ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 219

Mais do que os subsídios médicos (saúde e higiene em geral), são úteis os pedagógicos (aproveitamento, conduta e necessidades de instrução e educação), administrativos e profissionais (vida profissional e funcional), militares (reação à disciplina da caserna), cívicos, morais, que, todos, colaboram para integrar o conjunto da participação na vida, a síntese da atividade. É a conduta como cidadão, filho, pai, espôso, companheiro, amigo, profissional, como sócio de centros culturais, beneficentes, recreativos, esportivos, mundanos etc. A conduta, durante e depois do crime, entrará sempre na revelação da personalidade.⁸²¹

Também no que diz respeito à intensidade do dolo ou grau da culpa e motivos, a influência desses elementos na determinação da pena seria condicionada à medida da periculosidade neles revelada.

Ao distinguir os graus de dolo ou culpa e motivos, o código teria, segundo LYRA, distinguido os “dois índices de periculosidade.”⁸²²

O mesmo pode ser observado em relação às circunstâncias e consequências do crime, já que a análise judicial não deveria ficar adstrita à apreciação do momento da consumação, abrangendo aspectos de maior amplitude.

As circunstâncias e consequências a serem levadas em conta na determinação da pena seriam, de acordo com LYRA, aquelas “associadas aos sinais de identificação da personalidade: repugnância à ideia do ato e seus efeitos, audácia, habilidade, perversidade, insensibilidade etc.”⁸²³

Passada a fase de determinação da pena intermediária, deveria passar o juiz, em seguida, à aplicação das causas de aumento e diminuição, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial.

Também nesse ponto manifestar-se-ia, segundo LYRA, a liberdade do juiz no que se refere à individualização da pena, uma vez que, ao deixar o Código,

⁸²¹ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 223.

⁸²² LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 231

⁸²³ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 243

dentro de certos limites, ao arbítrio do juiz a quantidade de aumento e diminuição, deveria o julgador voltar a considerar os elementos do art. 42.⁸²⁴

Dentre as circunstâncias enumeradas no Código, tem particular importância a reincidência, fator que ensejava tratamento mais gravoso justificado pela presunção de maior periculosidade do reincidente.

Reflete-se, nesse ponto, o ensinamento LYRA, para quem “Se perigoso é quem autoriza a suposição de que venha a delinquir, quem delinuiu autoriza, não somente a suposição, mas a certeza da periculosidade.”⁸²⁵

Assim, embora concedesse ao juiz certa margem de liberdade para reconhecer ou não a caracterização da agravante, bem como sua modalidade (genérica ou específica), o Código impunha necessariamente o tratamento mais rigoroso.

O reconhecimento da reincidência genérica tornava obrigatória a conversão da multa em detenção, no caso do não pagamento (art. 33), constituía circunstância preponderante (art. 49), impedia o reconhecimento da atenuante do art. 48, IV e, excluía o sursis (art. 57, n. I) elevava o período de tempo de cumprimento da pena necessário para a concessão do livramento condicional (art. 60, I), fazia presumir a periculosidade (art. 78, n. IV), aumentava o prazo da prescrição (art. 110), interrompia o curso da prescrição (art. 117, VI), duplicava o prazo mínimo para o período da reabilitação (art. 119, parag. único) etc.

Porém, no que se refere à agravação da pena relativa à reincidência genérica, dispõe o juiz de ampla margem de atuação, podendo fixa-la de modo a adequar a resposta penal à periculosidade.

Já no que tange à reincidência específica, caberia ao julgador ampla margem de atuação para o reconhecimento de sua caracterização, a qual dependeria a apreciação da identidade de natureza ou caracteres fundamentais comuns dos

⁸²⁴ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 200.

⁸²⁵ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 336

crimes, nos termos do art. 46 do Código Penal, salvo no caso de previsão no mesmo dispositivo legal.⁸²⁶

Após o reconhecimento da reincidência específica, restaria, ainda, margem para a gradação da periculosidade, nos limites do art. 47, I, já que, se todo reincidente é perigoso, cada indivíduo apresentaria um determinado grau de periculosidade.⁸²⁷

Inspirado no modelo italiano, o Código teria acolhido, segundo LYRA, a perpetuidade da reincidência, que se verifica qualquer que seja o tempo transcorrido da condenação irrecorrível por crime anterior.

A alusão ao crime anterior, por sua vez, abrangeria “todo e qualquer crime – doloso, culposo, político, social, político-social, militar etc., previsto no próprio Código ou em lei especial ou complementar.”

7.1.2 Suspensão condicional da pena

A suspensão condicional da pena, prevista no ordenamento jurídico desde 1924, recebeu, no art. 57 do Código novo tratamento, prevendo-se, não a extinção da condenação, como dispunha a legislação antiga (art. 51 parag. 4º da Consolidação das Leis Penais), mas a suspensão da execução da pena de detenção ou, excepcionalmente, de reclusão.⁸²⁸

⁸²⁶ Artigo 46 do Código Penal de 1940: (...)§ 2º Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.

⁸²⁷ Art. 47 do Código Penal de 1940: A reincidência específica importa: I - a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo; II - a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no n. I. LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 238

⁸²⁸ Artigo 57 do Código Penal de 1940: A execução da pena de detenção não superior a dois anos, ou de reclusão, no caso do art. 30, § 3º, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que: I - o sentenciado não haja sofrido,

O primeiro pressuposto objetivo – que a pena não excedesse a dois anos e seja de detenção – revelava o espírito do instituto, destinado a evitar a imposição de penas curtas, em razão do escasso efeito de reabilitação ou emenda que proporciona.

Quanto ao segundo pressuposto objetivo, a condição de primário, desconfigurava-se por qualquer condenação anterior, independentemente da época, resultasse essa de crime ou contravenção, previsto em leis especiais, como os militares, por exemplo.

No pressuposto subjetivo, tinha-se a fórmula negativa da periculosidade, qual seja: a presunção de que não tornaria a delinquir, verificada pelo juiz com base nos antecedentes e na personalidade, assim como nos motivos e circunstâncias do crime.

Daí resulta que, ao aplicar a pena orientando-se pelo art. 42, o julgador, estudando já todos os seus elementos determinaria, de antemão, o cabimento ou descabimento da suspensão condicional da pena.

Daí se conclui, ainda, que em caso algum os indivíduos que a lei presumia perigosos (at. 78) ou qualquer outro, a que fosse aplicada medida de segurança (art. 76, II), poderiam obter a suspensão, já que, como bem observado por LYRA, “não é possível, ao mesmo tempo, reconhecer e negar a periculosidade.”⁸²⁹

7.1.3 Livramento condicional

Se a suspensão destinava-se a evitar a imposição das penas curtas, o livramento condicional teria como objetivo abreviar as penas longas, quando consideradas contraproducentes.

no Brasil ou no estrangeiro, condenação por outro crime; ou condenação, no Brasil, por motivo de contravenção; II - os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

⁸²⁹ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 479

Como etapa do sistema progressivo, aplicava-se apenas às penas de mais de três anos de reclusão ou detenção, de forma a se garantir tempo suficiente à “provação penitenciária” e “experimentação do egresso”.⁸³⁰

A impossibilidade de obtenção de livramento para o condenado à pena inferior a três seria justificada, segundo LYRA, na medida em que o instituto se destinava a evitar penas curtas ou a reduzir penas longas, aplicando-se a condenados de periculosidade mínima.

Dessa forma, atribui-se ao juiz o poder de determinar, por meio da fixação da pena, eventual aplicação do instituto no caso concreto, assegurando-se a margem de atuação do juiz mesmo na fase de execução da pena.⁸³¹

Nas palavras de LYRA, “Em última análise, cabe ao juiz, em princípio, colocar o sentenciado em condições de poder habilitar-se a um ou outro benefício. Além disso, o condenado à reclusão não superior a três anos, isto é, sem possibilidade de obter o livramento, desde que vença a metade da pena com bom procedimento, conta com a transferência para colônia penal.”

Além da pena maior de três anos, figurava como pressuposto objetivo do livramento condicional o cumprimento de metade da pena, se primário, ou mais de três quartos, se reincidente, harmonizando-se o instituto com o tratamento mais grave conferido à reincidência na fixação da pena e na suspensão condicional.

Pressupunha, ainda, a satisfação das obrigações civis resultantes do crime, com possibilidade de dispensa em caso de prova de insolvência.

Mas é no pressuposto subjetivo que se revelava a adequação do livramento condicional ao sistema de penas do código, condicionando-se sua concessão à ausência ou cessação de periculosidade, isto é, à presunção negativa de reincidência, além do bom comportamento durante a vida carcerária e a aptidão para própria de subsistência mediante trabalho honesto.

⁸³⁰ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 500

⁸³¹ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 501

7.1.4 Duplo binário e medida de segurança

Diversamente da pena, condicionada pela culpabilidade, a medida de segurança era condicionada pela periculosidade, diferindo da pena, tanto pelos seus fins, quanto pelas condições de sua aplicação e modo de execução.⁸³²

Embora sua aplicação esteja condicionada à prática de fato previsto como crime, voltava-se a medida de segurança para fato provável, ou seja, o “provável retorno à prática de fato previsto como crime (segundo a regra geral)”, buscando não a retribuição, mas a readaptação do indivíduo.

Nessa perspectiva, o fato passado constituiria não mais que um dos sintomas do estado perigoso individual, que justifica a submissão à medida de segurança pelo tempo de sua duração.

Sem caráter aflitivo, a medida de segurança visaria apenas à prevenção especial, ou, como disse HUNGRIA, “neutralização profilática ou recuperação social do indivíduo, não se prestando, como a pena, à prevenção geral (coação psicológica “erga omnes”).

Enquanto a pena se aplicava exclusivamente aos responsáveis, perigosos ou não, a medida de segurança destinava-se exclusivamente aos perigosos, responsáveis ou não.

Quando aplicada aos irresponsáveis, substituiu a pena, quando aplicada aos responsáveis, àqueles inacessíveis à correção da pena, notadamente aos reincidentes, complementava a pena.

Nas palavras de HUNGRIA, “ (...) na previsão da insuficiência corretiva da pena, presumida ou averiguada a periculosidade do condenado, isto é, a probabilidade de que venha de novo, a delinquir, impõe-se-lhe a medida de segurança.”⁸³³

⁸³² Exposição de motivos do Código Penal de 1940.

⁸³³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 23.

Pressupostos da medida de segurança seriam, portanto, a prática do fato previsto como crime e a periculosidade do agente, como disposto no artigo 76 do Código Penal de 1940.⁸³⁴

A previsão condicionava a aplicação de medida de segurança à prática de fato previsto como crime, buscando evitar “possíveis excessos ao arbítrio judicial” pelo reconhecimento da periculosidade antes do delito.

Tratar-se-ia, segundo HUNGRIA, de uma previsão ilógica, já que afasta a imposição da medida mesmo em casos de demonstrada periculosidade, mas justificada como escolha político criminal.

Nota-se entretanto que o postulado foi temperado pela possibilidade de imposição de medidas de segurança em casos de crime impossível e a participação a que não se seguiu crime, hipóteses que HUNGRIA chamou de quase-crimes, as quais “(...)pela sua contiguidade com o crime (e por isso são denominados quase-crimes), que transcendem à mera “cogitatio” e podem significar um reflexo de alarmante inadaptação social do atente.”⁸³⁵

Quanto à periculosidade, a lei inspirou-se no Código Italiano, tendo estabelecido alguns casos de presunção (art. 78), deixando em outros o seu reconhecimento à livre convicção do juiz.⁸³⁶

⁸³⁴Art. 76. A aplicação da medida de segurança presuppõe: I - a prática de fato previsto como crime; II - a periculosidade do agente. Parágrafo único. A medida de segurança é também aplicável nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n. II.

⁸³⁵ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 21.

⁸³⁶ Artigo 78 do Código Penal de 1940. Presumem-se perigosos: I- aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena; II - os referidos no parágrafo único do artigo 22; III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; IV - os reincidentes em crime doloso; V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.

Assim, de acordo com o art. 77, deveria ser reconhecido perigoso o indivíduo se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizassem a suposição de que venha ou torne a delinquir.

Dentre os elementos elencados, deveria preponderar, segundo HUNGRIA, a personalidade, “podendo-se mesmo dizer-se que os demais se entrosam nêle ou contribuem para sua melhor identificação”.

Nesse contexto, a periculosidade seria “o que a personalidade de certos indivíduos contém de militante inclinação para o crime.”, fator que deveria ser identificado por meio da investigação da via pregressa do acusado, retrazendo sua história pessoal “desde a infância, no lar, na escola, no grupo social a que pertence, no meio ambiente em que viveu, na oficina, na caserna, no convívio social em geral, nos seus meios de vida, nas suas formas de conduta, nos seus modos de reação.”⁸³⁷

Seriam presumidamente perigosos, no entanto, aqueles listados no art. 78, ou seja, os irresponsáveis, na conformidade do art. 22, os semirresponsáveis, nos termos do art. 22 paragraf. único; os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; os reincidentes em crime doloso; os condenados por crime que hajam cometido como filiados à associação, bando ou quadrilha de malfeitores.

Nos últimos quatro casos aplica-se a medida de segurança aos condenados semiimputáveis, sem prejuízo da aplicação da pena.

A aplicação sucessiva de pena e medida de segurança aos semirresponsáveis seria justificada, segundo HUNGRIA, pela necessidade de disciplinar os psicopatas por meio da pena, tendo em vista sua “acessibilidade à intimidação”, antes que passem ao regime mais brando da medida de segurança, onde obteriam a cura.⁸³⁸

⁸³⁷ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 81.

⁸³⁸ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 93.

A embriaguez habitual distinguir-se-ia, por sua vez, da patológica, na medida em que se cuida, nesse caso, de indivíduos livres, normais, que à força de libações repetidas, acabam tornando-se ébrios habituais.

Segundo HUNGRIA, isso ocorreria “quando o bebedor passa a repetir o uso do álcool antes de haver eliminado toda a quantidade ingerida em libações anteriores”, fenômeno que acarretaria alterações de comportamento, gerando atitudes violentas e embrutecidas moralmente, daí a necessidade de imposição de medida de segurança.⁸³⁹

Destaca-se, no rol da periculosidade presumida, o caso da reincidência, que além de importar agravamento no âmbito da aplicação da pena, constituiria a demonstração prática da periculosidade.

O combate à reincidência seria overdadeiro inspirador, disse HUNGRIA, da criação da medida de segurança, tendo em vista a ineficácia intimidadora do aumento de pena.

O sistema do duplo binário teria correspondido, segundo FRAGOSO, à convicção de que o sistema clássico, trabalhando apenas com a agravação da pena em caso de reincidência, nunca chegou a ajustá-la ao sistema da culpabilidade, advindo a medida de segurança da percepção de que a “pena retributiva era insuficiente nos casos de multirreincidentes e criminosos habituais.”

A periculosidade dos chamados bandoleiros, por sua vez, justificar-se-ia, segundo HUNGRIA, pela alarmante “hostilidade contra a ordem jurídico-social” manifestada no fenômeno.

Quanto às espécies de medida de segurança, o Código seguiria o paradigma italiano,⁸⁴⁰ dividindo as medidas em patrimoniais (interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco) e pessoais (detentivas ou não detentivas).

⁸³⁹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 97.

⁸⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 153

Como medidas detentivas previu o Código a internação em manicômio judiciário, a internação em casa de custódia e tratamento, a internação em colônia agrícola ou instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional.

As medidas não detentivas, por sua vez, podiam ser a liberdade vigiada, a proibição de frequentar determinados lugares e o exílio local.⁸⁴¹

Na ausência dos estabelecimentos adequados, o Código admitia fossem executadas em seções especiais de outro estabelecimento (art. 89).

A internação em manicômio judiciário seria reservada aos isentos de pena, devendo sua duração ser estabelecida na proporção da pena mínima cominada ao delito, cabendo substituição por internação em casa de custódia e tratamento, baseada em perícia médica.⁸⁴²

Destinava-se aos semirresponsáveis e aos ébrios habituais internação em casa de custódia e tratamento. Quanto aos primeiros, a internação duraria no

⁸⁴¹ Artigo 88 do Código Penal de 1940: As medidas de segurança dividem-se em patrimoniais e pessoais. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco são as medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividem-se em detentivas ou não detentivas. § 1º São medidas detentivas: I - internação em manicômio judiciário; II - internação em casa de custódia e tratamento; III - a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. § 2º São medidas não detentivas: I - a liberdade vigiada; II - a proibição de frequentar determinados lugares; III - o exílio local.

⁸⁴² Artigo 91 do Código Penal de 1940: O agente isento de pena, nos termos do art. 22, é internado em manicômio judiciário. § 1º A duração da internação é, no mínimo: I - de seis anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a doze anos; II - de três anos, se a lei comina ao crime pena de reclusão não inferior, no mínimo, a oito anos; III - de dois anos, se a pena privativa de liberdade, cominada ao crime, é, no mínimo, de um ano: IV - de um ano, nos outros casos. § 2º Na hipótese do n. IV, o juiz pode submeter o indivíduo apenas a liberdade vigiada. § 3º O juiz pode, tendo em conta a perícia médica, determinar a internação em casa de custódia e tratamento, observados os prazos do artigo anterior.

mínimo três anos, se a lei cominasse pena de reclusão não inferior a dez anos. A internação duraria, porém, dois anos, se a lei cominasse pena de reclusão não inferior a cinco anos, ou ainda um ano, se a lei cominasse pena não inferior a um ano (salvo se fosse mais conveniente a liberdade vigiada).⁸⁴³

Foram estipulados, como se vê, o período mínimo de submissão à medida, deixando-se de estabelecer um limite máximo, de forma que a revogação ficaria inteiramente condicionada pela verificação da cessação de periculosidade, mediante exame do indivíduo, a ser realizado no fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança ou anualmente, após a expiração do prazo mínimo, ou a qualquer tempo se determinado por superior instância.⁸⁴⁴

843 Artigo 92 do Código Penal de 1940. São internados em casa de custódia e tratamento, não se lhes aplicando outra medida detentiva: I - durante três anos, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a dez anos, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22; II - durante dois anos, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a cinco anos, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22; III - durante um ano, pelo menos, o condenado por crime a que a lei comina pena privativa de liberdade por tempo não inferior, no mínimo, a um ano, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22 ; IV - durante seis meses, pelo menos, ainda que a pena aplicada seja por tempo menor, o condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez. Parágrafo único. O condenado por crime a que a lei comina pena privativa de liberdade por tempo inferior, no mínimo, a um ano, se na sentença foram reconhecidas as condições do parágrafo único do art. 22, é internado em casa de custódia e tratamento durante seis meses, pelo menos, ou, se mais conveniente, submetido, por igual prazo, a liberdade vigiada.

844 Artigo 81 do Código Penal de 1940: Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso. § 1º Procede-se ao exame: I - ao fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança; II - anualmente, após a expiração do prazo mínimo, quando não cessou a execução da medida de segurança; III - em qualquer tempo, desde que o determine a superior instância. § 2º Se inferior a um ano o prazo mínimo de duração da medida de segurança, os exames sucessivos realizam-se ao fim de cada período igual àquele prazo.

Trata-se de exame que abrange aspectos gerais relativos à conduta do interno, não se restringindo aos aspectos médicos, mas “todos os dados relativos às condições atuais do internado e seu curriculum, quer no estabelecimento da segurança, quer na precedente fase de cumprimento da pena (conforme constar da cópia do prontuário remetido pelo diretor da prisão.)”⁸⁴⁵

Já os reincidentes, condenados à pena de reclusão por mais de cinco anos (se devidamente verificada a periculosidade, já que não se trata de hipótese de presunção) e condenados à pena privativa de liberdade, por crime relacionado com a ociosidade, a vadiagem ou a prostituição, (nesses dois últimos casos, se devidamente verificada a periculosidade, já que não se trata de hipótese de presunção) poderiam ser internados em colônia agrícola ou instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, pelo prazo mínimo de dois anos (reincidentes) ou um ano nos demais casos.

A escolha do estabelecimento seria deixada ao critério do juiz, devendo ser definida de acordo com as condições do internado, especialmente a procedência e futuro destino, ou, nas palavras de HUNGRIA,

o meio em que está habituado a viver e a que naturalmente voltará. Se provém de zonas rurais, a internação em colônia agrícola será preferível à internação em estabelecimento outro, onde o trabalho se oriente no sentido de profissões citadinas. Se, ao contrário, procede o internando de centros urbanos, o estabelecimento aconselhável é o que possa proporcionar-lhe o hábito em trabalhos que lhe assegurem o êxito ou subsistência no ambiente citadino.⁸⁴⁶

Também nessas hipóteses ficaria condicionada a revogação da medida à demonstração da cessação da periculosidade, embora, nesse caso, não se exija o exame psiquiátrico, mas somente “um minucioso relatório do diretor do estabelecimento, que deverá opinar, de modo positivo, sobre a conveniência, ou não, da revogação da medida de segurança...”⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 203.

⁸⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 210.

⁸⁴⁷ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 229. Artigo 775 do Código Penal de 1940. A

7.1.5 O duplo binário e a duplicidade de sanções

O modelo conjugava, assim, retribuição pela pena e prevenção pela medida de segurança, compondo, segundo BRUNO, um “sistema de defesa contra o crime”, prevendo duas medidas com pressupostos diversos:

(...) na pena, a culpabilidade, que vem fazer recair sobre o sujeito a reprovação da ordem jurídica, que se exprime na pena retributiva e aflitiva; na medida de segurança, a perigosidade criminal, simples condição ou maneira de ser do indivíduo que não pode fundamentar nenhuma reprovabilidade sobre ele e justifica apenas o tratamento preventivo de novos crimes que venha a ser aplicada através da medida de segurança.⁸⁴⁸

A adoção do sistema duplo consistiria, conforme o autor, em uma posição de concessão, devendo-se atentar para uma tendência de superação da dicotomia em favor de uma sanção única, uma pena indeterminada, com ênfase na função emendativa. O dualismo, disse BRUNO

(...) já acusa uma tendência a revisão. Tem-se alegado que a maioria das medidas de segurança detentivas para imputáveis apresentam características externas que as fazem confundir-se com verdadeiras penas. Têm um conteúdo de aflição igual ao da pena detentiva, pelo dano que produzem com a supressão da liberdade. Diz-se, por exemplo, que o emprego sucessivo, sobre o mesmo condenado da pena de reclusão e da colônia agrícola equivale a uma dupla punição. Ao inverso, a pena tem caminhado no sentido de acentuar cada vez mais a sua função preventiva especial pela emenda do criminoso, que é a própria da medida de segurança.⁸⁴⁹

cessação ou não da periculosidade se verificará ao fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança pelo exame das condições da pessoa a que tiver sido imposta, observando-se o seguinte: I - o diretor do estabelecimento de internação ou a autoridade policial incumbida da vigilância, até um mês antes de expirado o prazo de duração mínima da medida, se não for inferior a um ano, ou até quinze dias nos outros casos, remeterá ao juiz da execução minucioso relatório, que o habilite a resolver sobre a cessação ou permanência da medida;

⁸⁴⁸ BRUNO, Aníbal. Das Penas. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 33.

⁸⁴⁹ BRUNO, Aníbal. Das Penas. Rio de Janeiro: Rio, 1976.p. 37.

Nessa perspectiva, seria adotada futuramente uma medida única aos delinquentes imputáveis perigosos, com finalidade ressocializadora, com mínimo fixo e máximo indeterminado, podendo ser prolongada por pequenos períodos até a “recuperação social do condenado.”⁸⁵⁰

O advento da equiparação entre penas e medidas de segurança foi antevisto também por LYRA, tendo o autor explicado que

O código distingue a pena da medida de segurança, o que não podia deixar de fazer em face do texto constitucional, impedindo as penas perpetuas e, assim, obrigando, se equiparadas as duas sanções, a desnaturar as medidas de segurança, também pelo limite máximo. Mas a adoção de tais medidas, também, inteiramente condicionadas à periculosidade, e o estabelecimento do condomínio destas sobre o termo indivisível das penas, em marcha para a adjudicação, propiciam a futura abolição de quaisquer diferenças por força da igualdade fundamental e da fusão de ambas no conceito de sanção.⁸⁵¹

Em que pese o debatido dualismo do sistema, observa-se que a margem de liberdade do juiz na determinação da pena foi vinculada a critérios que muito se aproximam daqueles utilizados na aferição da periculosidade, uma vez que a lei utilizou-se das mesmas expressões (personalidade e antecedentes) tanto no art. 42, tratando da medida da pena, quanto no art. 77, que trata da verificação da periculosidade.⁸⁵²

⁸⁵⁰ BRUNO, Aníbal. Das Penas. Rio de Janeiro: Rio, 1976.p. 40. No mesmo sentido ANTOLISEI, Pene e misure di sicurezza, Scruì di Diritto Penale, Milão, Giuffre, 1955, I, 224. Apud FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981, p. 5-21.

⁸⁵¹ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 185.

⁸⁵² Artigo 42 do Código Penal de 1940. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. Art. 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.

Apesar da coincidência, assegurou HUNGRIA que a pena não tem qualquer relação com a periculosidade. Segundo o autor, no âmbito da determinação da pena, os antecedentes e a personalidade constituiriam indícios da capacidade de delinquir, consistente no “conjunto de elementos em virtude dos quais se pode aquilatar da criminalidade do réu no caso concreto, do seu revelado grau (inseto no crime) de rebeldia contra a lei.”

Ao contrário da periculosidade, que se orienta para o futuro, constituindo uma prognose, a capacidade de delinquir não extrapola a órbita do crime e se concretiza em uma diagnose, relacionando-se com fato certo (o crime realmente cometido).⁸⁵³

Segundo HUNGRIA, em ambos os casos,

tem-se de investigar a personalidade do agente, o seus antecedentes, os seus motivos determinantes, bem como a gravidade subjetiva; mas enquanto uma se refere ao estado psico-ético do agente em relação ao crime, pelo qual responde, outra se refere à provável continuidade da conduta criminosa do agente ou permanência do seu estado psíquico de rebeldia contra a ordem jurídica.⁸⁵⁴

Entretanto, como observou FRAGOSO, a “apreciação do conjunto da personalidade” para fins de determinação da pena, teria relativizado a contraposição entre culpa e periculosidade.

Como observou o autor, os elementos de verificação da periculosidade e culpabilidade, a saber, antecedentes e personalidade, são os mesmos, variando, tão somente a perspectiva em que devem ser considerados:

para aplicação da pena, cumpre avaliar a maior ou menor reprovabilidade de ação. Para a aplicação da medida de segurança, cumpre avaliar a

⁸⁵³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 21.

⁸⁵⁴ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Segundo FRAGOSO, embora seja o principal artífice do Código de 1940, HUNGRIA viria a rever sua posição sobre a dualidade entre penas e medidas de segurança, reconhecendo a unidade orgânica entre ambos os institutos. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981, p. 5-21.

probabilidade de reincidência. Essa é a a teoria. Em realidade porém, a consideração da personalidade do agente é indispensável no processo de aplicação da pena.⁸⁵⁵

Observa-se, assim, uma predominância dos institutos e postulados típicos da escola positivista italiana, não obstante o modelo adotado pelo Código de 1940 tenha buscado uma conciliação entre escolas.

Tratar-se-ia, de acordo com ROIG, de uma “virada subjetivista”, uma vez que ao prever critérios de determinação da pena, o código enumera, no art. 42, quatro circunstâncias relacionadas ao acusado (antecedentes, personalidade, intensidade do dolo ou grau de culpa e motivos), mas apenas duas de natureza objetiva (circunstâncias e consequências do crime).⁸⁵⁶

Como foi observado por STOCO, seria possível identificar uma influência da Criminologia positivista no sistema de penas e medidas de segurança do Código penal de 1940, no que se refere ao sistema do duplo binário, à adoção da personalidade como principal critério de determinação da pena à exploração do conceito de periculosidade à tutela penal da loucura.⁸⁵⁷

Além disso, estendeu-se a influência da escola positivista aos institutos de suspensão condicional da pena e livramento condicional, na medida em que seus pressupostos acabam por vincular-se aos critérios estabelecidos no art. 42, especialmente aqueles subjetivos, de modo que prepondera, também nesse aspecto, a questão da periculosidade.

Daí resulta que a margem de arbítrio judicial não se restringe à determinação da pena e aplicação de medida de segurança, estendendo-se até a execução da sanção.

⁸⁵⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981, p. 5-21.

⁸⁵⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Dinâmica Histórica da Aplicação da Pena Privativa de Liberdade no Brasil: Análise Crítica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 117, novembro-dezembro 2015.

⁸⁵⁷ STOCO, Tatiana. Personalidade do agente na Fixação da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 92

Pode-se afirmar, por conseguinte, que a duração da pena privativa de liberdade do condenado seria determinada predominantemente pela apreciação de elementos subjetivos.

Tratava-se de um sistema de penas e medidas e seguranças, portanto, inteiramente orientado pela finalidade preventiva da pena, com ênfase na prevenção especial, justificando-se a ampla margem de arbítrio judicial pela necessidade de individualização da sanção na proporcionalidade dos elementos subjetivos que revelam, ora a culpabilidade, ora a periculosidade.

7.2 A Reforma Penal de 1984 e a determinação da pena

A Reforma de 1984 promoveu a revisão da parte Geral do Código Penal de 1940 nos aspectos relativos à teoria do delito e ao sistema de penas e medidas de segurança.

Não obstante a importância das inovações no âmbito da teoria do delito, serão abordadas neste trabalho apenas questões relativas à modificação do sistema de pena, especialmente a abolição do sistema do duplo binário.

Não se pretende, além disso, fazer uma exposição completa e exaustiva do sistema de penas inaugurado pela reforma de 1984, limitando-se a abordar as questões relativas à determinação da medida da pena para fins de verificação de eventual influência sobre o crescimento da população carcerária nas décadas de 1980 e 1990.

Inicialmente, será elaborada uma breve reconstituição histórica do movimento reformista, de forma a contextualizar o movimento de revisão do sistema penal brasileiro nas décadas anteriores à efetiva introdução da nova legislação.

Busca-se, com isso, identificar o discurso que impulsionou e orientou o movimento de reforma, para uma melhor compreensão das modificações implantadas, especialmente no que se refere às teorias da pena.

Será verificada, em seguida, a relação entre o discurso que fundamentou as decisões legislativas e as modificações introduzidas no seio da reforma, especialmente no que se refere à determinação da pena.

Por fim, serão analisadas possíveis contribuições das modificações implementadas pela reforma sobre o sistema penal, especialmente, sobre a população carcerária.

7.3 O movimento de reforma do Código de 1940

A Reforma Penal de 1984 vem sendo associada ao movimento de democratização e abertura política que marcou o período imediatamente anterior ao encerramento do regime militar, na década de 1980.

Os acontecimentos que marcaram o período da transição do estado autoritário para o regime democrático, representariam, segundo TEIXEIRA, a restituição do espaço político popular, suprimidos pelos anos de ditadura, por meio de lutas e negociações.⁸⁵⁸

Nesse contexto de transição política, tomaram corpo as investigações e trabalhos de denúncia de crise do sistema penal, especialmente no que se refere ao problema da superlotação carcerária, evidenciando-se a necessidade de reforma da legislação penal e da regulamentação legal da execução.

Apesar do consenso formado sobre a necessidade da reforma do sistema de penas, já havia, então, fracassado a tentativa de introdução de novo Código Penal, obra de revisão de trajetória tortuosa que se iniciara com o anteprojeto do Ministro Nelson Hungria e que resultou em texto publicado em 1969 para nunca entrar em vigor.⁸⁵⁹

Não obstante “a frustração pelos sucessivos adiamentos da entrada em vigor do CP de 1969”, implementou-se, em São Paulo, por meio dos provimentos XVI/65 e XXV/66 do Conselho Superior da Magistratura, o instituto da prisão albergue, concretizando

⁸⁵⁸TEIXEIRA, Alessandra. *Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 67.

⁸⁵⁹ Segundo FRAGOSO, apesar dos inúmeros defeitos do Código de 1940 e da premente necessidade de uma revisão, o anteprojeto apresentado em 1963 manteria basicamente sua estrutura, eliminando somente os problemas mais graves, a saber, as medidas de segurança detentivas para os imputáveis. Submetido a inúmeros exames e revisões, o Código viria a ser promulgado pela junta Militar que governava o país, em 21 de outubro de 1969. Sobre a história do Anteprojeto Nelson Hungria, ver FRAGOSO, Heleno. *Subsídios para a História do Novo Código Penal*. Revista de Direito Penal, n. 03, p. 07-12.

um importante passo para romper com a omissão e o imobilismo gerados pela inutilidade da Lei 3.275 de 1956, que, dispunha sobre Normas Gerais do Regime Penitenciário e ampliava atribuições da Inspetoria-geral Penitenciária”, embora limitando-se a reproduzir as regras básicas da ONU (1955).⁸⁶⁰

O movimento reformista originava-se da produção acadêmica e científica dos anos 1960 e 1970, orientada para a redução do recurso à pena privativa de liberdade, com base em princípios comuns, enunciados em manifestações produzidas no âmbito de seminários acadêmicos e outros eventos jurídicos.

É o caso da Moção de Nova Friburgo, elaborada pela comissão presidida por MORAES FILHO, durante evento promovido para discutir o anteprojeto de Código de Execuções Penais, em 1970, e apresentada ao Ministro da Justiça pela Associação Paulista do Ministério Público.

O documento apontava a utilização da pena de prisão para todos os delitos, independentemente da gravidade e grau de periculosidade do criminoso.⁸⁶¹

Compartilhando a mesma orientação no sentido da redução da pena de prisão, a Moção de Goiânia I, fruto do Seminário de Direito Penal e Criminologia realizado no cinquentenário do falecimento de Rui Barbosa, em 1973, preconizava a adoção do direito penal como disciplina de defesa social e recuperação do delinquente, objetivando a prevenção de novos delitos, além da implementação de prisões abertas, entre outras medidas desencarceradoras.

As questões tratados no V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências afins não diferem dos enunciados produzidos nos eventos anteriores, podendo-se destacar, dentre as conclusões publicadas: a necessidade de aferição pelo juiz do grau de periculosidade, resguardada a possibilidade de revisão no curso da execução, para indicação do tipo de estabelecimento penal, oficializando-se a prisão-albergue e o sursis em regime de penas; aplicação de pena por tempo indeterminado, quanto ao mínimo mas somente para criminosos habituais e por tendência; vinculação da pena ao princípio da culpa, como retribuição ética da

⁸⁶⁰DOTTI, René Ariel. A Reforma do Sistema de penas – antigos e novos desafios 20 anos depois. IBCCRIM, Boletim 140 – Julho Esp./2004

⁸⁶¹ DOTTI, René Ariel. A Reforma do Sistema de penas – antigos e novos desafios 20 anos depois. IBCCRIM, Boletim 140 – Julho Esp./2004

conduta, devendo acrescer-se no curso da execução um sentido de readaptação; necessidade de reforma do sistema de penas para que a prisão seja utilizada apenas quando estritamente necessário.⁸⁶²

A questão da taxa de ocupação excessiva ensejou a formalização de um Programa de Reformulação e Sistematização do Departamento Penitenciário Federal (DEPEN), com execução autorizada em 29 de outubro de 1974, no governo do Presidente Ernesto Geisel.

O programa idealizado por Alfredo Buzaid e Reis Velloso pretendia promover a construção de unidades prisionais e preparação de recursos humanos, tendo em vista a “generalizada deficiência verificada nos sistemas penitenciários estaduais, desde o desaparecimento material dos estabelecimentos até o despreparo técnico do pessoal neles ocupado”.⁸⁶³

Questões semelhantes foram objeto da Comissão Parlamentar de Inquérito, instalada em 1975, no âmbito da Câmara dos Deputados, destinada a proceder o levantamento da situação penitenciária nacional.

A partir da coleta de numerosas informações e diversos depoimentos, aprovou-se o relatório do relator, o deputado Ibrahim Abi-Ackel, cujas conclusões apontavam, conforme enumeração de REALE JR et al.

- a) a promiscuidade entre os condenados, primários e reincidentes, perigosos e não perigosos, presos definitivos e provisórios; b) a inexistência de classificação dos internos no sistema visando a individualização da pena ou da medida de segurança; c) a superlotação carcerária atuando como agressão à intimidade "inevitável e profunda"; d) a deterioração do cárcere resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde como consequências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como "sementeiras de reincidências"; e) a transferência do recluso para penitenciárias localizadas em grandes centros deslocando, muitas vezes, a família para as áreas faveladas periféricas adensando os problemas de marginalização que lhes são típicos; f) a superlotação carcerária é mais aguda em relação aos presos provisórios, denotando a crise da lentidão dos processos; g) a ausência do exame criminológico constitui a frustração mais evidente do tratamento penitenciário adequado; h) nas cadeias

⁸⁶² DOTTI, René Ariel. A Reforma do Sistema de penas – antigos e novos desafios 20 anos depois. IBCCRIM, Boletim 140 – Julho Esp./2004.

⁸⁶³ REALE JR, Miguel et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 14

públicas e estabelecimento similares, a guarda externa e interna é confiada a soldados de polícia...”⁸⁶⁴

Nessa perspectiva, sustentava o relatório final, publicado em 1976, a necessidade de se reduzir a aplicação da pena de prisão, apresentando como propostas:

i) a individualização da pena - como forma de classificação inicial e tratamento diferenciado - com vistas à reintegração social do preso; ii) a introdução de medidas desprisionalizadoras como a regulamentação da prisão-albergue, a criação de um sistema de penas alternativas e a efetiva progressividade de regimes da pena, como consequência da individualização, iii) um rol de medidas garantidoras de direitos dos presos como assistência jurídica nos presídios, garantia do trabalho e cobertura pela previdência social, assistência ao egresso entre outros, e, finalmente iv) a autonomia da execução penal e seu tratamento jurídico a partir de um estatuto legal que não mais restringisse a matéria à regulamentação tão - somente administrativa, o que representaria a definitiva colocação do problema carcerário na arena do conflito, onde, ao menos em tese, os direitos podem ser discutidos e as ações publicizadas...”⁸⁶⁵

Idêntica preocupação motivou a reforma de penas introduzida pela Lei 6.416 de 1977, acrescentando-se, além disso, o objetivo de romper com o modelo de tratamento que orientava o sistema do Código Penal de 1940.

O problema da superpopulação era associado, nesse contexto, às práticas relacionadas às concepções positivistas de recuperação do criminoso. Percebia-se, segundo MIOTTO, que a “superlotação das prisões tinha relação com a ideia de “tratamento”, porque ele exigia a “internação” de todos os condenados — o que, em termos de pena, significava o mais amplo uso da privação de liberdade.”⁸⁶⁶

A motivação do novo diploma veio expressa na Exposição de Motivos do Ministro Armando Falcão, que mencionou expressamente a superlotação dos

⁸⁶⁴ REALE JR, Miguel et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 17

⁸⁶⁵ TEIXEIRA, Alessandra. *Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 72.

⁸⁶⁶ MIOTTO, Bergamini Armida. *A reforma do sistema de Penas. A lei 6. 416 de 1977 – Circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e sua elaboração; outras considerações*. *Revista de Informação Legislativa* a. 14 n. 54 abr./jun. 1977

estabelecimentos prisionais como geradora de “acúmulo de tensões” e “apreensão constante” para, em seguida, ressaltar que

Parece fora de dúvida que a gravidade da situação exige a imediata reformulação de alguns dispositivos legais, de modo a reservar o recolhimento a prisão para os criminosos de maior periculosidade, possibilitando aos estabelecimentos existentes dedicar-se com maior rigor àqueles cuja conduta representa mais acentuado perigo, quer para as pessoas, individualmente, quer para a sociedade, orientação que se coaduna com as recomendações de vários organismos internacionais.⁸⁶⁷

Ao declarar que o projeto incorporou os princípios apropriados à época, segundo os quais se vê no acusado “uma pessoa sujeito de direitos e deveres e responsabilidade, buscando-se para um e outro, tanto quanto possível, a sua permanência ou a sua reintegração no convívio social.”, a Exposição de Motivos indica a inserção do diploma no contexto internacional de declínio do modelo de tratamento. Como disse MIOTTO,

O ponto de partida para a Reforma Penitenciária é o posicionamento filosófico que é adotado, hoje, tanto em relação ao condenado quanto à execução da pena. Já não se pensa em mero tratamento para curar, reeducar, recuperar ou ressocializar o delinquente – posição da antiga ciência penitenciária – mas se cogita, sobretudo, que o réu é, fundamentalmente, uma pessoa humana, tem direitos e deveres e deve assumir a responsabilidade pela sua conduta. Segundo, ainda, posições mais evoluídas do Direito Penitenciário, o sentenciado deve permanecer no convívio da Comunidade ou nela procurar reintegrar-se, mesmo que eventualmente precise de algum tratamento apropriado....⁸⁶⁸

Em que pese a preocupação com o problema de superlotação, deixou a lei de reformar as formas substitutivas de privação de liberdade, motivando-se a decisão na inviabilidade de modificar o sistema previsto na Parte Geral do Código Penal, sem uma revisão total da Parte Especial.

⁸⁶⁷ Mensagem n. 37 de 1977 (CN). Exposição de Motivos. Revista de Informação Legislativa. Brasília. A. 14, n. 54 abr./jun 1977.

⁸⁶⁸ MIOTTO, Bergamini Armida. A reforma do sistema de Penas. A lei 6. 416 de 1977 – Circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e sua elaboração; outras considerações. Revista de Informação Legislativa a. 14 n. 54 abr./jun. 1977.

Em vez disso, a lei optou, “para alcançar o mesmo resultado prático”, por ampliar a suspensão condicional da pena, para abranger também a pena de reclusão aplicada em até dois anos, bem como o livramento condicional, baixando o limite mínimo de concessão para dois anos de pena aplicada e eliminando, para a soma de penas, a exigência de pelo menos um delas ser igual ao limite mínimo.

A lei teria encontrado, segundo MIOTTO,

o jeito de, deixando intocadas as cominações, introduzir, em normas gerais sobre a pena e sobre modalidade de sua execução, que constam na Parte Geral do Código Penal e no Livro IV do Código de Processo Penal, reformulações que, incidindo sobre a execução das penas privativas de liberdade (aplicadas), equivaleriam, praticamente, a formas de pena restritivas, tão somente, de liberdade, para autores de delitos menores graves e não perigosos. Em outras palavras, as modalidades de execução equivaleriam, para esses autores, a novas formas de pena.⁸⁶⁹

Além disso, não sendo possível adotar as penas restritivas de liberdade, a prestação de serviços à comunidade e outras obrigações de fazer como penas principais, por inviabilidade de ampla revisão da parte especial, preferiu-se adotá-las como condições ou normas de conduta, acrescidas às já previstas no caso de suspensão condicional ou livramento.⁸⁷⁰

⁸⁶⁹ MIOTTO, Bergamini Armida. A reforma do sistema de Penas. A Lei 6. 416 de 1977 – Circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e sua elaboração; outras considerações. Revista de Informação Legislativa a. 14 n. 54 abr./jun. 1977

⁸⁷⁰ Art. 698 do Código de Processo Penal. Concedida a suspensão, o juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo previsto, começando este a correr da audiência em que se der conhecimento da sentença ao beneficiário e lhe for entregue documento similar ao descrito no artigo 724. § 1º As condições serão adequadas ao delito e à personalidade do condenado. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 6.416, de 24/5/1977) § 2º Poderão ser impostas, além das estabelecidas no artigo 767, como normas de conduta e obrigações, as seguintes condições: I - freqüentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar; II - prestar serviços em favor da comunidade; III - atender aos encargos de família; IV - submeter-se a tratamento de desintoxicação. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 6.416, de 24/5/1977) § 3º O juiz poderá fixar, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, outras condições além das especificadas na

Outro ponto importante da reforma foi a revisão do instituto da reincidência, tendo-se cancelado a distinção entre a reincidência genérica e a reincidência específica, e a consequente fixação da pena acima da metade da soma do mínimo com o máximo da cominação legal.

Além disso, foi estabelecido o limite temporal entre as infrações penais para efeitos de reincidência, restringindo-se a amplitude da norma.⁸⁷¹

Embora se note, nesse aspecto, uma orientação no sentido de se suavizar a resposta penal em caso de reincidência, persistiria, segundo CERNICHIARO, a presunção de periculosidade, vez que mantida a reincidência na categoria das

sentença e das referidas no parágrafo anterior, desde que as circunstâncias o aconselhem. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 6.416, de 24/5/1977).

§ 4º A fiscalização do cumprimento das condições deverá ser regulada, nos Estados, Territórios e Distrito Federal, por normas supletivas e atribuída a serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares, inspecionadas pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público ou ambos, devendo o juiz da execução na comarca suprir, por ato, a falta das normas supletivas. § 5º O beneficiário deverá comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicando, também, a sua ocupação, os salários ou proventos de que vive, as economias que conseguiu realizar e as dificuldades materiais ou sociais que enfrenta. § 6º A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais (arts. 730 e 731), qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições. § 7º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais deverá apresentar-se imediatamente.

⁸⁷¹ Art. 46. – (...) Parágrafo único. Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.

circunstâncias agravantes, “embora nada diga quanto ao fato delituoso, mas ao perfil do agente, e as accidentalia delicti sejam restritos às características do fato”.⁸⁷²

Além disso, a lei daria, como disse NILO BATISTA, o “primeiro passo no sentido da unificação das penas privativa de liberdade, criando regimes de execução comuns e institucionalizando a prisão-albergue (pioneiramente regulamentada em São Paulo) como modalidade do regime aberto...”

Os “benefícios ressocializantes” que seriam regulamentados por legislação estadual e a nova disciplina do “sursis” e do livramento condicional seria a resposta, segundo o autor,

(...) a uma pauta político-criminal que os penalistas e criminólogos brasileiros discutiam intensamente desde o início dos anos setenta, questionando de forma geral a eficiência da sanção penal e especialmente o “hiato de legalidade que a falta de uma lei de execuções penais criava no quadro deplorável de nossa realidade penitenciária.⁸⁷³

Nota-se que o movimento de reforma como um todo, tanto nos discursos doutrinários, inclusive aqueles produzidos no eventos acadêmicos, quanto nas discussões travadas no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário, foi marcado pelo rompimento com o modelo de tratamento e recuperação, passando-se a reconhecer a execução penal como um processo de reinserção no qual seriam respeitados os direitos dos indivíduos presos.

Como disse TEIXEIRA,

Nos termos das Regras mínimas das nações Unidas para o Tratamento de Reclusos aprovada em 1955, o Brasil da transição democrática vivenciada, mais de vinte anos depois, a ideia de que os presos seriam também portadores de direitos humanos, e debatia como seria possível uma política penal que ao mesmo tempo prevenisse crimes e reprimisse criminosos com a perspectiva de sua ressocialização.⁸⁷⁴

Por outro lado, pode-se notar que o discurso que orientou a reforma manteve vários elementos típicos das teorias positivistas, configurando-se, portanto, um modelo marcado sobretudo pelo hibridismo.

⁸⁷² CERNICHIARO, Luiz Vicente. Alguns Aspectos da Lei 6415/77. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 15, n. 59 jul./set/ 1978.

⁸⁷³ BATISTA, Nilo et al. Direito Penal Brasileiro- I. Rio de Janeiro: Revan, p. 479.

⁸⁷⁴ TEIXEIRA, Alessandra. Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2009.p. 70

São evidências do caráter misto do movimento, por exemplo, a defesa da necessidade de exames de aferição da periculosidade e da pena indeterminada para os criminosos habitais ou por tendência.

A configuração híbrida da legislação inserida nesse contexto, reflete, portanto, as nuances do discurso que lhe serviu de fundamento, incorporando-se o “discurso tático de redução da execução da privação de liberdade”, assim como propostas abolicionistas, sem, porém, colocar em prática estratégias de despenalização em razão das limitações impostas pela conjuntura política.⁸⁷⁵

Implementou-se, assim, uma reforma parcial, conjugando as propostas de humanização da execução penal, orientadas para o preso como sujeito com direitos e responsabilidade, com a ideia de recuperação de determinados indivíduos com especial inclinação para a prática de crimes.

Assim, por exemplo, a nova redação do art. 30 declarava a necessidade de observação do recluso para o conhecimento de sua personalidade, com possibilidade de isolamento celular por período não superior a três meses.⁸⁷⁶

Apesar das críticas à previsão de isolamento, ainda que facultativo, por violar “regras elementares ditadas pela necessidade de convivência entre os internos do sistema” a possibilidade de observação para conhecimento da personalidade foi bem recebida pela doutrina.⁸⁷⁷

Também a vinculação do funcionamento dos regimes à aferição de periculosidade, reservando para o perigoso o regime fechado teve boa aceitação,⁸⁷⁸

⁸⁷⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 481.

⁸⁷⁶Artigo 30 do Código Penal. O período inicial, do cumprimento de pena privativa da liberdade, consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade.

⁸⁷⁷ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 21

⁸⁷⁸ Artigo. 30 do Código Penal (...) § 5º O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semiaberto,

tendo-se dirigido, porém ressalvas, ao modelo por deixar aos estados a regulamentação da matéria.⁸⁷⁹

A boa aceitação da doutrina no que diz respeito às inovações, não implicaria a exclusão da necessidade de uma reforma mais abrangente.⁸⁸⁰

desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado. Art. 77 (...) § 1º Compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5º do artigo 30, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências. § 2º O juízo poderá dispor, na forma da lei local, de funcionários para investigar, coletar dados e informações com o fim de instruir o requerimento de verificação de periculosidade.

⁸⁷⁹ Art. 30 (...)§ 6º Deverão ser regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, as seguintes concessões a serem outorgadas pelo juiz, a requerimento do interessado, seu cônjuge ou ascendente, ou na falta desses, de descendente, ou irmão, ou por iniciativa de órgão para isso competente, ou, ainda, quanto às três primeiras, também de ofício: I - cada um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro; II - prisão-albergue, espécie do regime aberto; III - cumprimento da pena em prisão na comarca da condenação ou da residência do condenado; IV - trabalho externo; V - freqüência a curso profissionalizante, bem como de segundo grau ou superior, fora do estabelecimento; VI - licença para visitar a família, em datas ou ocasiões especiais; VII - licenças periódicas, combinadas ou não com as concessões dos incisos IV e V deste parágrafo, para visitar a família e ir à sua igreja, bem como licença para participar de atividades que concorram para a emenda e reintegração no convívio social, aos condenados que estão em regime aberto e, com menos amplitude, aos que estão em regime semiaberto. REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 22

⁸⁸⁰ FRAGOSO, Heleno Claudio. Alternativas da Pena Privativa de Liberdade. No mesmo sentido DOTTI, dizendo "O diploma ainda está sobe experiências e sob julgamento. Inegavelmente as suas vantagens superam as vicissitudes,

O caráter incompleto da reforma foi evidenciado na própria exposição de motivos, na qual se esclarece que a Lei 6.416/77 implementou mudanças reduzindo “o uso da privação de liberdade” sem ser “indulgente, porque prevê medidas substitutivas ou revigora as já existentes”, tendo, porém, deixado de efetuar reformas mais profundas no sistema de penas em razão da impossibilidade de reforma da parte especial.

A advertência para a “possibilidades frutuosas de uma reforma do CP 1940 substituir-se à sempre adiada vigência do polêmico CP 1969” seria, disse NILO BATISTA, a grande contribuição da Lei 6.416/77.

7.4 Sistema Vicariante e Individualização da pena

Persistiram, na década de 1980, os problemas gerados pela superpopulação prisional e o quadro de deterioração, promiscuidade, violação de direitos que dela decorrem, não obstante as importantes modificações introduzidas pela Lei 6416/77.

Evidenciava-se que as alterações implementadas pela reforma de 1977 não tiveram êxito na redução do uso da privação de liberdade, tendo em vista o caráter parcial da revisão, especialmente no que se refere à introdução das penas restritivas de liberdade, as quais foram configuradas, não como substitutivos, mas como acréscimos ao modo de execução dos institutos de suspensão condicional do processo e livramento.

Afirmava-se, inclusive, que o diploma teria contribuído para aumentar a deterioração do sistema prisional ao deixar aos estados a regulamentação dos regimes e benefícios de execução.

Persistia, portanto, a necessidade de revisão da legislação e de preenchimento do hiato no âmbito da execução da pena.

Instituiu o Ministério da Justiça, no final de 1980, comissão de juristas para a reforma da legislação penal e processual, bem como para a criação de uma abrangente lei de execução penal.

nomeadamente quanto aos incidentes de execução das penas de prisão, abrindo-se perspectivas mais adequadas neste delicado quadro”. DOTTI, René Ariel. Os caminhos da Reforma e o direito a construir. Revista de Informação legislativa. Brasília. A. 15. N. 59 jul./set/ 1978.

A comissão para reforma da lei penal, formada por Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, concluiu um anteprojeto de Parte Geral que foi publicado em 1981, o qual foi revisto por outra comissão, composta por Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior, resultando o trabalho na Lei 7.209 de 1985, que entrou em vigor seis meses após sua publicação.

Também a comissão encarregada da elaboração da Lei de Execução Penal, integrada por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto, publicou seu anteprojeto em 1981, resultando daí a primeira lei de execuções penais (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984), que entrou em vigor concomitantemente à reforma da Parte Geral).

Além da questão da superlotação, a motivação da reforma pautava-se, sobretudo, pela concepção que associava o excesso no uso da privação da liberdade com os resultados práticos da ideologia de tratamento e recuperação de criminosos, é dizer, com a imposição de medida de segurança aos imputáveis, no sistema do duplo binário adotado na década de 1940.

Nessa perspectiva, substituía-se a visão do preso como objeto de tratamento pela ideia do indivíduo preso como sujeito de direitos e garantias, ao qual devem ser proporcionadas condições de reinserção futura, por meio de um processo de execução humanizado e jurisdicionalizado.

Por outro lado, inseria-se no debate a necessidade de adequação da legislação penal ao aumento nos níveis de criminalidade, avultando-se uma perspectiva político-criminal com ênfase nas finalidades retributivas e preventivas da pena.⁸⁸¹

Refletindo a influência exercida por essas tendências, a reforma do sistema de penas e medidas de segurança teria sido orientada, segundo ANDREUCCI, citado por REALE JUNIOR, por três vertentes distintas, quais sejam: a) a opção pelo liberalismo ou uma escolha antiautoritária que registra o homem como valor

⁸⁸¹ REALE JR, Miguel. et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 31-32

frente à opressão do estado; b) a culpabilidade como fundamento e limite da pena; c) a função retributiva da pena.

A análise do sistema de penas e medidas de segurança introduzido pela Reforma de 1984 será elaborada a partir do discurso que orientou a revisão da legislação e a introdução da lei de execução, com ênfase em três eixos principais: i) a introdução dos substitutivos penais como instrumento de redução do uso da pena privativa de liberdade; ii) a adoção do princípio da culpabilidade e do sistema vicariante como instrumentos de controle do poder punitivo; iii) a individualização da pena como instrumento de humanização da execução.

Embora reconheça-se, na esfera da teoria do delito, a importância do aperfeiçoamento da Parte Geral do Código Penal de 1940, por “aportes teóricos então indisponíveis (como a nova disciplina do erro),” serão abordados neste trabalho apenas os aspectos da reforma relativos ao sistema de pena e medidas de segurança.

Não se pretende, entretanto, proceder a uma análise abrangente ou profunda do sistema de penas e medidas de segurança no Código Penal Brasileiro como um todo, limitando-se a abordagem a destacar e analisar os aspectos mais importantes para o desenvolvimento do tema proposto neste trabalho.

7.4.1 A exclusão da medida de segurança para imputáveis e o princípio da culpabilidade

No que concerne às consequências jurídicas do delito, a exclusão das medidas de segurança para imputáveis foi a principal alteração ao sistema do Código de 1940.

O sistema introduzido na Reforma de 1984 rompeu com o modelo de tratamento, refletindo, embora tardiamente, a tendência mundial de declínio das ideias de reabilitação que predominaram nos discursos produzidos nas décadas de 1960 e 1970, em várias países europeus e, mais intensamente, nos estados unidos.

Nessa perspectiva, a imposição da pena ao imputável seria orientada pelo princípio da culpabilidade, como fundamento e limite da sanção, conforme o esclarecimento na Exposição de Motivos do Código, na qual se lê.

Extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteirços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e

assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada “medida de segurança”.⁸⁸²

A opção pelo sistema vicariante e a exclusão da medida de segurança para imputáveis adequava-se ao discurso produzido na época, no qual abundavam críticas ao modelo do duplo binário.

Os ataques da doutrina concentravam-se em dois pontos principais: a tendência ao excesso do modelo de tratamento e a impossibilidade prática de distinguir a execução de penas e medidas, tendo em vista as limitações concretas do sistema penal.

A disputa teórica sobre o caráter das sanções teria perdido a razão de ser, segundo FRAGOSO, pela impossibilidade prática de se distinguir a pena privativa de liberdade da custódia de segurança, além da precariedade do juízo de periculosidade, deslocando-se o problema para a necessidade de limitar o exercício do poder punitivo voltado para os delinquentes habituais e reincidentes.⁸⁸³

A dificuldade na distinção entre pena e medida de segurança estaria relacionada, segundo o autor, ao fato de que a legislação apontou basicamente os mesmos critérios para aferição da culpabilidade e da periculosidade, embora esses elementos devam ser considerados em perspectiva diversa.

Para aplicação da pena, cumpre avaliar a maior ou menor reprovabilidade da ação. Para aplicação da medida de segurança, cumpre avaliar a probabilidade de reincidência. Essa é a teoria. Em realidade, porém, a consideração da personalidade do agente é indispensável ao processo de aplicação da pena. A periculosidade do agente, no direito brasileiro, é hoje decisiva na fixação do regime de execução (art. 77 parag. 1º CP). Como observa Nuvolone, o fato de servirem os mesmos elementos à medida da pena e à verificação da periculosidade, mostra a incoercível exigência unificadora das sanções penais, que devem perseguir, contemporaneamente, para os imputáveis, finalidade de repressão e de prevenção especial.⁸⁸⁴

⁸⁸² Exposição de Motivos do Código Penal. n. 87

⁸⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981.

⁸⁸⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981.

Além disso, no âmbito da medida de segurança, não se disporia de métodos científicos de aferição da probabilidade da reincidência, de forma que o procedimento judicial de aferição da periculosidade, termo vago e indeterminado, acabaria ficando condicionado pela “intuição do juiz, com critérios de evidente irracionalismo.”⁸⁸⁵

Também na forma de execução assemelhavam-se pena e medida de segurança, ocorrendo a privação da liberdade em estabelecimentos que em tudo se assemelhavam.⁸⁸⁶

Nessa perspectiva, a Reforma aboliu o sistema do duplo binário e restringiu as medidas de segurança aos inimputáveis e semiimputáveis, vinculando-a a critérios de periculosidade.

Caberia, portanto, aos imputáveis somente aplicação de pena, vinculando-se a determinação da sanção ao princípio da culpabilidade.

Destaca-se, nessa perspectiva, a referência expressa ao princípio da culpabilidade no artigo 59 do Código Penal, esclarecendo a exposição de motivos, que o Projeto preferiu a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo

⁸⁸⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981.

⁸⁸⁶ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 31-32. A semelhança na forma de execução já havia sido observada por BRUNO, que apontava a atração da pena pela medida asseguradora, com a conseqüente perda de seu caráter aflagrante. Dizia o autor: “O moderno penitenciário vem conduzindo a pena a ser executada em condições que configurem, tanto quanto possível, a vida na comunidade livre. Mesmo as penas detentivas, pretende-se que se cumpram em prisões abertas ou sejam substituídas pelo trabalho em liberdade. As exigências retributivas e aflagrantes esgotam-se no momento da aplicação. Por outro lado, medidas de segurança como a colônia agrícola ou o instituto de trabalho, com a necessária privação de liberdade, confundem-se com a reclusão e são consideradas por muitos penalistas como verdadeiras penas. BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p.269

ou grau de culpa” utilizada no antigo art. 42, já que a pena deveria variar na medida da menor ou maior reprovabilidade.⁸⁸⁷

Além da culpabilidade, o art. 59 faz referência expressa às finalidades da individualização — a reprovação e prevenção do crime—, definindo, dessa forma, os objetivos político-criminais da reforma.

Assim, estabeleceu o Código os critérios de individualização da pena, devendo esta ser proporcional ao juízo de censura (culpabilidade) e, além disso, ser eficaz na reprovação e prevenção do crime.

Tratava-se, segundo a exposição de motivos, de uma “(...) política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade”, restringindo a pena de prisão aos casos de “estrita necessidade”, de forma a evitar a “ação criminógena” do cárcere.

Nessa perspectiva, a Reforma refutou a ideologia do tratamento, sem, no entanto, afastar da pena a função de promover a reinserção do condenado por meio da assistência educacional e do trabalho.

A educação consistiria, segundo REALE JR, no estímulo de novos comportamentos, de forma a “aumentar o repertório de respostas do condenado às dificuldades naturais da vida”, buscando, não transformá-lo, mas facilitar sua vida futura com respeito à sua livre autonomia.⁸⁸⁸

Nas palavras do autor

E foi dentro de tal espírito, concebendo o tratamento penitenciário como auxílio e não como processo autoritário de retificação da personalidade do condenado, que o art. 1º da Lei de Execução Penal contém duas declarações distintas e integradas: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”⁸⁸⁹

Nesse sentido, esclareceu a Exposição de Motivos da LEP que o projeto inclinou-se ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar

⁸⁸⁷ Exposição de Motivos Código Penal 1984

⁸⁸⁸ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 31-32. p. 168.

⁸⁸⁹ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 31-32.

a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade (n. 14), incumbindo ao Estado a prestação de segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos.

7.4.2 Individualização da pena e reinserção

O sistema de penas da Reforma Penal de 1984 foi orientado pelo princípio da culpabilidade, expressamente mencionado no art. 59 do Código Penal, como fundamento e limite do exercício do poder punitivo.⁸⁹⁰

Além da culpabilidade, dispõe a norma que a pena deve ser necessária e suficiente como instrumento de retribuição e prevenção, assim estabelecendo a “concepção político-criminal fundamental do Direito Penal brasileiro, implementada pelo Juiz através da sentença criminal condenatória”.⁸⁹¹

O dispositivo fornece ao juiz os critérios orientadores das decisões a respeito da determinação da espécie de pena (inciso I); determinação da medida da pena (inciso II); o regime inicial (inciso III) e a substituição por pena de outra espécie (inciso IV).

A medida da pena foi vinculada, portanto, ao princípio da culpabilidade e às finalidades retributivas e preventivas da sanção, nos termos dos critérios fornecidos pelo art. 59.⁸⁹²

⁸⁹⁰ Artigo 59 do Código Penal - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁸⁹¹ CIRINO, Juarez. Direito Penal Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 564.

⁸⁹² Nesse ponto identificam-se posições ligeiramente divergentes na doutrina. De um lado, entende-se que a culpabilidade e as circunstâncias judiciais destinam-se

exclusivamente à determinação da pena base. Assim, nota CARVALHO o caráter assistemático do art. 59, o que estipula regra específica de um de seus incisos no caput, fazendo parecer tratar-se de regra geral. Segundo o autor, o legislador deixou de seguir “regra elementar de elaboração normativa, que é a partir do geral (caput) ao específico (parágrafos, incisos e alíneas). Invertendo estas premissas, conforme será possível perceber, os critérios dispostos no caput são, em realidade, as circunstâncias de análise de uma das subetapas (pena-base) de uma das quatro etapas (quantificação da pena) descritas nos incisos do art. 59, Código Penal. A afirmação pode parecer confusa, mas esta parece ser a descrição mais precisa da arquitetura apresentada pelo Código Penal. CARVALHO, SALO. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 315 No mesmo sentido, BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, Edição Kindle, Locação 19317. De outro lado, CIRINO entende que os critérios do art. 59 devem ser aplicadas em todas as etapas de determinação da pena, desde a escolha da espécie até a possibilidade de substituição. CIRINO, Juarez. *Direito Penal Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 564. Também GUEIROS e JAPIASSU observaram que a aplicação das circunstâncias judiciais não se limita à fixação da pena base, funcionando como critério para “aplicação das penas restritivas de direitos (art. 44, III, do CP), o reconhecimento do crime continuado contra vítimas diferentes (art. 71, parágrafo único, do CP), o deferimento da suspensão condicional da pena (art. 77, II do CP), a concessão do livramento condicional (art. 83, I, do CP), e a concessão da transação penal e da suspensão condicional do processo (art. 76 e 89, da Lei 9.099/1995) etc.” GUEIROS, Arthur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal Parte Geral*. p. 389; ZAFFARONI e PIERANGELI observaram, por sua vez, que “muito embora o caput do art. 68 do CP disponha que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código, entendemos que o art. 59 cumpre uma função de indicar regras que vão além da pena-base, pelo que, frequentemente, será necessário admitir a existência de uma remissão ao art. 59, depois de se passar pelas três etapas do art. 68, ou seja, existe uma quarta etapa, potencialmente implícita, de determinação penal que não está mencionada no art. 68 do CP”. ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 523.

O legislador teria buscado, segundo REALE Jr., ampliar o poder discricionário do Juiz, disponibilizando uma larga margem para a individualização da pena e “repetindo em diversos momentos” os critérios que deveriam orientar “o magistrado na escolha da justa medida”. Nas palavras do autor,

Torna-se um mote a referência às circunstâncias, mormente às subjetivas, as quais cumpre o juiz recorrer para fixar sua opção por esta ou aquela modalidade de pena, por este ou aquele regime de cumprimento de pena, bem como com relação à quantidade de pena.⁸⁹³

Assim, por exemplo, a norma do art. 33 parag. 3º remete aos critérios do art. 59 para fins de decisão do regime inicial.

Também a substituição da pena privativa de liberdade foi vinculada à “a (...) culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias...” do crime, ocorrendo o mesmo em relação ao “sursis”, de acordo com o art. 77, inciso II.⁸⁹⁴

O objetivo da referência reiterada aos critérios do art. 59 seria, segundo REALE Jr., direcionar a atenção dos “partícipes da Administração da Justiça Criminal” para a culpabilidade e os aspectos subjetivos como “indicadores da conveniência da medida, de acordo com o fim da justa retribuição e correta satisfação da prevenção geral e especial.”⁸⁹⁵

⁸⁹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. Revista de Direito Penal e Criminologia. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981.

⁸⁹³ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 179.

⁸⁹⁴ Artigo 44 do Código Penal - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

⁸⁹⁵ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 179.

Nessa perspectiva, teria maior relevância no sistema a disposição “(...) conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, vez que desobrigaria o magistrado, segundo REALE Jr., do “fetichismo da pena mínima”, devendo a medida da pena e sua modalidade ser fixada na proporção do que seria necessário e suficiente para reprovação, de acordo com os antecedentes, conduta social, personalidade, além dos motivos, circunstâncias e consequências do ato.⁸⁹⁶

No sistema introduzido pela reforma, caberia ao juiz estabelecer, como disse CARVALHO,

(...) conforme fosse “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”(art. 59, caput, in fine do Código Penal), distintas penas (multa, restrição de direitos ou privação de liberdade)Em caso de prisão, caberia ao juiz definir o regime mais adequado (aberto, semiaberto ou fechado) ou ainda aplicar a suspensão condicional da pena (sursis) . No segundo momento, de execução da pena, caberia ao juiz efetivar o sistema progressivo, transferindo gradualmente o condenado ao regime menos severo ou antecipando a sua liberdade (livramento condicional).⁸⁹⁷

7.4.3 Individualização da pena e determinação da espécie de pena

Quanto à espécie, o legislador da Reforma de 1984 optou por estabelecer três espécies de sanção: privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa.⁸⁹⁸

Buscava-se, assim, fornecer ao juiz uma margem de apreciação que possibilitasse a individualização da pena conforme as necessidades retributivas e preventivas, de acordo com o disposto no art. 59 do Código Penal.

Embora mantida a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto buscaria, segundo a exposição de motivos

assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código

⁸⁹⁶ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 164.

⁸⁹⁷ CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação Judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 302.

⁸⁹⁸ Art. 32 – As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos, III- de multa.

vigente, restrito a fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao arbitrium iudicis variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada.⁸⁹⁹

Mesmo utilizando uma fórmula unificada no art. 32, referindo-se à espécie das penas privativas de liberdade, a reforma manteve a dualidade das penas, na medida em que previu diferentes regimes de pena e estabelecimento penal para as penas de reclusão e detenção, optando por deixar de acolher as posições doutrinárias favoráveis à unificação das penas de reclusão e detenção.⁹⁰⁰

A distinção entre reclusão e detenção foi estabelecida, portanto, na etapa de execução, tanto pela diversidade dos regimes de cumprimento (a detenção seria cumprida apenas nos regimes semiaberto e aberto) quanto pelo tipo de estabelecimento penal (segurança máxima ou média para a pena de reclusão).⁹⁰¹

⁸⁹⁹ Exposição de Motivos Código Penal, n. 49

⁹⁰⁰ A distinção entre reclusão e detenção sofreu paulatino desgaste. No Código de 1940, a reclusão tinha consequências mais severas: vedação de sursis (salvo para o condenado menor de 21 anos ou menor de 70), isolamento celular durante o dia no período inicial de cumprimento da pena, dependendo das condições pessoais; vedação de escolha de trabalho; maior frequência de penas acessórias. A Lei n. 6.416/77 exclui a restrição de sursis, porém, manteve o tratamento diferenciado no que concernia ao isolamento celular diurno “por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade”. Sobre a tendência de unificação das penas no nível doutrinário ver REALE JR, Miguel. et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985; Diversamente, entendendo que a Reforma unificou reclusão e detenção CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 274

⁹⁰¹ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em

Assim, a opção pela manutenção da dualidade estaria, segundo REALE JR, de acordo com a orientação político-criminal da reforma, na medida em que, conjugada ao sistema progressivo, proporcionava variadas possibilidades no que se refere à individualização da pena, no âmbito da execução.

A dualidade atenderia, assim, a considerações pragmáticas, segundo REALE JR, mostrando-se adequada

No território da execução, através dos regimes fechado, semiaberto e aberto, na expressão mais dinâmica do sistema penal e penitenciário e na realização dos princípios de individualização e legalidade. Como consequência, atendem-se também as exigências de classificação provisória do condenado e da forma progressiva do cumprimento da sanção.⁹⁰²

Poder-se-ia identificar, segundo o autor, na manutenção de dois tipos de pena privativa de liberdade — reclusão e detenção —, a primeira escolha político-criminal do Código Penal de 1984, no que se refere à individualização da pena.

A relação entre a dualidade das penas e a individualização seria concretizada, por tanto, pela escolha do regime inicial de cumprimento de pena, ressalvada a possibilidade de alteração no curso da execução.

Assim, inicia-se o procedimento de individualização, em nível legislativo, com a cominação da espécie (reclusão e detenção) e quantidade, estabelecendo-se os limites mínimo e máximo na parte especial.

Reserva-se a escolha da espécie de pena ao juiz em alguns casos, não numerosos, facultando-se-lhe a opção por uma dentre as espécies de pena cominadas, como ocorre, por exemplo, no furto, crime que admite a substituição da pena de reclusão pela de detenção ou aplicação exclusiva da pena de multa, sendo o réu primário e a coisa de pequeno valor.⁹⁰³

colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

⁹⁰²REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 38-40

⁹⁰³ Por exemplo, no crime de furto, estabelece o art. 155 (...) § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de

7.4.4 Individualização e determinação da medida da pena

Uma vez fixada a opção pela pena de reclusão ou detenção, caberia ao juiz em seguida, determinar a medida da pena privativa de liberdade aplicada, de acordo com os critérios enumerados no art. 59 do Código Penal.

Optou a Reforma pelo método trifásico de HUNGRIA, estabelecendo, no art. 68, que a pena base seria fixada de acordo com os critérios do artigo 59, devendo o juiz, em seguida considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição e aumento.⁹⁰⁴

A opção foi justificada na Exposição de Motivos pela possibilidade do “completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria”, o que viabilizaria a interposição de recurso e a conseqüente correção de equívocos.⁹⁰⁵

A determinação da medida da pena compreende, portanto, três etapas, quais sejam: a fixação da pena-base com base nas circunstâncias judiciais; fixação da pena provisória, resultado da ponderação das circunstâncias agravantes e atenuantes, se houver e, por fim, estabelecendo a pena definitiva, após aplicação das causas de aumento e diminuição, caso existentes.⁹⁰⁶

Em que pese as vantagens do método, que, ao fracionar a operação de determinação da medida da pena, proporciona maior clareza e possibilidade de controle da atividade judicial, persiste ampla margem de apreciação judicial em cada uma das etapas do processo.

reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

⁹⁰⁴ Artigo 68 do Código Penal: A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁹⁰⁵ Exposição de motivos do Código Penal. n. 50

⁹⁰⁶ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 430

7.4.4.1 Determinação da Pena-base

A pena-base consistiria, segundo BOSCHI, na primeira referência do método trifásico, o fundamento e “ponto de partida de uma operação, unidade sobre que assentam ulteriores acréscimos ou diminuições”.⁹⁰⁷

A importância da determinação da pena base decorreria, portanto, dos efeitos cumulativos que exerceria ao longo do processo de determinação da pena como um todo, inclusive na escolha do regime inicial e aplicação dos substitutos penais.⁹⁰⁸

No que se refere à determinação dessa medida inicial, a individualização judicial deve observar os limites mínimo e máximo estabelecidos nas respectivas normas penais incriminadoras, conforme a pena cominada na fase legislativa da individualização.

Entretanto, o legislador não estabeleceu o ponto de partida da operação, de forma que, já na primeira fase do processo de individualização judicial, começa a atuar o arbítrio judicial, podendo o juiz apreciar as circunstâncias judiciais partindo do ponto médio entre os extremos cominados ou do mínimo previsto na lei.⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ BOSCHI, Paganela. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231.

⁹⁰⁸ CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 327.

⁹⁰⁹ Diverge a doutrina sobre o ponto de partida da operação. De um lado, entende NUCCI que a aferição das circunstâncias judiciais na fixação da pena base deve partir do ponto médio entre o mínimo e o máximo cominados. De outro, SOUZA e JAPIASSÚ, entendem que, de acordo com o princípio da dignidade humana, “deve-se sempre adotar a premissa de que a comissão do delito soluciona a continuidade de uma vida íntegra do cidadão. Se o legislador já quantificou, em abstrato, a medida mínima de reprovabilidade penal, tem-se ser correto que o magistrado deva tomar como resolvida tal premissa axiológica, fixando, assim, a pena-base a partir do mínimo previsto na lei.” GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 431. A segunda posição foi adotada pela jurisprudência do Supremo

Comentando a reforma, REALE Jr e os demais autores do projeto ressaltaram a importância da finalidade retributiva, exortando o magistrado a afastar-se do mínimo previsto, dizendo:

Destarte, é imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o quantum da sanção e a sua modalidade no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstâncias e consequências de seu ato.⁹¹⁰

Assim, cabe ao juiz fixar primeiramente a chamada pena-base, a partir do ponto de partida escolhido dentro dos limites impostos na norma incriminadora, com base nas circunstâncias judiciais estabelecidas pelo art. 59 do Código Penal.⁹¹¹

À redação do artigo 42 do Código Penal de 1940, a Reforma Penal de 1984 acrescentou a conduta social (antes considerada como elemento integrante da expressão antecedentes) e o comportamento da vítima, além de substituir a intensidade do dolo e o grau da culpa pela culpabilidade.

Não tendo a lei estabelecido o significado das circunstâncias judiciais de forma pormenorizada, configura-se uma ampla margem de apreciação do julgador

Tribunal Federal. Ver sobre o tema o HC 76196. STF. Min. Mauricio Corrêa. Segunda Turma. DJ de 15/12/2000. No mesmo sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição Kindle. p. 19618; CIRINO, Juarez. Direito Penal Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 568.

⁹¹⁰ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 164

⁹¹¹ Segundo BITENCOURT, as circunstâncias judiciais não seriam propriamente circunstâncias do crime, mas “critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição Kindle. p. 19379.

na determinação da pena-base, na medida em que os critérios fornecidos pelo legislador são “objeto do arbítrio exclusivo do juiz”.⁹¹²

Como disse BITENCOURT, seriam judiciais as circunstâncias do art. 59, justamente porque a lei não as define, deixando a cargo do julgador a função de identificar e mensurar os elementos fornecidos pela lei, aplicando-os ao caso concreto.⁹¹³

O legislador utilizou-se, segundo SOUZA e JAPIASSÚ, de termos genéricos, diretrizes primárias para a fixação da pena, não se podendo “sequer apontar, a priori, se elas são positivas ou negativas, boas ou más para o reu, ou se são neutras, tendo em vista os termos genéricos utilizados pelo legislador.”⁹¹⁴

Trata-se de circunstâncias judiciais subjetivas, consistentes em elementos relativos ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), e circunstâncias judiciais objetivas, relativas ao fato punível praticado (circunstâncias e consequências do crime) e à vítima (comportamento da vítima).

A presença marcante de elementos normativos e a inexistência de indicadores ou critérios que orientem a aplicação das circunstâncias na determinação da pena base caracterizariam o art. 59 do Código Penal, segundo CARVALHO, como tipo penal aberto, com indevida ampliação das margens de exercício do poder punitivo, contrariando o princípio da legalidade.⁹¹⁵

⁹¹² GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 388; nesse sentido, SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 568; CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação Judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 332;

⁹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição Kindle. p. 19374..

⁹¹⁴ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 388

⁹¹⁵ CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação Judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 332

Assim, a determinação da pena-base pressupõe uma série de decisões relativas aos elementos normativos do art. 59, cabendo ao juiz a delimitação do conteúdo das circunstâncias, a definição do tipo de informação válida na perspectiva processual, a valoração positiva ou negativa de cada circunstância, a definição da quantidade de aumento e diminuição de pena cabível em cada circunstância e o estabelecimento de critérios de preponderância entre as circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis.⁹¹⁶

Vasta produção doutrinária tem se ocupado dos elementos normativos fornecidos pelo artigo 59, desenvolvendo-se posições divergentes sobre a aplicação do dispositivo, com reflexos na jurisprudência, seja no sentido de estabelecer critérios de aplicação que possibilitem maior controle das decisões judiciais, seja no sentido de se conferir caráter amplo e irrestrito à margem de apreciação do juiz na individualização da pena.

Embora seja provável que as práticas judiciárias e entendimentos adotados na jurisprudência sobre o tema tenham contribuído para aumento das taxas de encarceramento, não se pretende incluir neste trabalho todo o debate doutrinário e jurisprudencial sobre cada um dos elementos normativos do art. 59 do Código, tendo em vista tratar-se de tema já amplamente examinado na doutrina e que, além disso, extrapolaria os limites da presente proposta de pesquisa.

Em vez disso, deverá ser abordada, nesse ponto, a introdução da culpabilidade como princípio reitor e critério da determinação da pena e a consequente exclusão da periculosidade do sistema de penas na Reforma de 1984.

7.4.4.2 Culpabilidade na Reforma de 1984

A Reforma de 1984 alterou a redação do art. 42, substituindo a intensidade do dolo e da culpa pela culpabilidade.

A modificação refletiria, segundo CARVALHO, a adoção da teoria finalista no âmbito da teoria do delito e a correspondente normatização plena do conceito,

⁹¹⁶ CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação Judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 337

extirpando-se os elementos dolo e culpa, os quais passariam a integrar a tipicidade como elementos subjetivos.⁹¹⁷

Primeiro elemento a ser mencionado no art. 59, a culpabilidade normativa importaria no exame da reprovabilidade do ato e do seu autor, constituindo termo genérico, cuja especificação seria indicada nas expressões seguintes, notadamente antecedentes, conduta social, personalidade, motivos.

Assim, a culpabilidade variaria, segundo os reformadores, na proporção da opção pelo autor pelo “modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida de sua livre opção) à facilitação à prática do delito.”⁹¹⁸

Fica evidente, nesse ponto, o rompimento com as ideias deterministas que orientavam o sistema anterior, adotando-se, em seu lugar, uma concepção do homem como sujeito livre, racional e, portanto, responsável por suas decisões de vida.

Entretanto, a responsabilidade do sujeito não se limitaria, nessa perspectiva à escolha do ato na situação concreta, estendendo-se a todas as escolhas de vida anteriores.

Assim, foram isolados em duas expressões diversas antecedentes e conduta social, enfatizando-se, com isso, dentre os antecedentes o modo de vida do agente, o “comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence, mesmo porque cada vez mais se acentua o nível de participação em entidades as mais diversas...”.

Conclui-se que o agente seria digno “de maior ou menor censura por ter se conduzido de molde a que o delito se inseriu no contexto de sua vida ou constitua um fato alheio ou isolado.”

A referência expressa à conduta social, que se encontrava implícita na expressão antecedentes no Código de 1940, demonstra o destaque que a Reforma

⁹¹⁷ CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 355

⁹¹⁸ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.160.

de 1984 conferiu aos aspectos subjetivos relacionados ao autor, ao estender o juízo de reprovação aos seus atos pretéritos.

A ênfase na reprovação dos aspectos subjetivos foi reforçada pela manutenção da personalidade na fórmula do art. 59, implicando a determinação da pena com base nos “atributos de individualidade do ser humano, isto é, seu sexo, sua idade, sua formação familiar, seu nível educacional e profissional, suas convicções políticas, enfim, sua maneira de ser e de estar no mundo circundante.”⁹¹⁹

Pode-se observar, portanto, que a culpabilidade foi inserida na norma de determinação da pena, porém foram mantidos os antecedentes (ressalvado o destaque da conduta social) e a personalidade, permanecendo, assim, parte expressiva da estrutura do Código de 1940.

É de se notar, além disso, que os elementos mantidos no art. 59, antecedentes e personalidade, vem a ser justamente aqueles utilizados também como critérios na determinação da periculosidade, no sistema do Código de 1940, nas hipóteses de não presunção.

No modelo do duplo binário, a coincidência de critérios para determinação de pena e medida de segurança já provocava divergências na doutrina, sustentando-se de um lado, que a periculosidade influenciaria a medida da pena (LYRA) e de outro que antecedentes e personalidade teriam, na fixação da pena, função diversa da aferição da periculosidade, vez que a pena não poderia ser influenciada pelo caráter mais ou menos perigoso (HUNGRIA).⁹²⁰

No modelo vicariante, com a expressa inclusão da culpabilidade como critério de determinação da pena, parece ainda mais incongruente a repetição dos antecedentes e personalidade, ainda mais com o acréscimo da conduta social, antes implicitamente apreciada no âmbito dos antecedentes.

Diante dessa constatação, parece correto afirmar que o modelo vicariante excluiu a periculosidade no que se refere à determinação da pena, adotando uma absoluta distinção dogmática entre penas e medidas de segurança, porém, ao

⁹¹⁹ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 393.

⁹²⁰ O debate foi brevemente exposto acima no n. 3.1.5 retro.

inserir a culpabilidade na norma de determinação de pena, mantendo antecedentes e personalidade como critérios de especificação daquele elemento, vinculou a culpabilidade aos elementos próprios da periculosidade, revelando uma tendência no sentido da unificação das sanções.

O vínculo entre a culpabilidade e periculosidade foi reforçado, por sua vez, pela referência expressa à finalidade preventiva da pena, na medida em que a individualização da pena deverá ser orientada pelas necessidades preventivas, voltadas não para o ato praticado para o passado, mas para o futuro, como seria próprio das medidas de segurança.

7.4.4.3 Determinação da Pena Provisória

Na fase secundária (fixação da pena provisória), devem ser consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, cuja valoração fica a cargo do juiz, cabendo-lhe determinar o valor quantitativo do aumento ou redução correspondente.

O legislador limitou-se a determinar os efeitos qualitativos das circunstâncias, distinguindo as circunstâncias agravantes (art. 61) e atenuantes (art. 65).

Embora a quantidade de aumento ou redução fique a critério do juiz, veda-se-lhe a fixação em valor superior ao máximo cominado na norma incriminadora, segundo entendimento doutrinário amplamente adotado.

Há divergência, entretanto, no que se refere à possibilidade de se reduzir a pena provisória abaixo do mínimo cominado pelo legislador, em razão de aplicação de circunstância atenuante.

A possibilidade de fixação da pena provisória em valor inferior ao mínimo estipulado legalmente é reconhecida por parte minoritária da doutrina, tendo em vista a inexistência de vedação expressa na legislação, além da obrigatoriedade de redução pela existência de circunstâncias atenuantes, entre outros argumentos.⁹²¹

⁹²¹ Nesse sentido BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição Kindle. p. 19711. SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 601. CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação Judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 439. MACHADO, Maíra Rocha et

Prevalece, entretanto, a posição segundo a qual a legislação teria vedado a extrapolação do limite mínimo, tendo-se consolidado esse entendimento na Súmula 231 do STJ, embora reconheça-se que o posicionamento contrário foi adotado em algumas decisões, inclusive produzidas no próprio STJ.⁹²²

São indicados como precedentes da Súmula 231, editada em 1999, cinco acórdãos publicados entre 1991 e 1997, sendo que a fundamentação apontada na integralidade dos casos consiste na concepção segundo a qual os limites impostos pelo legislador na pena cominada constituiriam garantias do condenado, não podendo ser ultrapassados.⁹²³

Prevaleceria, nessa hipótese, portanto, a individualização legislativa, já que a redução da pena a patamares inferiores ao mínimo, somente seria admitida na aplicação das causas especiais de redução de pena, previamente estabelecidas pelo legislador.

Trata-se de uma concepção que associaria, segundo MACHADO, a determinação da pena à gravidade do crime, de forma a tender as exigências das finalidades retributivas e preventivas.

Nota-se, assim, que, embora o legislador tenha deixado ampla margem de apreciação ao juiz para a individualização da pena, de acordo com as características do infrator, prevalecerá a individualização legislativa, na medida em

al. A complexidade do Problema e a Simplicidade da Solução: A questão das penas mínimas. Série Pensando o Direito n. 17/2009. Ministério da Justiça, 2009.

⁹²² STJ S. 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Podem ser identificados, porém, os seguintes acórdãos favoráveis à redução da pena por aplicação das circunstâncias atenuantes, abaixo do mínimo: STJ, Resp. 424.179-RS, Relator Min. Vicente Leal, j. 13.08.2002. STJ, Resp. 68.120-MG, Relator Min. Luiz Vicente Cernichiaro, j. 16.09.1996. Série Pensando o Direito n. 17/2009. Ministério da Justiça, 2009.

⁹²³ REsp 7.287-PR (6ª T, 16.04.1991 – DJ 06.05.1991); REsp 15.691-PR (6ª T, 1º.12.1992 – DJ 03.05.1993); REsp 32.344-PR (6ª T, 06.04.1993 – DJ 17.05.1993); REsp 46.182-DF (5ª T, 04.05.1994 – DJ 16.05.1994); REsp 49.500-SP (5ª T, 29.06.1994 – DJ 15.08.1994); REsp 146.056-RS (5ª T, 07.10.1997 – DJ 10.11.1997)

que se admite a redução da pena abaixo do mínimo apenas e na medida prevista pelo legislador.

Mesmo que se reconheça a inexistência de vedação legal, como sustenta parte expressiva da doutrina, a vedação imposta pela Súmula enquadra-se na fórmula de compromisso introduzida na Reforma de 1984, entre a individualização da pena e as finalidades retributiva e preventiva.

A adoção da teoria retributiva favoreceria a implementação da pena mínima, segundo MACHADO et al. em razão da exigência de proporcionalidade ou correspondência entre o crime e a pena.

A teoria da dissuasão, por sua vez, acrescentaria a essa concepção uma ideia de proporcionalidade vertical (ou cardinal) entre as várias penas previstas em determinado sistema criminal, devendo haver uma gradação de severidade em função da gravidade do crime.

Em nenhuma dessas concepções seria admitida, por conseguinte, a redução da pena em patamares inferiores ao mínimo cominado pelo legislador, sob pena de violação do binômio crime-pena e consequente frustração das finalidades retributiva e preventiva.

Segundo os autores, "(...) essas teorias selecionaram uma determinada definição de igualdade das penas que não apenas favoreceu como, de certo modo, estimulou a prática de criação de penas mínimas pelo legislador.⁹²⁴

Pode-se afirmar, assim, que a referência expressa das teorias retributiva e preventiva na norma de determinação da pena exerceu forte influência sobre a aplicação das normas introduzidas pela Reforma de 1984, contribuindo consideravelmente para a adoção do posicionamento favorável a vedação da redução da pena provisória abaixo do mínimo legal, em detrimento da individualização judicial.

924

7.4.4.4 Individualização da pena e Regimes de execução

Após a fixação da quantidade, caberia ao juiz optar pelo regime inicial do cumprimento de pena, também com observância dos critérios previstos no art. 59, além dos requisitos objetivos.

Trata-se de definir “(...) o conjunto de situações, de influência e de regras que caracterizam um tipo ou uma modalidade de cumprimento das penas e das medidas de segurança.”⁹²⁵

A Reforma teria adotado um sistema de retribuição proporcionada, excluindo a periculosidade como critério para fixação do regime inicial, para substituí-la pela reprovabilidade a ser aferida por meio da quantidade de pena aplicada de acordo com os critérios do art. 59.

O estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena atenderia, de acordo com REALE Jr., “às exigências de retribuição e da prevenção, devendo se optar pela intensidade que seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”⁹²⁶

No caso do regime aberto, os critérios do art. 59 foram reforçados pela Lei de Execuções Penais, a qual no art. 114 estabelece como pressuposto “fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime“, demandando-se, ainda, a aceitação do condenado no que se refere ao programa inerente ao regime.⁹²⁷

⁹²⁵ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.45-55

⁹²⁶ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 37.

⁹²⁷ Art. 114 da Lei de Execução Penal. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no art. 117 desta Lei.

Tratar-se-ia, disse REALE Jr.

De um processo de adesão, o que caracteriza o sentido voluntário do procedimento, eliminando-se a orientação do tratamento compulsivo, o que implica em estabelecer limitações ao moderno conceito de tratamento penitenciário, como bem refere Bajo Fernandes. O condenado deixa de ser objeto de medidas terapêuticas para, mantendo os valores de sua personalidade, aceitar ou rejeitar o regime de execução que lhe foi deferido.⁹²⁸

Os regimes foram estabelecidos com precisão, devendo o fechado ser executado em estabelecimento de segurança máxima ou média, o semiaberto em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e o aberto, em casa de albergado ou instituição adequada.

A pena superior a oito anos seria obrigatoriamente cumprida no regime fechado, possibilitando-se o regime semiaberto ao condenado à pena entre quatro e oito anos, quando primário, e o aberto, ao condenado à pena igual ou inferior à quatro, quando primário, se favoráveis os requisitos do art. 59.

A decisão do juiz na sentença seria, porém, provisória, cabendo revisão no curso da execução, adotando-se o sistema progressivo de forma a humanizar a pena privativa de liberdade, com possibilidade de regressão se assim demandar a conduta do apenado.

Nesse contexto, a individualização se concretiza por meio do sistema progressivo, orientando-se pelas necessidades da readaptação social do condenado, aferidas por meio da classificação e do exame de personalidade ou exame criminológico.

Assim, torna-se obrigatória a classificação dos condenados, como instrumento de medida de sua personalidade para que se estabeleça o tratamento penitenciário adequado.

Conforme esclarece a Exposição de Motivos da LEP

Reduzir-se-à mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.⁹²⁹

⁹²⁸REALE JR, Miguel. et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 60.

⁹²⁹ Exposição de motivos da Lei de Execução Penal . n. 27

Torna-se obrigatório também o exame criminológico para os condenados ao regime fechado. Trata-se, de acordo com a Exposição de motivos, de uma cautela, vez que a ausência de exame permitiria a transferência de presos para o regime de semiliberdade ou prisão albergue, ou a concessão de livramento condicional, sem que eles estivessem devidamente preparados, deixando-se de observar as exigências de segurança social.⁹³⁰

7.4.5 Individualização da pena e Alternativas Penais na Reforma de 1984

A superpopulação carcerária foi uma das questões que impulsionaram a Reforma Penal de 1984, de modo que a necessidade de reduzir o uso da pena privativa de liberdade foi a justificativa para a introdução das penas restritivas de direito.

Além das altas taxas de encarceramento, justificava-se a necessidade de redução do uso da pena de prisão com base na inadequação dos métodos de implementação da ideologia de tratamento que caracterizou o sistema do Código Penal de 1940.

O modelo anterior foi expressamente repellido na própria Exposição de motivos, a qual associou as críticas ao cárcere à questão da inadequação do tratamento penal imposto aos condenados, afirmando-se

As críticas que em todos os países se tem feito à pena privativa de liberdade fundamenta-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina de aptidão para o trabalho.⁹³¹

⁹³⁰ Exposição de motivos do Código Penal n.32

⁹³¹ Exposição de Motivos do Código Penal. n. 27

A previsão das chamadas penas alternativas buscava, assim, “impedir ou atenuar “a ação criminógena do cárcere”, adotando sanções diversas para casos de infratores sem periculosidade ou para autores de crimes de menor gravidade.⁹³²

7.4.5.1 Penas Alternativas

Assim, além do sistema progressivo, o modelo introduzido pela reforma estabelecia, a possibilidade de substituição da pena de prisão pelas penas alternativas.

Trata-se, segundo SOUZA e JAPIASSU, da primeira geração de penas alternativas, prevendo-se três espécies de penas restritivas de direito,⁹³³ quais sejam: a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.⁹³⁴

Sempre orientada pela ideia da individualização, previu a Reforma de 1984 uma gradação, das penas mais graves às menos graves, oscilando “da relativa constrição à liberdade à perda provisória de certos direitos”.⁹³⁵

⁹³² GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 365

⁹³³ Artigo 43 do Código Penal: As penas restritivas de direitos são: I - prestação de serviços a comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - limitação de fim de semana.

⁹³⁴ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 365 e ss. Sobre a forma de execução de cada uma das modalidades ver REALE JR. Miguel. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código Penal. P. 142.

⁹³⁵ Observaram REALE Jr et al. que “A prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana (n. os I e III do art. 43), embora impliquem em diminuição da liberdade, caracterizam-se por representarem redução menor, em relação às penas de reclusão e detenção e interdição, pela inibição do exercício de certos direitos, identificando-se todos por mostrarem inferior intensidade de repressão, justificada pela necessidade e suficiência.” REALE JR, Miguel. et al.

Passadas as fases de determinação da espécie, medida e regime de pena, caberia então, ao juiz, optar pela substituição ou não da pena privativa de liberdade pelas alternativas.

À meta da redução do encarceramento contrapunha-se, porém, a demanda das finalidades retributiva e preventiva da pena, de forma que o legislador atuou de forma “cautelosa”, expressão adotada pela própria Exposição de Motivos, situando “as novas penas na faixa reservada ao instituto da suspensão condicional da pena”, com ampliação para os crimes culposos, sem prejuízo da possibilidade de extensão no futuro a novas hipóteses.⁹³⁶

Dessa forma, como observado por CARVALHO, o legislador impôs a realização de todo o procedimento descrito nos incisos do art. 59 do Código Penal – determinar modalidade, medida e regime de cumprimento – antes da apreciação da possibilidade de aplicação das penas restritivas de liberdade.⁹³⁷

Além disso, a Reforma condicionou a aplicação das penas alternativas a requisitos “bastante restritos”, reduzindo seu âmbito de atuação.⁹³⁸

Assim, seria possível a aplicação de penas alternativas para os crimes dolosos, para substituir a pena inferior a um ano (para as penas restritas de direitos).

Tratando-se de crime culposo, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, podia ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa ou por duas penas restritivas de direitos, desde que exequíveis simultaneamente.⁹³⁹

Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.160 P. 139

⁹³⁶ Exposição de motivos do Código Penal n. 29

⁹³⁷ CARVALHO, SALO. Penas e Medidas de Segurança. São Paulo, Saraiva, 2015. p.326

⁹³⁸ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 365

⁹³⁹ Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a

Quanto aos requisitos subjetivos, demandava-se a ausência de reincidência e, além disso, que “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a conveniência da troca.”⁹⁴⁰

Também caberia a aplicação das penas alternativas, como incidente da execução, no caso da pena privativa de liberdade que não excedesse dois anos, convertendo-se a pena de prisão em restritiva de direitos, desde que cumprido mais de um quarto da pena e que o condenado se encontre em regime aberto, exigindo-se, além disso, os mesmos requisitos subjetivos mencionados acima.

Repete-se, portanto, a formula do art. 59, vinculando-se também as penas alternativas, assim como todo o processo de individualização que antecede a substituição da pena privativa de liberdade, aos critérios do dispositivo, reforçando-se seu caráter central na determinação da pena.

A Reforma previu, ainda, a multa substitutiva para penas inferiores a seis meses, se o condenado não for reincidente e se a substituição constituir medida eficiente, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 (aqueles mesmos previstos no art. 59).⁹⁴¹

um ano ou se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Parágrafo único - Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exeqüíveis simultaneamente. GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 365.

⁹⁴⁰ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 149

⁹⁴¹ Artigo 60 do Código Penal: (...) § 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.

7.4.5.2 Suspensão Condicional da Pena

Dentre as alternativas penais, estabeleceu a Reforma a possibilidade de suspensão condicional do processo para os condenados às penas não superiores a dois anos (art. 77 do Código Penal).⁹⁴²

Exclui-se a aplicação do dispositivo para os reincidentes (salvo condenação anterior por pena de multa), bem como nas hipóteses de cabimento da substituição pelas penas alternativas.

No caso do sursis comum, embora mantidas as hipóteses de cabimento no que se refere ao limite de pena fixada, optou-se por acrescentar condições à suspensão, de forma que “os condenados ficam sujeitos a regime de prova mais exigente, pois além das condições até agora impostas deverão cumprir, ainda, as de prestação de serviços à comunidade ou de limitação de fim de semana, bem como condições outras especificadas na sentença...”

O acréscimo teria sido introduzido, segundo a Exposição de Motivos, buscando uma fiscalização mais efetiva das condições de suspensão, com participação da comunidade.⁹⁴³

Nesse caso, a Reforma vinculou a aplicação do instituto às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, “que operam como critério reitor do sistema”, exceto no que se refere às consequências do crime e ao comportamento da vítima.⁹⁴⁴

Atendendo, porém, às exigências da individualização da pena, previu a Reforma a modalidade de suspensão especial, excluindo-se nessa hipótese a

⁹⁴² Artigo 77 do Código Penal - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste código.

⁹⁴³ Exposição de Motivos do Código Pena. N. 64

⁹⁴⁴ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 216.

prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, desde que o condenado não seja reincidente e que as circunstâncias do art. 59 lhe sejam inteiramente favoráveis, isto é, “se mínima a culpabilidade e irretocáveis os antecedentes e de boa índole e personalidade, bem como relevantes os motivos e favoráveis as circunstâncias.”

Nesse caso, as condições acrescidas na primeira modalidade seriam substituídas pela proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; ou comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.⁹⁴⁵

Teria sido estabelecida, segundo REALE Jr, em relação aos requisitos subjetivos, diferentes graus de exigência para o sursis comum e o sursis especial.

No primeiro caso, as circunstâncias judiciais seriam avaliadas de forma global, não se exigindo que todas as circunstâncias sejam favoráveis.

No segundo, ao contrário, as circunstâncias devem ser completamente favoráveis, restringindo-se sua aplicação “às infrações penais que denotem mínimo grau de reprovabilidade, expressado por meio da culpabilidade, antecedentes, conduta social e da personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do crime, não afastado o comportamento da vítima.

Exige-se, ainda, nessa segunda hipótese, a reparação do dano, salvo comprovada impossibilidade de fazê-lo.

A previsão de duas modalidades de suspensão tornaria o instituto “plástico”, configurando-o, forma mais ou menos severa que as penas restritivas, de forma a fornecer mais possibilidades de individualização ao juiz.⁹⁴⁶

⁹⁴⁵ § 2º - Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior por uma ou mais das seguintes condições: a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

⁹⁴⁶ REALE JR, Miguel. et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 217.

7.4.5.3 Livramento Condicional

A Reforma alterou também a disciplina do livramento condicional, reduzindo o tempo de cumprimento de pena exigido e ampliando a margem de apreciação do juiz no tocante à sua concessão.

Assim, poderia o juiz conceder o livramento condicional, desde que cumprido mais de um terço da pena, desde que o condenado não fosse reincidente em crime doloso e tivesse bons antecedentes (uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal).

No caso do condenado reincidente em crime doloso, exigia-se o cumprimento de mais de metade da pena.⁹⁴⁷

Como explicou-se na Exposição de Motivos, ao reduzir os prazos mínimos, exige-se do condenado “a comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto, bem como a reparação do dano, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (art. 83, III e IV)”.⁹⁴⁸

Acrescenta-se a isso, no caso de crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o condicionamento da concessão à verificação em perícia da superação das condições e circunstâncias que levaram o condenado a delinquir.

⁹⁴⁷ Artigo 83 do Código Penal: O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração. Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

⁹⁴⁸ Exposição de motivos do Código Penal 72

A referencia aos crimes dolosos seria direcionada, segundo a Exposição de Motivos, ao condenado por crime de homicídio, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro em todas as suas formas, estupro, atentado violento ao pudor e outros da mesma índole.

Destaca-se, nesse ponto a justificativa da adoção dessa exigência, como consequência necessária da extinção da medida de segurança para o imputável.

Como explicaram SOUZA e JAPIASSÚ, a exigência introduzida com a Reforma de 1984 buscou contrabalançar a extinção da medida de segurança com a obrigatoriedade da realização de exame criminológico, tanto para o livramento condicional, quanto para a progressão de regime.⁹⁴⁹

A Reforma excluiu a exigência da demonstração da cessação de periculosidade para fins de livramento condicional, adotando, em substituição, a necessidade de constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

A fórmula utilizada pelo legislador reproduz com exatidão as expressões adotadas no art. 57, inciso II,⁹⁵⁰ do Código Penal 1940, do qual se extraía, segundo REALE Jr., a fórmula noção negativa de periculosidade.

A norma deveria ser interpretada, contudo, “à luz da teoria da emenda ou da correção como objetivo da prevenção especial”, de forma que não se trataria de subordinar o livramento condicional à ausência de periculosidade, mas à demonstração da desnecessidade de emenda.⁹⁵¹

⁹⁴⁹ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 496

⁹⁵⁰ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 239.

⁹⁵¹ REALE JR, Miguel. et al. Penas e Medidas de Segurança no Novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 240. A exigência tratar-se-ia de um adendo, como explicou REALE Jr., inserido em emenda apresentada na Câmara dos Deputados, reintroduzindo-se “(...)a periculosidade no sistema, de forma a se impedir a concessão do livramento se tiver sido verificado, pelas condições pessoais do condenado, que eventualmente possa voltar a delinquir. Esse adendo levou a se caracterizar o exame criminológico como um juízo de ações

Como disse o autor,

A medida da pena deve ser a medida da culpa e da necessidade de emenda. Se, após cumprir uma parte da sanção, o condenado ainda revela sinais de desajustamento aos valores jurídico-criminais, é uma demonstração de que a reação penal não conseguiu o objetivo de correção. As suas condições pessoais fazem presumir que ele ainda voltará a delinquir. Como consequência, deverá continuar a sofrer a imposição daquela pena até o seu limite final se a tanto for necessária em nome da prevenção especial. Com tal prognóstico não se estará dando uma solução baseada na periculosidade do sentenciado, posto que a rotulação de perigoso não indica necessariamente uma pessoa voltada para a prática do delito....⁹⁵²

Note-se que a aferição das condições que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir poderia ser realizada, segundo o autor, por meio do exame criminológico, que poderia ser efetivado em qualquer fase da execução.

Evidencia-se, assim, que a margem de apreciação do juiz, antes concentrada nos critérios subjetivos de aferição da periculosidade, passa, com a Reforma de 1984, a ser exercida no âmbito da verificação da necessidade de reforma do indivíduo, na perspectiva da finalidade preventiva especial da pena.

É de se notar, ainda, que a exigência da lei refere-se à presunção de que o liberado não voltará a delinquir, de forma que se volta para o futuro, caracterizando um prognóstico de não reincidência que muito se aproxima da cessação da periculosidade.

A aferição da presunção de não reincidência assemelha-se ainda mais ao juízo de periculosidade, na medida em que a verificação do prognóstico poderia ser realizada mediante a realização de exame criminológico, fazendo lembrar o exame de cessação de periculosidade.

delituosas futuras...”. A Lei 10.792/03 viria a excluir o exame criminológico para fins de progressão de regime e livramento condicional, desfazendo o “inseguro e arbitrário juízo de periculosidade”, apesar de não ter modificado o art. 83 do Código Penal. REALE JR, Miguel. Tentativa de eliminação do critério da periculosidade. Boletim do IBCCRIM 140 – julho Esp./2004.

7.4.6 A Reforma de 1984 e a Superpopulação carcerária

A Reforma penal de 1984 introduziu diversas modificações no sistema de penas, inovando com as alternativas penais e reformando a disciplina de institutos já existentes, além da previsão do regime progressivo de execução de pena.

Orientaram a elaboração do novo sistema a refutação das ideias de reabilitação do criminoso e a necessidade de redução do uso da pena de prisão, tendo em vista o problema da superpopulação carcerária.

Analisando o modelo implementado pela Reforma, identifica-se uma estrutura coerente, na medida em que os institutos foram disponibilizados de forma a se garantir a proporcionalidade entre os requisitos temporais (que refletem a gravidade do crime) e a severidade da punição.⁹⁵³

Assim, seria aplicável a pena de multa para as condenações de até seis meses, pena restritiva de direitos para condenações entre seis meses e um ano e suspensão condicional da pena para aquelas de um a dois anos.

O modelo reservou os regimes aberto e semiaberto aos condenados primários condenados às penas de dois anos a quatro anos e de quatro a oito anos respectivamente, devendo os condenados às penas superiores a oito anos cumprir pena em regime fechado (assim como os reincidentes).

No que se refere, porém, aos requisitos subjetivos, a análise demonstra que os critérios estabelecidos no art. 59 do Código influenciam todas as decisões relativas à individualização da pena.

Repetidas ou expressamente mencionadas em diversos dispositivos, as circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 determinam, não apenas a medida da pena e o regime de execução, mas a aplicação de cada uma das alternativas penais disciplinadas pela Reforma de 1984.

Daí se conclui que, em que pese o modelo guarde uma coerência interna, variando o grau de severidade na proporção da gravidade do crime, a efetiva aplicação dos institutos fica condicionada, em todos os níveis, aos mesmos critérios subjetivos nos quais exercem os juízes uma larga margem de apreciação.

⁹⁵³ CARVALHO, SALO. Penas e Medidas de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2015. p.310,

Assim, a Reforma de 1984, mesmo tendo estabelecido parâmetros relacionados ao fato, à intensidade da lesão ao bem jurídico, para a individualização da pena, condicionou a implementação dos institutos aos critérios subjetivos, elementos sobretudo ligados, não ao fato, mas ao autor, deixando sua efetiva aplicação nos casos concretos ao arbítrio do julgador.

Teria se configurado, segundo TEIXEIRA, a individualização judicial da pena, de forma a se conferir ênfase aos aspectos subjetivos, pertinentes à pessoa do condenado, em detrimento dos aspectos objetivos.⁹⁵⁴

Como apontou ROIG,

(...) é possível verificar, de início, que a Reforma Penal de 1984 aderiu à tendência subjetivista na aplicação da pena privativa de liberdade, promovida pelo Código de 1940. Em corroborar a esta constatação está o fato de que, das oito circunstâncias judiciais atualmente elencadas, cinco delas (motivo do crime e culpabilidade antecedentes, conduta social e personalidade do agente) conduzem a uma anamnese judicial sobre a pessoa do acusado, uma sobre o comportamento da vítima (também apresentando matizes de subjetividade) e somente duas de caráter eminentemente objetivo (circunstâncias e consequências do crimes).⁹⁵⁵

Destacou o autor, ainda, a preponderância da circunstâncias relativas aos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência, no caso de concurso de agravantes e atenuantes, todas relativas à pessoa do acusado.⁹⁵⁶

⁹⁵⁴ TEIXEIRA, Adriano. Teoria da Aplicação da Pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 31.

⁹⁵⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da Pena. Limites, Princípios e Novos Paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book .p. 22

⁹⁵⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da Pena. Limites, Princípios e Novos Paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book .p. 22. No mesmo sentido STOCO , afirmando que a prevalências dos elementos subjetivos colaborou para a adoção, na jurisprudência, das circunstâncias relativas ao condenado como “fatores de predileção para o cálculo da pena base.” STOCO, Tatiana. Personalidade do Agente na Fixação da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 99.

Além disso, a reforma introduziu referência expressa às finalidades retributiva e preventiva da pena, como critérios de orientação da atividade judicial na aferição do grau de culpabilidade e determinação da sanção.

A vinculação entre a culpabilidade, antecedentes e conduta social induziria, segundo RODRIGUES, a um alargamento da compreensão da culpabilidade para incluir a culpa pelo caráter.

A conjugação da culpabilidade e finalidade preventiva, por sua vez, resultaria na penetração da culpabilidade por elementos relacionados à prevenção especial, possibilitando uma confusão entre culpabilidade e periculosidade.⁹⁵⁷

Como observado por STOCO,

Os riscos de uma prevalência pelos elementos subjetivos na fixação da pena sem que estejam fundamentalmente atrelados tão somente à perspectiva da prevenção especial positiva, mas relacionados à culpabilidade, são vários. Sobretudo, reside na permissão de exasperação da pena fundada em elementos não relacionados ao fato e de uma indevida análise da periculosidade, mesmo já tendo sido expressamente abolida do ordenamento jurídico penal como critérios de fixação de pena.⁹⁵⁸

A expressa referência às finalidades retributiva e preventiva importou, ainda, a limitação da individualização judicial no que se refere aos aspectos objetivos (especialmente a gravidade do crime), dando ensejo à vedação de fixação da pena abaixo do mínimo legal cominado pelo legislador.

Nessa perspectiva, embora se tenha proporcionado larga margem de atuação do juiz na apreciação dos critérios subjetivos, na determinação da pena e aplicação dos substitutos penais, prevaleceu a individualização legislativa no que se refere à gravidade do crime, já que não se permite ao juiz a derrogação dos limites cominados na norma incriminadora.

⁹⁵⁷ RODRIGUES, Miranda. A Determinação da medida da pena privativa de liberdade. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 405.

⁹⁵⁸ STOCO, Tatiana. Personalidade do Agente na Fixação da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 100.

Dessa forma, o modelo de determinação de pena introduzido pela Reforma ficou integralmente condicionado pela orientação consequencialista, voltando-se predominantemente para atender as finalidades preventivas da pena.

Nesse contexto, ficou consideravelmente reduzida a função limitadora do princípio da culpabilidade, enfatizando-se consideravelmente, em vez disso, sua função fundamentadora de imposição de pena.

7.4.7 A Reforma de 1984 e as práticas judiciárias

As práticas judiciárias corroboram as afirmações acima reunidas, e demonstram, além disso, que a manutenção da predominância subjetivista na Reforma de 1984 limitou a influência desejada pelo legislador de redução do uso da pena de prisão, na medida em que a margem de apreciação conferida ao juiz vem sendo utilizada frequentemente para justificar aumento da pena-base ou a fixação da pena definitiva em patamares que muito se afastam do mínimo legal.

Diversos estudos abordaram as tendências de produção de decisões impondo maior severidade na fixação da pena sob a justificativa pautada pelas circunstâncias subjetivas do art. 59 do Código Penal, seja para aumentar o tempo de pena de prisão ou para estabelecer regime mais severo de execução.

Nesta seção, serão abordados alguns destes trabalhos, sem o objetivo de reproduzi-los ou apresentados de forma integral, optando-se por destacar os aspectos mais importantes ao desenvolvimento do tema proposto.

7.4.7.1 Personalidade e determinação da medida da pena

A pesquisa qualitativa de jurisprudência elaborada por STOCO forneceu inúmeros exemplos de decisões judiciais produzidas no âmbito de vários tribunais, nas quais a personalidade do agente foi interpretada como elemento ligado à culpabilidade, mediante análise de fatores dissociados do fato punível, para justificar o afastamento da pena base do mínimo legal.

Assim, menciona a autora, por exemplo, decisão de 2008 do Tribunal de Justiça da Bahia que confirmou sentença de primeira instância, na qual foi fixada a pena-base no dobro da pena mínima prevista para o delito, fundamentando-se na

(...)intensidade do dolo com que agiu o réu, manifestada através de sua conduta desequilibrada e indigna, inteiramente concentrada e dirigida contra um cidadão indefeso, com 65 anos de idade, cerca de 50 kg, atrocidade, por incrível que pareça, dentro de uma clínica, nesta capital. A arrogância como cometeu o homicídio, que premeditou com ódio extremado, é revelador que o réu tem uma personalidade descontrolada e malvada, ausentes aí, todo o preceito moral necessário ao pleno exercício da cidadania. Revela comportamento intranquilo, prenhe de instabilidade, embora esboce conduta social relativamente normal. Agiu com acentuado dolo, que encontrou base na sua natureza violenta e perversa, fruto de uma estrutura que o acompanha, de prepotência e arrogância, aliada à delirante vaidade e lastimável falta de respeito para com seus semelhantes.

O referido Tribunal manteve a sentença, considerando-a satisfatoriamente fundamentada.⁹⁵⁹

Em outra decisão mencionada pela autora, desta feita do STF, em sede de habeas corpus, manteve-se a condenação fixada no dobro do mínimo para réus primários e de bons antecedentes, justificando-se o incremento na avaliação negativa da personalidade dos agentes, em razão do “contato anterior com o mundo do tráfico ilícito”, embora tenha-se reconhecido, como dito acima, a primariedade e os bons antecedentes.⁹⁶⁰

A sentença teria levado em conta, segundo a autora, que os acusados “são dados à mentira, sofrem de péssima memória e não revelam temor ou censura que os impeçam de viver do crime.”⁹⁶¹

A autora trouxe ainda notícia de decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmando sentença na qual a pena base afastou-se do mínimo, tendo o juiz assim decidido com base em laudo de avaliação de personalidade e estudo social.

Dizia a decisão que o réu possuiria “personalidade ainda imatura e deficiência no aspecto afetivo emocional que podem leva-lo a descontroles no

⁹⁵⁹ STOCO, Tatiana. Personalidade do Agente na Fixação da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 161; TJBA. ApCrim 29958-9/2008, rel. Des. Lourival Almeida Trindade, j. 19.05.2009.

⁹⁶⁰ STF, HC 74.139-8/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21.02.1997.

⁹⁶¹ STOCO, Tatiana. Personalidade do Agente na Fixação da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 162.

comportamento (...)’(sic). No mesmo sentido o laudo de estudo social de f. afirma que: “(...) colegas revelam que tem o habito de, nas conversas, sempre levar o assunto para o lado sexual, alardeando suas conquistas neste aspecto e, por causa disso, é considerado uma pessoa cansativa, inconveniente e imatura (...)” (sic).⁹⁶²

Em outra decisão referida pela autora, o juiz Criminal de Birigui, em São Paulo, julgando processo sobre crime de roubo de 150 reais em dinheiro, fixou a pena em sete anos e três meses e três dias de reclusão em regime inicial fechado, aumentando a pena base em um sexto em razão da “personalidade voltada para o crime”. Dizia a decisão que

O acusado é reincidente (f. do apenso de certidões), além do que responde a outros dois processos criminais em andamento, um pela prática de roubos e outro porte de arma de fogo e receptação, ambos já com condenação em primeira instância (f. do respectivo apenso), evidenciando-se, pois, que possui personalidade totalmente voltada para prática de roubos e outros delitos patrimoniais, razão pela qual as circunstâncias do art. 59 do Código Penal não lhes são favoráveis.⁹⁶³

Nesse caso, a sentença foi reformada em sede recursal, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo reduzido a pena ao mínimo legal.⁹⁶⁴

A autora reuniu, além das decisões aqui referidas algumas outras semelhantes, as quais sistematizou, agrupando-as em função da similitude de fundamentos.

Embora não se trate de análise quantitativa, os dados organizados pela autora demonstram ser frequente a utilização da personalidade para uma avaliação da culpabilidade que justifique o incremento da pena-base em diversos tribunais do país, em diferentes períodos, inclusive tribunais superiores.⁹⁶⁵

⁹⁶² STOCO, Tatiana. Personalidade do Agente na Fixação da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 163.

⁹⁶³ STOCO, Tatiana. Personalidade do Agente na Fixação da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 164.

⁹⁶⁴ TJSP 16o Câ. Crim. ApCrim 0008866-48.2009.8.26.0077, rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 10.01.2012.

⁹⁶⁵ STOCO, Tatiana. Personalidade do Agente na Fixação da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 181-191

7.4.7.2 Periculosidade no crime de roubo em São Paulo

A pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM, em parceria com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, tratou dos processos por crime de roubo no estado de São Paulo, no período de 1º de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2000, analisando uma amostra de 570 feitos, retirados de um universo de 6.530 feitos.⁹⁶⁶

Buscou-se analisar a motivação das decisões judiciais proferidas nesses processos, optando-se, para fins de organização da pesquisa, na divisão das decisões em função do argumento que as fundamentou, nos seguintes grupos: decisões fundamentadas na gravidade do delito, decisões fundamentadas na periculosidade do agente, decisões fundamentadas na defesa da sociedade.

A hipótese de trabalho foi a de que a maioria dos crimes de roubo obtém uma condenação no regime mais gravoso, ainda que se trate de condenados primários e que sua pena tenha sido fixada no mínimo legal.

Admitiu-se, também, como hipótese, a utilização de fundamentação com “motes extrajurídicos”, ou seja, “motivações ideológicas e estranhas ao mundo do direito”.⁹⁶⁷

Note-se que, dentre os processos analisados, 96,86 por cento das sentenças e 94,55 por cento dos acórdãos eram condenatórios, o que demonstra que a base de análise de condenações se apresenta de forma ampla o suficiente para uma abordagem da severidade da pena.⁹⁶⁸

No que se refere ao regime, 77,19 por cento das sentenças analisadas fixaram o regime fechado, enquanto 14,71 por cento, fixaram o regime semiaberto. Em segunda instância, o percentual de decisões que fixaram o regime fechado

⁹⁶⁶IBCCRIM. Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

⁹⁶⁷ IBCCRIM. Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 22

⁹⁶⁸ IBCCRIM. Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 24

reduziu-se para 66,94 por cento, identificando-se um aumento no que se refere ao regime semiaberto, para 20,50 por cento.

No que se refere à determinação da medida da pena, observa-se, entretanto, que em 77,19 por cento das sentenças e 81,82 por cento dos acórdãos, a pena-base foi fixada no mínimo legal, contra 19,67 por cento e 11,74 por cento dos acórdãos, nas quais a pena-base ficou no mínimo estabelecido pelo legislador.

Como destacado no relatório de pesquisa, o percentual de penas fixados no mínimo legal corresponde ao percentual de sentenças condenatórias em regime fechado.⁹⁶⁹

Constata-se, além disso, que em 80,75 por cento das sentenças e 69,85 por cento dos acórdãos nos quais a pena foi fixada no mínimo legal, o regime imposto foi o fechado para penas aplicadas entre quatro e oito anos, em casos de réus primários.

É de se notar que em 78,18 por cento das decisões analisadas foi reconhecida a primariedade dos acusados.

No que tange à fundamentação, identificou-se a utilização da gravidade do delito como fundamento para aumento da pena ou imposição de regime mais gravoso em 82,34 por cento das decisões analisadas, tendo-se estabelecido o argumento de forma genérica, levando em consideração, não os dados relativos ao caso concreto, mas o crime de roubo em abstrato.

Já no que se refere às circunstâncias judiciais subjetivas, constatou-se que 344 acórdãos (56,86 por cento), utilizaram a periculosidade do agente para justificar aumento de pena ou fixação de regime mais gravoso.⁹⁷⁰

Verificou-se dois tipos de abordagem da periculosidade nas decisões analisadas. De um lado, algumas decisões associaram a periculosidade à própria prática do roubo, como um dado ínsito da conduta.

Em outros casos, a periculosidade foi mencionada como um indício da personalidade do acusado, identificando-se referências à personalidade

⁹⁶⁹ IBCCRIM. Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia. São Paulo: IBCCRIM, 2005. P. 29

⁹⁷⁰ IBCCRIM. Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia. São Paulo: IBCCRIM, 2005. P. 44

“marcadamente perigosa”, “personalidade defeituosa”, “personalidade mal formada”.

Foram identificados, ainda, decisões nas quais a gravidade em abstrato, periculosidade e personalidade foram fundidos em fórmula única para justificar o tratamento mais gravoso imposto ao réu, tendo-se afirmado que “(...) a perpetração de roubo denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem à convivência social.”⁹⁷¹

No que se refere à defesa da sociedade, identificou-se a utilização desse argumento como fundamentação de 41,65 por cento do total de decisões analisadas.⁹⁷²

Os resultados aferidos confirmaram todas as hipóteses formuladas inicialmente, como foi observado pelo relatório de pesquisa.

Merece destaque, porém, o resultado relativo à utilização da periculosidade, especialmente nos casos em que foi vinculada com a análise da personalidade.

Embora a pesquisa tenha apontado a utilização de expressões extra jurídicas nas decisões analisadas, a referência à periculosidade em associação com a personalidade do indivíduo, embora esteja em desacordo com o sistema vicariante introduzido com a Reforma de 1984, não pode ser caracterizada como um termo extrajurídico, na medida em que foi eleita pelo legislador como critério de determinação da medida de segurança.

O que os resultados da pesquisa revelam, de fato, é a penetração das circunstâncias subjetivas, notadamente a personalidade, por critérios próprios das medidas de segurança, na medida em que se utiliza a periculosidade para fins de determinação da medida da pena e fixação de regime de execução para indivíduos imputáveis.

Em que pese essa prática judiciária contrarie o sistema vicariante introduzido pela Reforma, sua adoção acabou sendo viabilizada pelo próprio legislador, em razão da manutenção no âmbito da culpabilidade, de elementos utilizados, no

⁹⁷¹ IBCCRIM. Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia. São Paulo: IBCCRIM, 2005.. p. 49

⁹⁷² IBCCRIM. Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia. São Paulo: IBCCRIM, 2005. P. 51

sistema anterior, tanto para a fixação da pena, quanto para a imposição de medida de segurança, quais sejam, personalidade e bons antecedentes.⁹⁷³

7.4.7.3 Aplicação das penas nos tribunais superiores

O tema da fundamentação das decisões no que se refere à determinação da pena foi um dos objetos de pesquisa de CARVALHO, realizada com base na análise das decisões proferidas nos tribunais superiores.

A partir de coleta nos espaços virtuais do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal federal, foi elaborada uma análise quantitativa a partir de palavras-chaves e, posteriormente, uma análise qualitativa dos julgados.

Foram analisados 27 acórdãos do STF e 148 acórdãos do STJ, previamente selecionados por processo de filtragem metodológica justificada pelos objetivos da pesquisa.⁹⁷⁴

A pesquisa buscou avaliar, inicialmente, a aplicação da quantidade de pena por fase, de acordo com o método trifásico, desde os seguintes critérios: pena aquém do mínimo, pena no mínimo, pena cima do mínimo legal.

Identificou-se a fixação da pena definitiva no mínimo previsto em lei em 10,16 por cento, acima do mínimo em 68,36 por cento e aquém do mínimo em 8,47 por cento das decisões, restando 12,99 por cento sem referência.⁹⁷⁵

⁹⁷³ Em sentido contrário, entendendo que os resultados aferidos apontam para fundamentações nas quais predominam motivações de caráter “extra-jurídico” e “de cunho ideológico”, IBCCRIM. Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.58

⁹⁷⁴ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 124

⁹⁷⁵ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 125

Na perspectiva qualitativa, a investigação buscou verificar o significado atribuído a cada circunstância judicial na gradação da pena, sendo a preocupação central, a da análise dos argumentos que possibilitam ao juiz elevar a pena acima do limite mínimo ou a não reduzi-la aquém dos patamares fixados pelo legislador.

Inicialmente os resultados da pesquisa demonstram a dificuldade na identificação de critérios precisos para avaliar a culpabilidade, constatando-se imprecisões e lacunas na sua utilização.

Assim, a expressão foi associada, nas decisões analisadas, ao “modus operandi” do delito, ao “iter criminis”, à reprovabilidade intrínseca à conduta, à coautoria, ao lado, ao bem jurídico, ao fim econômico, à expressividade da lesão, ao grau de instrução e atividade profissional, entre outros.⁹⁷⁶

Já a personalidade e conduta social seriam os conceitos que proporcionariam, segundo o autor, maior ampliação do “punitivismo judicial”, atuando como espaços abertos para valorações morais e impressões pessoais sobre o estilo de vida dos réus, ilações acerca de seus deveres e responsabilidades éticos, entre outros.⁹⁷⁷

Na maioria dos casos analisados, a valoração negativa dessas circunstâncias vinculou-se aos antecedentes ou à habitualidade delitiva, derivando principalmente de juízos essencialmente morais.

Em alguns casos, verificou-se a imputação ao agente de graus de periculosidade, como fundamentação da determinação da medida da pena.

⁹⁷⁶ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 181

⁹⁷⁷ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 184

Além disso, mostrou-se frequente a fusão das circunstâncias personalidade e conduta social com os antecedentes, caracterizando-se a incidência da dupla valoração dos elementos de aplicação da pena.⁹⁷⁸

No que se refere à determinação da pena provisória, segunda fase do sistema trifásico adotado no art. 68 do Código Penal, identifica-se uma tendência de se justificar a vedação de fixação da pena aquém do mínimo legal com fundamento na ruptura com a segurança jurídica e possível enfraquecimento da função de prevenção geral da pena criminal.⁹⁷⁹

7.4.7.4 Periculosidade no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

A adesão ao sistema de penas predominantemente vinculado a critérios subjetivos de determinação de pena pode ser associada à utilização da periculosidade como fundamento de aumento de pena, fixação de regime mais severo, entre outras decisões caracterizadas por ampliar o exercício do poder punitivo.

Tendo em vista a inexistência de trabalho de pesquisa no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e a impossibilidade de realização de pesquisa de campo no âmbito do presente trabalho, optou-se por aferir a frequência da utilização da periculosidade, mediante breve pesquisa de jurisprudência.

Para tanto, utilizou-se o espaço virtual do TJRJ, para consultar a jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal, no período entre 1985 e 1995, utilizando a palavra chave periculosidade.

Foram encontradas, no total, 182 ementas nas quais foi empregada a expressão periculosidade, dentre as quais 13 diziam respeito à aplicação de medida de segurança para inimputáveis.

⁹⁷⁸ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 186

⁹⁷⁹ CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 195

Todas as 169 ementas restantes diziam respeito a decisões proferidas em processos nos quais foi reconhecida a imputabilidade do condenado.

Dentre essas 169 ementas, 19 diziam respeito a decisões que, em alguma medida, favoreceram a situação do réu, utilizando como fundamento a inexistência ou grau considerado inferior de periculosidade, como se nota no quadro abaixo:

Decisão	Quant.
Considerou adequado regime menos gravoso	3
Considerou cabível aplicação de sursis	3
Considerou cabível a pena de multa	1
Considerou cabível aplicação de sursis	3
Considerou apropriado que o condenado pudesse apelar em liberdade	3
Considerou fundamentada a revogação da preventiva ou concessão de liberdade provisória	4
Considerou que periculosidade não é parâmetro para a redução relativa à tentativa	1
Considerou que o aumento máximo de pena somente se justifica em caso de extrema periculosidade	1
Total	19

Dentre as 150 ementas restantes, foram identificadas 86 nas quais a periculosidade foi utilizada como fundamentação para agravar a resposta penal imposta ao condenado ou justificar a imposição de custódia cautelar. As 35 remanescente foram retiradas da análise pela impossibilidade de apreensão do conteúdo, em razão de contradições ou omissões nos textos das ementas.

O quadro abaixo lista as consequências jurídicas que foram impostas em razão do reconhecimento da periculosidade, nas 86 decisões acima mencionadas, devendo-se levar em conta que, em alguns casos, mais de uma consequência foi imposta em uma única decisão, daí o número de consequências ultrapassar o número de decisões.

Periculosidade deve ser levada em conta na fixação da pena base, como circunstância do crime	1
Periculosidade justifica a fixação da pena base acima do mínimo legal	3
Periculosidade justifica a fixação da pena definitiva acima do mínimo legal	13
Periculosidade justifica a vedação de regime aberto	4
Periculosidade justifica a imposição de regime semiaberto	7
Periculosidade justifica a imposição de regime fechado	35
Periculosidade justifica o aumento do roubo pelas qualificadoras no máximo legal	8
Periculosidade justifica agravação da pena genericamente	6
Periculosidade impede reconhecimento do furto privilegiado e de qualificadora	2
Periculosidade impede concessão de sursis	2
Periculosidade justifica fixação do prazo do sursis acima do mínimo	1
Periculosidade justifica fixação da pena máxima	1
Periculosidade impede concessão de direito de apelar em liberdade	4
Periculosidade impede redução de pena	1
Periculosidade justifica decretação de preventiva	15
Periculosidade justifica excesso de prazo	2
Periculosidade justifica obrigatoriedade de exames criminológicos para progressão de regime ou livramento condicional	9
Periculosidade justifica violência policial	1
Total	115

Como se vê, embora a Reforma tenha afastado a aplicação de medida de segurança para imputáveis, reservando-lhes a aplicação de pena cuja medida deve variar em função da culpabilidade, persistiu a utilização da periculosidade no período abordado como fundamento para aumento da pena fixada, imposição de regime mais gravoso ou não aplicação de substitutivos penais, entre outras decisões desfavoráveis ao réu.

7.4.7.5 Práticas de determinação da pena e superpopulação carcerária

A efetiva demonstração de uma correlação entre o sistema de penas introduzido na Reforma de 1984 e o crescimento da população carcerária que se verificou em meados da década de 1980 demandaria o estudo quantitativo de comparação entre as penas impostas antes da reforma e na vigência do novo sistema, mediante exame de casos em número significativo.

Seria necessário, além disso, quantificar os aumentos de pena efetivamente aplicados em razão das circunstâncias judiciais, além do incremento do tempo de pena efetivamente cumprida em relação a cada um dos períodos estudados.

Entretanto, mesmo que não se disponha no momento de nenhuma pesquisa empírica que preencha esses requisitos, o conjunto de dados extraídos nas pesquisas aqui reunidas demonstram que a Reforma Penal de 1984, embora elaborada com objetivo de reduzir o uso da pena de prisão, contribuiu para aumentar o uso do encarceramento.

A influência encarceradora da Reforma foi exercida, no âmbito da determinação da medida da pena, pelo estabelecimento de um amplo espaço ao exercício da individualização judicial, no qual predominam os parâmetros subjetivos ligados à pessoa do condenado.

O mesmo pode ser observado no que se refere aos substitutivos penais, uma vez que sua aplicação foi expressamente vinculada às circunstâncias substitutivas do artigo 59 do Código Penal.

Nessa perspectiva, a utilização da periculosidade como fundamento de agravamento da pena, fixação de regime mais severo, justificativa para não aplicação do sursis, entre outros, acaba por introduzir no sistema de penas instituto próprio das medidas de segurança, revitalizando o duplo binário.

Porém, apesar de tecnicamente incorreta, pode-se afirmar que a utilização da periculosidade não é incoerente com o sistema, na medida em que foram mantidos, no modelo vicariante, a predominância dos elementos subjetivos na determinação da pena, com ênfase nos antecedentes, conduta social e personalidade, aproximando, assim, a culpabilidade da periculosidade.

Se, por um lado, é inegável a existência uma tendência de uso excessivo do poder punitivo por parte dos juízes criminais, é de se ter em conta, por outro lado, que o legislador lhes proporcionou todas as condições necessárias para a

exacerbação do uso da prisão com base em juízos morais sobre a pessoa do condenado.

7.5 O crescimento da população carcerária e a política criminal pós-reforma de 1984

A produção literária tem apontado a correlação entre a adoção de uma orientação político criminal marcada pela severidade das penas e o crescimento da taxa de encarceramento brasileira no século XXI.

Tem se observado, igualmente, que a introdução e ampliação de alternativas penais não implicou a redução da população carcerária ou reversão da tendência de crescimento, embora tenha aumentado o número de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas.

A produção legislativa orientada para o endurecimento e extensão do tempo de duração das penas de prisão constituiria, nessa perspectiva uma contraposição à tendência liberalizante da Reforma Penal de 1984, inaugurando-se, a partir da década de 1990, uma política criminal bifurcada.

Consistiria a bifurcação, na previsão dicotômica de tratamento penal mais brando para infrações menos graves, e, ao mesmo tempo, imposição de penas mais severas para crimes cometidos com violência, sexuais ou relacionados a drogas.

Pode-se observar, porém, que a tendência de aumento da população carcerária iniciou-se ainda em meados da década de 1980, intensificando-se e acelerando-se nas décadas seguintes.

Verifica-se, ainda, que as normas de determinação de pena da Reforma de 1984 contribuiu para o crescimento da população carcerária naquele período, tendo em vista que as práticas judiciais demonstraram a tendência predominante de utilizar a margem de discricionariedade fornecida ao juiz para individualização da pena para exacerbar o poder punitivo, por meio da fixação de penas de maior duração ou regimes mais rigorosos de execução, por exemplo.

Tendo-se constatado uma relação de continuidade entre o crescimento da população carcerária nas décadas de 1980 e seguintes, pode-se, então, suspeitar de uma relação de continuidade entre as decisões político criminais do legislador da Reforma Penal de 1984 e a produção legislativa das décadas seguintes.

As observações formuladas até aqui permitem, além disso, formular hipótese segundo a qual poderia se identificar uma orientação constante, um elemento comum às decisões do legislador da Reforma de 1984 e das décadas posteriores e as respectivas práticas judiciais subsequentes, decorrente de uma concepção ideológica subjacente que se mantêm ao longo das décadas, cuja adoção teria contribuído para o aumento da população carcerária na década de 1980 e seguintes.

Assim, mostra-se imprescindível a análise da produção legislativa das décadas de 1990 e 2000, para a investigação da hipótese acima elaborada.

A análise aqui proposta não deverá esgotar toda a legislação, concentrando-se antes, naquelas cujo objeto tem estreita relação com a composição da população carcerária.

Assim, serão analisadas as leis que foram introduzidas visando à ampliação do âmbito de aplicação das alternativas penais, notadamente a Lei 9.099/95 e a Lei 9.714/98.

Será analisada também a política criminal de drogas, com especial atenção para a Lei 11.343/06 e para os efeitos da Lei 8.072/90 sobre a aplicação da Lei 6.368/76. Considerando a relação entre a Lei dos Crimes Hediondos e a antiga Lei de Tóxicos, justifica-se sua inclusão como objeto desta seção, embora seja anterior à Reforma de 1984.

Não se pretende, porém, estudo aprofundado, detalhado e integral de todos os aspectos das legislações mencionadas, tarefa desenvolvida alhures por autores de maior talento e que desbordaria do escopo do presente trabalho.

Partindo-se do pressuposto de que a contribuição das opções político criminais do legislador para o crescimento da população carcerária foi exercida predominantemente por meio das normas de determinação da pena, a abordagem será limitada à investigações relacionadas a esse tema.

Configura-se, dessa forma, como objeto da presente etapa, a análise dos dispositivos nos quais o legislador buscou estabelecer normas que influenciam a determinação e individualização da pena no caso concreto.

Busca-se, além disso, investigar a relação entre esses dispositivos e normas e o crescimento da população carcerária nos períodos subsequentes à sua entrada em vigor.

Na primeira subseção serão analisadas as leis produzidas para ampliar as penas e medidas alternativas, abordando-se, no tópico seguinte, a política criminal de drogas.

7.5.1 O crescimento da população carcerária e as penas alternativas

7.5.1.1 Penas Alternativas: Breve Histórico

As penas alternativas⁹⁸⁰ foram implementadas no Brasil em três diferentes gerações, como demonstraram SOUZA e JAPIASSÚ, todas voltadas para reduzir o uso da pena de prisão e, dessa forma, contribuir para a redução da taxa de encarceramento.⁹⁸¹

Assim, adotou-se, na primeira geração, introduzida pela Reforma de 1984, a sistemática da substituição da privação da liberdade na sentença condenatória (art. 44 c/c 59 do CP) ou no curso da execução penal (art. 180 da LEP).

Nesse contexto, previa-se a possibilidade de substituição da pena de prisão inferior a um ano, ou em qualquer quantidade se o crime fosse culposos, pelas

⁹⁸⁰ Embora o legislador tenha utilizado o termo penas restritivas de direito, nem todas tem a finalidade de restringir exercício de direito individual, como, por exemplo, a perda de bens e valores. GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume Único. Rio de Janeiro: São Paulo: Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 11690. Também criticando a expressão utilizada pelo legislador, BITENCOURT observou que, de todas as modalidades previstas no Código, somente uma se refere especificamente à restrição de direitos, sendo as outras pecuniárias ou restritivas de liberdade. BITENCOURT, Cezar Roberto. Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9, 714/98. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle. p. 1886. Sobre as diversas acepções do termo penas alternativas, ver AZEVEDO, Mônica Louise. Penas Alternativas à Prisão. Curitiba: Juruá, 2010. p. 155-159.

⁹⁸¹ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 364

penas restritivas de direito, desde que preenchidos os requisitos subjetivos (art. 44).⁹⁸²

Na década de 1990, foi introduzida uma segunda geração, admitindo-se a aplicação direta da pena restritiva, independentemente da instauração do processo penal, aplicando-se o instituto da transação penal para a infrações de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais).⁹⁸³

Enquadravam-se na categoria os crimes a que a lei cominasse pena máxima não superior a um ano, desde que inexistente previsão de procedimento especial (art. 61).⁹⁸⁴

Finalmente, uma terceira geração introduziu a previsão de penas alternativas nos preceitos secundários dos tipos penais.

O Código de Trânsito Brasileiro previu, por exemplo, a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, ao lado da pena de detenção, para certos delitos.⁹⁸⁵

⁹⁸² Artigo 44 do Código Penal. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Parágrafo único. Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente.

⁹⁸⁴ Artigo 61 da Lei 9.099/95: Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

⁹⁸⁵ Segundo BITENCOURT, as penas restritivas de direitos previstas no Código de Trânsito Brasileiro não teriam natureza alternativa nem substitutivas, sendo

Já o art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) foi além da previsão conjunta e cominou exclusivamente penas restritivas de direitos, em três modalidades, para a posse para uso pessoal de drogas.⁹⁸⁶

Além da introdução das penas alternativas de segunda e terceira geração, implementou-se, ainda, uma ampliação da aplicação das penas restritivas de direito, com a Lei 9.714/98, possibilitando a substituição das penas privativas de liberdades não superiores a quatro anos, desde que o crime não fosse praticado com violência contra a pessoa ou, qualquer que fosse a pena aplicada, se o crime fosse culposo.⁹⁸⁷

Também ocorreu ampliação em relação às infrações de menor potencial ofensivo, para abranger aquelas as quais a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa, nos termos da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis de Criminais da Justiça Federal.⁹⁸⁸

adotadas como sanções principais. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9, 714/98*. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle. Posição 1809

⁹⁸⁶ Artigo 28 da Lei. 11.343/06: (...) I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 364

⁹⁸⁷ Artigo 44 do Código Penal. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998); I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998); II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998); III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998).

⁹⁸⁸ Artigo 2º da Lei 10.259/01. (...)Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine

7.5.1.2 A Lei 9.714/98 e a determinação da pena

A ampliação do âmbito de aplicação das penas alternativas para as penas fixadas em até quatro anos buscava, “repensar as formas de punição do cidadão infrator...”, uma vez que, como foi afirmado na exposição de motivos do Ministro Nelson Jobim, “a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir.”⁹⁸⁹

O objetivo das alterações consistiria, nessa perspectiva, em reservar a prisão para “os agentes de crimes mais graves, cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social.”⁹⁹⁰

Dessa forma, as condutas criminosas, mesmo de pequena gravidade, não ficariam impunes, atendendo-se às exigências de prevenção geral e especial.⁹⁹¹

A ênfase na prevenção especial foi especialmente ressaltada na Mensagem de veto 1.447 de 1998, na qual excluiu-se do projeto de lei o recolhimento domiciliar e a possibilidade de substituição da pena por advertência ou compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento durante o tempo da pena aplicada.

Após breve introdução com referências à finalidade de reinserção social das penas restritivas de direito, a mensagem justificou o veto pela ausência “mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa.”

Também à admoestação verbal faltaria, considerada sua “singularidade”, o “indispensável substrato coercitivo” para operar como sanção alternativa.⁹⁹²

pena máxima não superior a dois anos, ou multa. Posteriormente, a Lei 11.313/2006 alterou o art. 61 da Lei 9.099/95, para incorporar a ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo trazido pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminal da Justiça Federal.

⁹⁸⁹ Exposição de Motivos da Lei 9.714/98, número 3.

⁹⁹⁰ Exposição de Motivos da Lei 9.714/98, número 4

⁹⁹¹ Exposição de Motivos da Lei 9.714/98, número 4

Assim, foram acrescentadas, ao Código Penal, quatro novas modalidades de penas restritivas: prestação pecuniária em favor da vítima,⁹⁹³ perda de bens e valores,⁹⁹⁴ prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas,⁹⁹⁵ interdição temporária de direitos⁹⁹⁶ e limitação de fim de semana.⁹⁹⁷

⁹⁹²PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem n. 1.4447 de 1998.

⁹⁹³Artigo 45 do Código Penal: § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

⁹⁹⁴ Artigo 45 do Código Penal: § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

⁹⁹⁵ Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. § 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

⁹⁹⁶ Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III - suspensão de

As mudanças introduzidas pela Lei 9.714/98 expandiram a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos para “a grande maioria dos delitos, não somente no Código Penal, mas, igualmente, da legislação especial.”⁹⁹⁸

Destaca-se, ainda, a possibilidade de aplicação isolada da pena de multa substitutiva para a pena igual ou inferior a um ano, prevendo-se, também, a pena de multa cumulada com outra pena alternativa se a pena privativa de liberdade imposta ao condenado for superior a um ano, mas não exceder a quatro.⁹⁹⁹

A ampliação das hipóteses de substituição teria acarretado, segundo CARVALHO, a inaplicabilidade do sursis e a restrição da aplicação do regime aberto à última etapa do sistema progressivo de execução.

Não tendo a Lei 9.714/98 revogado expressamente os dispositivos que disciplinavam a suspensão condicional da pena e fixação do regime aberto, produziu-se um “sistema normativo esquizofrênico.”, que resultou na inaplicabilidade ou revogação tácita do sursis e do regime aberto.

O sistema de penas gerado pelas alterações da nova legislação configurou-se de forma a se reservar a multa para a pena fixada em até seis meses, multa ou restrição de direitos para pena entre seis meses e um ano, multa e restrição de direitos ou duas restrições de direitos para penas entre um a quatro anos, regime

autorização ou de habilitação para dirigir veículo. IV - proibição de frequentar determinados lugares. V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

⁹⁹⁷ Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

⁹⁹⁸ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 366.

⁹⁹⁹ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 366.

semiaberto para penas entre quatro e oito anos e regime fechado para penas acima de oito anos ou crimes hediondos.¹⁰⁰⁰

Embora a Lei 9.714/98 tenha ampliado o âmbito de aplicação das alternativas penais, foi mantido o modelo da Reforma Penal de 1984, permanecendo a vinculação da substituição às circunstâncias judiciais (exceto as consequências do crime e comportamento da vítima) do artigo 59 do Código Penal. (art. 44, inciso III).¹⁰⁰¹

Como observou CARVALHO, tratar-se-ia de um “reforço na ideia de as circunstâncias de análise da pena-base constituírem um índice geral de culpabilidade que orienta todas as fases de aplicação da pena”¹⁰⁰², estabelecendo-se, como requisito uma “prognose de suficiência da substituição”¹⁰⁰³

Embora se possa identificar importantes posições críticas sobre o tema,¹⁰⁰⁴ a ênfase nos elementos subjetivos tem sido destacada de forma predominante pela doutrina.

¹⁰⁰⁰ Ressalva-se a aplicação de sursis para crimes cometidos com violência contra a pessoa, tendo em vista a vedação legal de substituição por penas restritivas de direito (art. 44). CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p.310.

¹⁰⁰¹ Artigo 44 do Código Penal: (...) III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

¹⁰⁰² CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p.481.

¹⁰⁰³ BINTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018. p.5825

¹⁰⁰⁴ Segundo CARVALHO, a valoração negativa das circunstâncias judiciais para majoração da pena-base e não substituição por pena restritiva de direitos importaria violação ao princípio ne bis in idem. Na visão do autor, “Do contrário, em decorrência da proliferação de efeitos negativos, a decisão incorreria em dupla valoração, procedimento vedado pela Constituição. CARVALHO, Salo. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação

A vinculação da substituição às circunstâncias judiciais implicaria, segundo BITENCOURT, a necessidade de uma análise mais rigorosa dos requisitos subjetivos, tendo em vista a ampliação da possibilidade de substituição para penas de até quatro anos.

Disse o autor

Na verdade, aqui, como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser, na expressão de Jescheck [20.], prudencial, e diante de sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados.¹⁰⁰⁵

Além disso, a ampliação do tempo de pena passível de substituição foi compensada pela vedação de aplicação em casos de crimes cometidos com violência.

De acordo com BITENCOURT, a possibilidade de substituição para penas de até quatro anos

(...) recomendou que também se ampliasse o elenco de requisitos necessários, isto é, das restrições. Passa-se a considerar, aqui, não só o desvalor do resultado, mas fundamentalmente o desvalor da ação, que, nos crimes violentos é, sem dúvida, muito maior e, em decorrência, seu autor não deve merecer o benefício da substituição.¹⁰⁰⁶

judicial. São Paulo: Saraiva, 2015. p.481. MARTINELLI e BEM propõem uma interpretação restritiva do dispositivo, afirmando que “a culpabilidade e as circunstâncias do crime são as únicas condições que deverão ser analisadas judicialmente para fins de substituição. Além disso, a nosso ver, para o agente alcançar o benefício será suficiente que qualquer das duas circunstâncias judiciais seja avaliada positivamente pelo juiz. MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. Lições fundamentais de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição Kindle. p. 21694

¹⁰⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9, 714/98. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle. p. 2121

¹⁰⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle. p. 2074. Concepção semelhante a de DELMANTO, ao afirmar que a suficiência da substituição tem que ser indicada pela culpabilidade (reprovabilidade),

Concepção semelhante à de DELMANTO, ao afirmar que a suficiência da substituição tem que ser indicada pela culpabilidade (reprovabilidade), antecedentes, conduta social e personalidade dos acusados, além dos motivos e circunstâncias do crime.

Acrescenta o autor, que, embora o art. 44 inciso III não tenha incluído entre os requisitos subjetivos as consequências do crime e o comportamento da vítima, estas circunstâncias devem ser analisadas mesmo assim, na apreciação da suficiência da substituição.¹⁰⁰⁷

Também ROGÉRIO GRECO apontou os requisitos subjetivos como “norte ao julgador para que determine a substituição somente nos casos em que se demonstrar ser ela a opção que atende tanto o condenado quanto a sociedade”, de forma que a pena restritiva de direitos não signifique “impunidade ou mesmo descaso com a proteção dos bens jurídicos.”¹⁰⁰⁸

Segundo NORONHA, a conversão somente seria possível se atendidas as necessidades preventivas da pena, ou seja, a função de intimidação e a prevenção especial. Assim, feita a análise das condições subjetivas só deve ser convertida a pena privativa de liberdade

(...) se recomendável diante dos princípios que nortearam a própria substituição, que são a ressocialização do condenado por meio de uma atividade fora dos muros prisionais. A lei fala em pena “suficiente, dando a

antecedentes, conduta social e personalidade dos acusados, além dos motivos e circunstâncias do crime. Acrescenta o autor, que, embora o art. 44 inciso III não tenha incluído entre os requisitos subjetivos as consequências do crime e o comportamento da vítima, estas últimas devem ser analisadas mesmo assim, na apreciação da suficiência da substituição. DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 114.

¹⁰⁰⁷ DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 114.

¹⁰⁰⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Niterói: Impetus, 2017. p.687

entender que o objetivo seria unicamente examinar se a reprimenda substitutiva alcançaria a finalidade intimidativa da pena.¹⁰⁰⁹

Os requisitos subjetivos, embora sejam os mesmos levados em conta na fixação da pena-base, deveriam ser ponderados de forma diversa, segundo AGUIAR, vez que se trata de uma juízo que “se projeta para o comportamento futuro”, devendo-se avaliar, nesta etapa, se o condenado voltará ou não a delinquir, cabendo ao juiz avaliar a suficiência da medida substitutiva.

Adverte o autor, porém, para a possibilidade de concessão da substituição mesmo que haja “uma ou outra indicação desfavorável, recomendando-se a apreciação das circunstâncias em seu conjunto.”¹⁰¹⁰

Introduziu-se, ainda, a possibilidade de substituição da pena do reincidente, desde que “socialmente recomendável” e “não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.” (art. 44 parag. 3º).

A substituição da pena do reincidente seria, assim, avaliada “em cada caso concreto”, cabendo ao juiz decidir se a reincidência constitui ou não motivo para negar a substituição.¹⁰¹¹

A vinculação entre os requisitos da substituição da pena privativa de liberdade e as circunstâncias judiciais previstas na norma de determinação da pena do art. 59 do Código Penal indicam que o modelo de penas alternativas adotado manteve o modelo introduzido pela Reforma Penal de 1984.

Assim, mesmo que o condenado tenha preenchido os requisitos objetivos previstos no art. 44 do Código Penal, a efetiva substituição fica reservada à margem de apreciação do juiz.

Incumbe ao julgador, portanto, ponderar os requisitos subjetivos, orientando sua decisão de acordo com as necessidades da finalidade de prevenção especial.

Também no que se refere à possibilidade de substituição para o reincidente em crime doloso, prevalece a discricionariedade judicial, na medida em que,

¹⁰⁰⁹ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2001. p.243

¹⁰¹⁰ AGUIAR Jr, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle. P. 439

¹⁰¹¹ Exposição de Motivos da Lei 9.714/98, número 17

também nesse caso, caberia ao juiz analisar se a medida seria “socialmente recomendável”.

Assim como na determinação da medida da pena, a margem de apreciação do juiz deve ser exercida, nesse caso, no que se refere aos requisitos subjetivos, podendo-se afirmar que, embora o legislador tenha fixado a faixa de pena com base em critérios de gravidade do crime, a avaliação judicial das características individuais do condenado serão determinantes para a efetiva aplicação das penas alternativas.

Como foi esclarecido na Exposição de Motivos, buscou-se reservar a pena privativa de liberdade “para os agentes de crimes mais graves e cuja periculosidade recomenda isolamento do seio social.”

Conclui-se que essa locução faz referência, não a uma única hipótese, mas a duas hipóteses distintas, a saber: uma relativa aos crimes graves (nos casos de condenação à pena superior a quatro anos), outra relativa aos agentes cuja periculosidade recomenda isolamento social.

Optou-se, assim, por vedar a substituição para os agentes de crimes graves e, igualmente, para os agentes de todos os outros crimes, em razão de sua periculosidade, a ser avaliada pelo juiz na apreciação dos requisitos subjetivos do art. 44 do Código Penal.

7.5.1.3 A Lei 9.099/95 e a determinação da pena

Como dito acima, a segunda geração de penas alternativas foi introduzida pela Lei 9.099/95, com a previsão de aplicação de pena, independente de processo judicial, por meio da transação penal, concretizando o comando constitucional do art. 98, inciso I.¹⁰¹²

¹⁰¹² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Trata-se de acordo entre o acusador, que deixa de propor a ação penal, e o imputado autor da infração de menor potencial ofensivo, que aceita o cumprimento imediato de uma pena alternativa, conforme explicitado na proposta do acusador.¹⁰¹³

O instituto foi introduzido, segundo a Exposição de Motivos da Lei 9.99/95, para possibilitar a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, de acordo com “tendências contemporâneas”. Além disso,

(...) a ideia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais.¹⁰¹⁴

Constituiria a transação, segundo PRADO, de instituto penal processual por meio do qual se acerta a responsabilidade penal do acusado e se aplica pena em razão de acordo entre as partes, dispensando-se a produção de provas.¹⁰¹⁵

Estabeleceu o legislador como pressupostos da possibilidade de transação a) que se trate de infração de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes cuja pena privativa de liberdade abstratamente cominada não seja superior a dois anos; b) que o autor da infração não tenha sido condenado, pela prática de crime, à pena de prisão por sentença definitiva; c) que o agente não tenha sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação da pena restrita de direito ou multa, nos termos da Lei 9.099/95; d) que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem a necessidade e suficiência da adoção da medida.

¹⁰¹³ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 458

¹⁰¹⁴ Exposição de Motivos da Lei 9.099/95.

¹⁰¹⁵ PRADO, Geraldo. A Transação Penal quinze anos depois. Disponível em <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Transa%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf>. Acesso em 21/10/2018

Nota-se que foram reproduzidas também nesse dispositivo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, exceto culpabilidade, consequências do crime e comportamento da vítima.

A exclusão da possibilidade de transação seria indicada, segundo CIRINO caso os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e circunstâncias do fato forneçam uma prognose desfavorável, ou seja, contraindiquem a necessidade e suficiência da medida.¹⁰¹⁶

Assim, poderia o Ministério Público deixar de oferecer a proposta de transação, ou o juiz deixar de homologar o acordo, não obstante o preenchimento dos demais requisitos, caso a “concessão da transação penal se demonstre inadequada, tendo em vista condições objetivas e subjetivas relacionadas com o agente ou com a dinâmica dos fatos.”¹⁰¹⁷

Embora a Lei 9.099/05 tenha excluído a culpabilidade, consequências do crime e comportamento da vítima como critérios de aferição da necessidade e suficiência da medida, manteve as demais circunstâncias, aderindo ao modelo do art. 59 no que se refere à preponderância dos critérios subjetivos de aferição do cabimento da substituição.

Além da transação penal, a Lei 9099/95 acrescentou ao rol de substitutivos penais a suspensão condicional do processo.

Trata-se, segundo SOUZA e JAPIASSÚ, de instituto destinado a evitar a imposição de penas curtas, nos moldes da suspensão condicional da pena, no qual o exercício da persecução penal não chega até a prolação da sentença condenatória, desde que o beneficiário submeta-se a determinadas condições.¹⁰¹⁸

Nessa perspectiva, concretiza-se um acordo judicial por meio do qual o acusado aceita determinadas condições estipuladas na proposta do Ministério

¹⁰¹⁶ CIRINO, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 643.

¹⁰¹⁷ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 461.

¹⁰¹⁸ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.466.

Público para que a ação penal fique paralisada até que, após o decurso do período de prova e devidamente cumpridas as condições, extingue-se a punibilidade.¹⁰¹⁹

Diversamente da transação penal, aplica-se a suspensão condicional do processo não só nas infrações de menor potencial ofensivo, mas a todas as infrações penais para as quais se comine pena mínima igual ou inferior a um ano (art. 89).¹⁰²⁰

Além da pena mínima igual ou inferior a um ano, exige-se que o acusado não esteja sendo processado e não tenha sido condenado por outro crime e que atenda aos requisitos do art. 77 do Código Penal.

A Lei 9.099/95 faz referência expressa aos requisitos da suspensão condicional da pena, remetendo o intérprete para o art. 77 do Código Penal, quais sejam, (a) não reincidência em crime doloso e (b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Assim, identifica-se, também nesse caso, a vinculação do instituto às circunstâncias judiciais subjetivas do art. 59 do Código Penal (salvo consequências do crime e comportamento da vítima), reforçando-se a ênfase nos critérios subjetivos de determinação da pena.

7.5.1.4 Penas e medidas alternativas e o crescimento da população carcerária

A ampliação do âmbito de aplicação das penas alternativas, embora tenha provocado um aumento no número de indivíduo submetidos a penas restritivas de

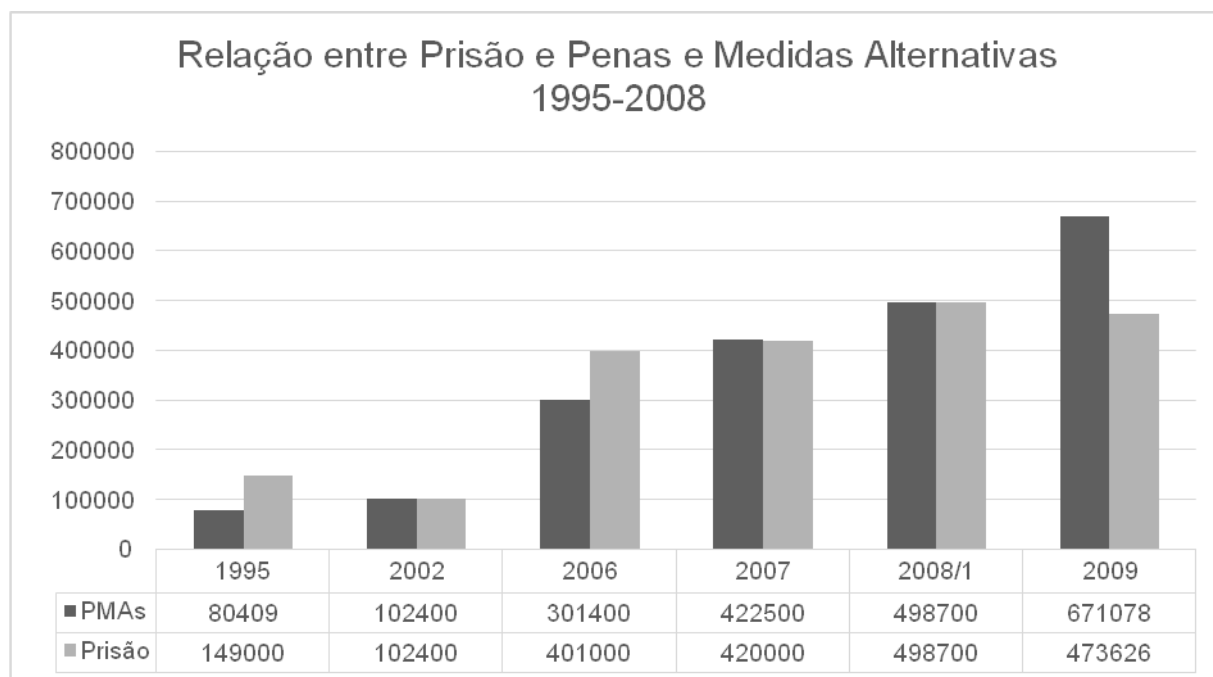
¹⁰¹⁹ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 466

¹⁰²⁰ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

direitos, não implicou, como observou JAPIASSÚ, uma reversão da tendência de crescimento da taxa de encarceramento. Nas palavras do autor

Desde então, houve uma mudança estatística importante no sistema penal brasileiro: o número de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas ultrapassou o número de pessoas presas. Em 2009, havia, no Brasil, 671.078 pessoas submetidas a penas ou medidas alternativas em 2009, quase 200.000 a mais que presos, incluindo condenados ou presos cautelares. Nesse sentido, as penas alternativas não foram capazes de reduzir contingentes carcerários e nem sequer reduzir o ritmo de crescimento da população carcerária. Como dito acima, parece, portanto, que, ao invés de haver desencarceramento de indivíduos com a adoção de penas alternativas, estaria ocorrendo no Brasil, uma ampliação do controle penal. Ou seja, indivíduos que, no passado, talvez não fossem submetidos a nenhuma sanção ou mesmo restrição penal, passaram a ter impostas medidas alternativas à prisão, enquanto que o encarceramento segue em altíssimas taxas.¹⁰²¹

A ausência de efetividade das alternativas penais pode ser demonstrada, pela comparação, em série histórica, entre o número de pessoas presas e o de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas, como se vê no gráfico abaixo:



Fonte: CARVALHO, Salo. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo. p.55. SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos:

¹⁰²¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB Ano 1 Vol 1 N° 1 Junho 2013.

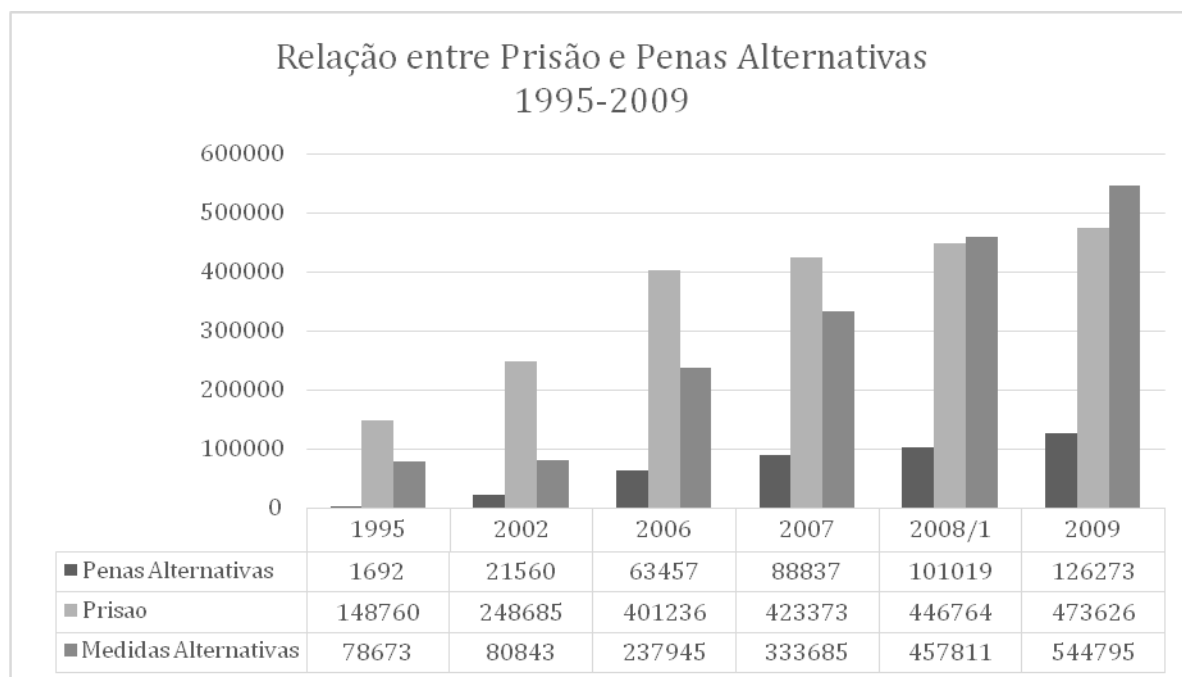
uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. Contemporânea. V. 5.n.1.p. 69-92. Jan.-jun.2015.

Constata-se, entre 1995 e 2009, um aumento do número de pessoas presas (condenadas e provisoriamente) e, simultaneamente, o aumento do número de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas,

Mais que isso, verifica-se que, em 2009, o número de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas ultrapassou com evidente vantagem o número de pessoas presas

Nota-se, além disso, que as penas alternativas representam pequena porção do universo de penas e medidas, como demonstram o gráfico e a tabela abaixo:¹⁰²²

¹⁰²²É preciso levar em conta que o cômputo da execução de penas privativas de liberdade e penas restritivas e direito é efetuado de forma diversa. O número de pessoas presas é obtido por meio da contagem do efetivo prisional em determinado dia do ano. O número de penas e medidas alternativas, por sua vez, é contabilizado a partir do início da execução, de forma que o resultado retrata, não o número de pessoas submetidas a penas ou medidas alternativas em um determinado dia do ano, mas sim o número de penas ou medidas cujo cumprimento tenha se iniciado naquele ano. A ressalva é expressa no próprio relatório do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: “(...) o procedimento de consolidação das informações da pena privativa de liberdade e das sanções alternativas não permitiria comparação entre essas duas modalidades de pena, pois os parâmetros utilizados para cada uma delas é diferente (no caso da prisão, o dado refere-se às penas em execução e, no caso das sanções alternativas, às penas cujo cumprimento fora iniciado.). Entretanto, afirma-se que, de forma científica, é possível dizer que os dados hoje disponíveis sinalizam que as sanções de natureza não privativa de liberdade já superaram as de prisão. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Brasília, 2010.



Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Brasília, 2010.

Pode-se perceber, além disso, que a aplicação das penas alternativas apresentou um aumento inicial em números relativos, entre 1995 e 2002, ao qual sucedeu-se um longo período de estagnação, seguida de leve redução entre 2002 e 2009, como demonstra a tabela abaixo.

	Penas Alternativas	Total de Penas e medidas Alternativas	Porcentagem
1995	1692	80364	2.1
2002	21560	102403	21.1
2006	63457	301402	21.1
2007	88837	422522	21.0
2008	101019	558830	18.1
2009	126273	671078	18.8

Fonte: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Brasília, 2010.

Diante desse quadro, afirmou AZEVEDO que a introdução das penas alternativas no sistema penal brasileiro teria produzido o efeito de ampliação da malha penal, trazendo mais infratores para a justiça criminal, em vez de substituir a pena de prisão.

Acrescenta o autor que “(...) as alternativas penais se direcionariam principalmente a infratores que praticaram atos de pequena gravidade, em vez de àqueles que possuíam um risco real de receber sentenças de prisão...”¹⁰²³

7.5.1.5 Penas alternativas e práticas judiciárias

A implementação das penas e medidas alternativas foi objeto de pesquisas qualitativas e quantitativas, nas quais foram apurados dados relativos à efetiva aplicação dos institutos e seus efeitos sobre o encarceramento.¹⁰²⁴

¹⁰²³AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. Contemporânea. V. 5.n.1.p. 69-92. Jan.- jun.2015. No mesmo sentido, CARVALHO, afirmando que a “ (...) a comprovabilidade empírica da hipótese traçada pela criminologia crítica em relação aos substitutivos penais demanda importantes questionamentos e novas reflexões, no que diz respeito às estratégias político-criminais. A principal, logicamente, diz respeito à ineficácia dos substitutivos penais como mecanismos alternativos e de ruptura com a lógica carcerária...”. CARVALHO, Salo de. O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 55. Segundo NILO BATISTA, a criação dos Juizados Especiais Criminais “(...) ressuscitou uma fauna delituosa meio em extinção, aquelas contravenções e aqueles pequenos crimes para os quais já não se dava importância, à míngua de burocracia; as malhas da rede diminuíram.”. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 487

¹⁰²⁴MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Brasília, 2010. ILANUD BRASIL. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Brasília, 2006. ESMPU/UNB/MPDFT/ Relatório de Conclusão da Pesquisa “A Eficácia Concreta das Medidas Alternativas.” Brasília, 2008. ALVES, Gabriela Tavares et al. A Execução Penal das Penas Alternativas em Aracaju/SE. Cadernos de Graduação. Ciências Humanas e Sociais. Aracaju v. 1 n. 17. p. 85-98. Outubro

Embora não seja necessário para o desenvolvimento do tema uma exposição pormenorizada dos relatórios elaborados a partir dos dados coletados nessas pesquisas, devem ser destacadas algumas informações relevantes que podem contribuir para a explicação do fenômeno abordado.

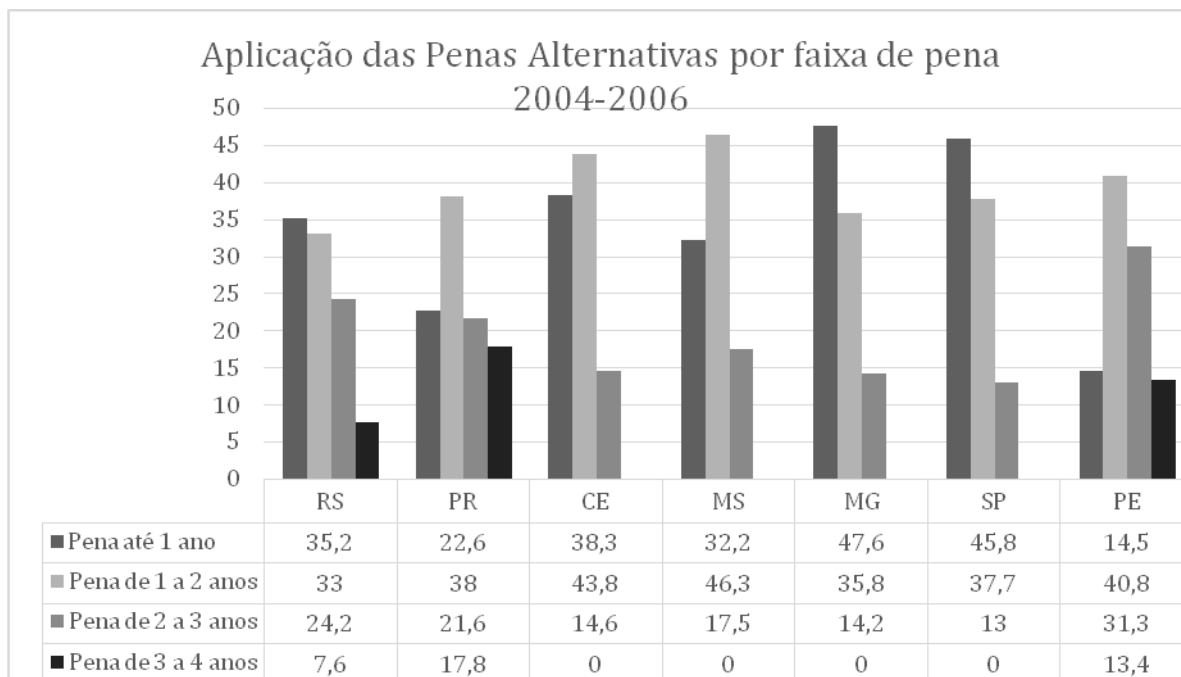
Assim, em levantamento do ILANUD, realizado entre 2004 e 2006, tendo por objeto a aplicação das penas alternativas em Porto Alegre, Curitiba, Fortaleza, Recife, Belo Horizonte, Campo Grande e São Paulo, Distrito Federal e Belém, foram identificadas as hipóteses mais frequentes de aplicação das penas alternativas em seis das nove capitais pesquisadas.¹⁰²⁵

De acordo com o levantamento, nota-se que a maior parte das hipóteses de aplicação enquadra-se nas faixas de pena menor de um ano e entre um e dois anos, podendo-se observar uma tendência semelhante em todas as capitais estudadas, ressalvadas pequenas divergências, como demonstra o gráfico abaixo.¹⁰²⁶

2013.IPEA. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015.

¹⁰²⁵ ILANUD BRASIL. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Brasília, 2006

¹⁰²⁶ Os dados relativos ao Distrito Federal e Belém não foram disponibilizados, uma vez que a estruturação deficiente dos órgãos judiciais teria inviabilizado a coleta dos dados.



Fonte: ILANUD BRASIL. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Brasília, 2006.

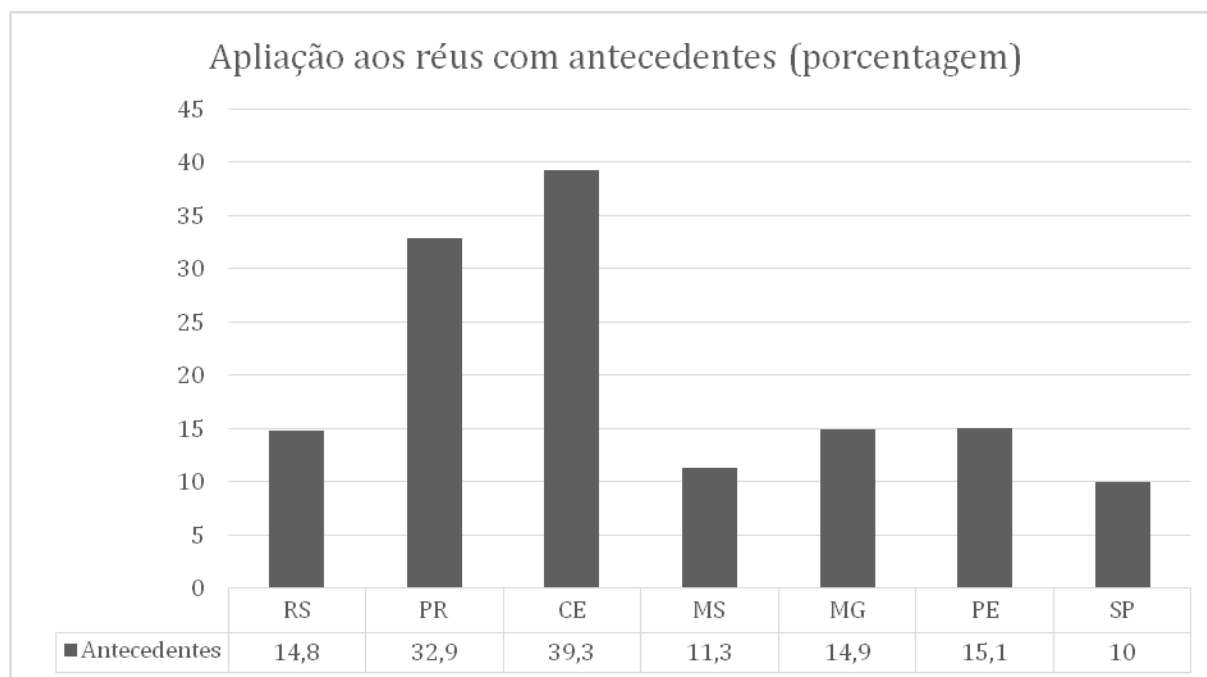
Nota-se que a substituição das penas fixadas entre dois e três anos restringe-se a um pequeno percentual do total de penas alternativas aplicadas, concentrando-se a maior parte dos casos nas faixas de pena inferiores a um ano e fixadas entre um e dois anos.

Quanto aos crimes, também podem ser identificadas tendências comuns, aplicando-se as penas alternativas majoritariamente para crimes patrimoniais praticados sem violência, especialmente o furto, (com exceção do Paraná, onde verificou-se a aplicação para o crime de roubo), e, em segundo lugar, para o crime de porte de arma.¹⁰²⁷

Quanto ao perfil dos condenados, nota-se uma tendência de se direcionar a aplicação as penas alternativas aos condenados sem antecedentes, embora não

¹⁰²⁷ A aplicação das penas alternativas aos crimes de roubo em Curitiba deve-se não à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, mas à imposição de pena de prisão em regime aberto acrescentando-se penas restritivas de direito como condição, independente de previsão legal. ILANUD BRASIL. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Brasília, 2006.

haja vedação legal expressa, excetuando-se o Paraná e o Ceará, onde o índice de casos de substituição ultrapassou a marca de 30 por cento, como se vê no gráfico abaixo:



Fonte: ILANUD BRASIL. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Brasília, 2006.

As práticas judiciárias direcionaram a implementação das alternativas, portanto, para as hipóteses nas quais seria cabível o sursis, reduzindo-se, assim, o potencial efeito desencarcerador do instituto, mesmo após a ampliação do âmbito de aplicação pela Lei 9.714/98, com o aumento para quatro anos do “quantum” de pena passível de substituição.

Segundo o relatório, a aplicação restrita das penas alternativas estaria associada à vedação de aplicação aos delitos praticados com violência, o que inviabilizaria a substituição no caso do roubo.¹⁰²⁸

Destaca-se, ainda, a reduzida aplicação das penas alternativas para os crimes das leis de drogas, embora já houvesse, na época, decisão do STF no sentido do cabimento da substituição.¹⁰²⁹

¹⁰²⁸ ILANUD BRASIL. Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa. Brasília, 2006.p. 255.

Embora a pesquisa não tenha abordado a fundamentação nos casos de não aplicação, a reduzida porcentagem de substituição no caso dos condenados com antecedentes autoriza uma interpretação no sentido de que esse fator pode ter contribuído para uma restrição na aplicação das penas alternativas, tendo em vista a redação do artigo 44 do Código Penal.

A referência expressa às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias) como critérios de conveniência da substituição pode ter possibilitado a restrição da aplicação do instituto com fundamento em elementos ligados ao indivíduo.

A utilização das circunstâncias judiciais não foi, entretanto, objeto de indagação da pesquisa.

Em pesquisa mais recente, realizada pelo IPEA, avaliou-se a aplicação das penas e medidas alternativas em nove unidades da federação, quais sejam: Alagoas, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo.¹⁰³⁰

Foram examinados processos distribuídos entre varas criminais e juizados especiais, com baixa definitiva em 2011, optando-se, inicialmente, por uma abordagem quantitativa e, em seguida, por uma análise qualitativa destinada à avaliação do funcionamento rotineiro do sistema de justiça.¹⁰³¹

No que se refere aos tipos de sentença, constatou-se que, em um universo de 2.365 sentenças prolatadas por juízes de varas criminais, 46,8 por cento dos réus foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto que apenas 12,2

¹⁰²⁹ Em 27/09/2005, a 1ª Turma do STF reconheceu a possibilidade de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos nas condenações por tráfico de entorpecentes, no HC 84.928-8 MG.

¹⁰³⁰ SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. IPEA. Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015.

¹⁰³¹ SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. IPEA. Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. p. 7

por cento foram condenados a penas alternativas e 6,0 por cento foi submetido ao cumprimento de medida restritiva.¹⁰³²

Já no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, foi realizada a composição civil em 8,4 por cento dos casos, oferecida a transação pena em 25,5 por cento e aplicada a suspensão condicional do processo em 7,2 por cento dos processos distribuídos.

Registrou-se, ainda, que foi oferecida a denúncia em 21,4 por cento e proferida sentença condenatória em 7,8 por cento dos casos, destacando-se uma porção considerável de processos que foram extintos sem decisão de mérito (31 por cento), ou porque houve prescrição (9,0 por cento), ou, ainda, por que as vítimas não representaram contra os acusados (15,3 por cento).

No que se refere aos aspectos qualitativos, identificou-se que a aplicação das penas alternativas tem sido condicionada pelas práticas judiciais, as quais implementam a legislação de forma mais ou menos restritiva conforme seu entendimento, nos limites da discricionariedade fornecida pela própria lei.

Foi observada, ainda, uma tendência de se restringir a aplicação das penas alternativas com base nos requisitos subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, destacando-se a fala de um dos juízes entrevistados durante a pesquisa:

(...) mas porque muitos magistrados não aplicam a substituição? Você tem um lapso temporal, fixei uma pena abaixo de 4 anos, ele é primário, o crime não praticado com grave violência ou ameaça a pessoa, mas mesmo assim não se aplica. Então a gente prefere ir ao fechado. Porque tem uma série de requisitos subjetivos que eu vou analisar. Eu coloco exatamente isso na sentença. Você vendo a minha sentença, eu coloco que não substituo a PPL para PRL no tráfico, dando 1 ano e oito meses. Eu tenho toda uma explicação (...) não obstante a resolução n.º 5, não obstante decisão do Supremo, neste caso, isso, isso (...) eu fundamento. Então, porque eu vou pelos outros critérios, subjetividade, que me permitem, então, aquela norma, aqueles conceitos indefinidos, conceitos vagos de minha “certidão” me permitem interpretar e fundamentar. Eu tenho uma decisão fundamentada nesse sentido (Juiz, capital).¹⁰³³

¹⁰³² SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. IPEA. Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. p.37

¹⁰³³ SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. IPEA. Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. P. 63

Assim, concluíram os pesquisadores que, apesar de alguns juízes afirmarem que deveria ser estendido o seu campo de aplicação, constata-se uma tendência de resistência de alguns magistrados, em razão da associação entre penas alternativas e impunidade, além da utilização dos requisitos subjetivos como fundamento da decisão de não substituição.¹⁰³⁴

7.5.1.6 Penas Alternativas e tráfico privilegiado

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de tráfico de drogas privilegiado por objeto de estudo específico, realizado pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP, propondo-se uma abordagem qualitativa, a partir das decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo.¹⁰³⁵

O problema da pesquisa parte das alterações introduzidas Lei 11.343/06 na disciplina do crime de tráfico de drogas.

Como se sabe, a nova lei elevou a pena mínima para o tráfico de três para cinco anos, prevendo, além disso, a possibilidade de redução de um sexto a dois terços, no caso do réu primário, de bons antecedentes que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (art. 33 parag. 4º).¹⁰³⁶

¹⁰³⁴ SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DA PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. IPEA. Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015. P. 67

¹⁰³⁵ MACHADO, Maíra Rocha et al. Penas Alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 8 n. 1. Abr. 2008. p. 605-629.

¹⁰³⁶ Artigo 33 da Lei 11.343/06 (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, [vedada a conversão em penas restritivas de direitos](#), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A hipótese passou a ser conhecida como tráfico privilegiado ou pequeno traficante, admitindo-se a redução da pena para um montante que poderia variar de um ano e oito meses a quatro anos e dois meses (no caso das reduções máxima e mínima respectivamente).

Embora tenha possibilitado a redução da pena, a lei vedou, no mesmo dispositivo, a substituição por pena restritiva de direitos, mesmo sendo cabível, em tese, a aplicação do art. 44 do Código Penal (salvo se a redução fosse aplicada no mínimo legal) tendo em vista tratar-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

A proibição da substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos no tráfico privilegiado foi declarada inconstitucional incidentalmente pelo STF no HC 97.256/RS, tendo o Senado Federal emitido a Resolução n. 5 em 15/02/2012, suspendendo os efeitos da expressão “vedada a conversão em restritiva de direitos” do art. 33 parag. 4º.

Constatou-se, todavia, que os tribunais¹⁰³⁷ seguiram deixando de substituir as penas de prisão pelas penas alternativas nos casos de tráfico privilegiado. O estudo em questão destinou-se justamente à investigação dos fundamentos das decisões de não substituição.

Nessa perspectiva, foram analisados 266 acórdãos proferidos no âmbito das câmaras criminais do TJSP, os quais foram escolhidos dentre as decisões produzidas em quatro períodos distintos, a saber: i) período anterior à decisão do STF(43 acórdãos); (ii) período posterior a essa decisão, mas anterior à Resolução do Senado (86 acórdãos); (iii) período posterior à Resolução(56 acórdãos), iv) período posterior à decisões do STF que afasta o caráter hediondo do tráfico privilegiado (HC 118.533/MS) (81 acórdãos).

Dentre as decisões analisadas, a pena de reclusão foi substituída por restritiva de direitos em 65 casos, concluindo-se, portanto, que preponderaram na pesquisa os casos de não substituição.

Dentre esses casos de não substituição, foram identificados 20 nos quais vedou-se a substituição em razão da periculosidade, temibilidade ou alta

¹⁰³⁷ Embora a pesquisa tenha se limitado ao Tribunal de Justiça de São Paulo, os autores realizaram breve levantamento em outros tribunais, encontrando exemplos de argumentos semelhantes aos argumentos utilizados em São Paulo.

reprovabilidade da pessoa, sendo que 3 decisões foram proferidas após a decisão de inconstitucionalidade pelo STF e 16 foram proferidos após a Resolução do senado.¹⁰³⁸

Além disso, em 14 decisões foram fundamentadas nos requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo que 6 delas fazem referência ao inciso III (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.)

Destacam-se, ainda, decisões nas quais se argumentou com a insuficiência ou inadequação das penas alternativas, tendo em vista não atendimento das necessidades retributivas e preventivas da pena. Foi observado pelos pesquisadores que

(...) a partir de 2010, os argumentos utilizados pelo TJSP permitem observar que as penas alternativas são vistas como “insuficientes”, incompatíveis com a “reprovação e prevenção” do tráfico, destinadas a crimes de menor potencial ofensivo, reservada a agentes de baixa periculosidade e propiciadoras de “sensação de impunidade” e incentivos à “reiteração criminosa”.⁵⁸ Em sentido contrário, quando se trata de fortalecer a necessidade do envio à prisão, o argumento mais frequente refere-se à adequação do regime fechado diante da “gravidade dos fatos”.

Como se vê, a pesquisa aponta que a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos tem sido frequentemente restringida em razão da vinculação entre o cabimento da substituição e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Também as finalidades da pena previstas expressamente no mesmo dispositivos, embora não tenham sido referidas pelo art. 44, acabam por influenciar as decisões estudadas, servindo de fundamento à não substituição.

Como observaram os autores, os argumentos ligados a uma ou mais teorias da pena (retribuição, dissuasão, neutralização e reabilitação) foram frequentemente

¹⁰³⁸ A pesquisa indentificou uma grande diversidade de argumentos para a não substituição da pena de reclusão pela pena restritiva de direitos. Não serão todas abordadas nesse trabalho, limitando-se o texto a fazer menção àqueles argumentos que dizem respeito ao tema tratado. Para conhecer os demais argumentos: MACHADO, Máira Rocha et al. Penas Alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 8 n. 1. Abr. 2008. p. 605-629.

utilizados como fundamento da não substituição, mas apenas pontualmente nos casos de concessão da substituição.

A título exemplificativo, foram transcritos os seguintes trechos de acórdãos:

“Daí que aquele que infringe as normas penais, dá um passo transgressor, contrário e desrespeitoso ao seio social em que convive, momento em que sujeita-se, de forma consciente, à atuação do Estado, que deve ser, também, retributiva.” (TJSP; Apelação 0080632-43.2012.8.26.0050; Relator (a): Luis Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/09/2013; Data de Registro: 07/10/2013). “Assim, atentando-se à gravidade do crime e à periculosidade do agente, que portava grande quantidade de droga, a evidenciar que faz do crime meio de vida, percebe-se que a fixação de regime diverso do fechado mostra-se insuficiente para sua reeducação, bem como repressão do delito.” (Desembargador relator William Campos, Apelação n.º 0105257-78.2011.8.26.0050). E ainda, “Não é conveniente que os réus permaneçam no seio social, ainda que em regime aberto, muito menos sob penas restritivas de direitos, especialmente porque permaneceriam na região em que habitam, retornando aos seus hábitos e contatos perniciosos”. (Apelação 0050505-28.2011.8.26.0222; Relator (a): Augusto de Siqueira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guariba - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 12/09/2013; Data de Registro: 21/09/2013).

É preciso ressaltar que, como observaram MACHADO et al., os acórdãos analisados não fizeram, em sua maioria, alusão a qualquer característica ou peculiaridade do caso concreto, limitando-se a utilizar formulações genéricas sobre o crime de tráfico considerado em abstrato.

Assim, diversas formulações descreveram o traficante associando-o à periculosidade, para negar a possibilidade de terem boa conduta social e personalidade, vez tratar-se de “indivíduos sem escrúpulos” *Apelação 0002628-32.2012.8.26.0457) ou “destruidor da sociedade” (Apelação 0018541-09.2011.8.26.0451).

Merecem destaque também 38 acórdãos nos quais não foi aplicada a substituição em razão da ausência dos requisitos objetivos previstos no art. 44 do Código penal.

É de se notar que todos esses acórdãos integram as amostras referentes aos períodos posteriores à declaração de inconstitucionalidade da vedação de substituição e respectiva resolução senatorial.

O surgimento desse argumento somente depois da virada jurisprudencial constituiria evidência, de que os magistrados passaram a aplicar a redução prevista no art. 33 parag. 4º no seu mínimo, ou a não aplicar, de forma a se evitar a substituição.

7.5.1.7 Considerações finais

Os levantamentos e pesquisas acima mencionados foram elaborados isoladamente, tomando como objeto universos distintos, a partir de perspectivas diferentes e metodologias diversificadas.

Apesar desse caráter fragmentado, dos dados obtidos nessas pesquisas podem contribuir para uma interpretação das práticas judiciais e persecutórias no que diz respeito à aplicação das penas alternativas.

Os estudos quantitativos realizados em nível nacional indicaram que se ampliou efetivamente a aplicação de penas e medidas alternativas, sem que tenha-se reduzido a imposição da pena de prisão no mesmo período.

Constatou-se, ainda, que as penas alternativas são aplicadas majoritariamente aos condenados às penas inferiores a um ano e de um a dois anos, sendo restrita a aplicação nos casos em que as penas são fixadas entre três e quatro anos.

A restrição da substituição da pena nas faixas superiores pode ser interpretada como uma consequência dos índices de ocorrência dos delitos cujas penas variam entre dois e quatro anos, ou seja, pode-se argumentar que o número de casos envolvendo delitos aos quais se comina penas entre três e quatro anos é proporcionalmente menor e, por isso, os casos de substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos em casos desses delitos resultaria restrita.

A restrição da substituição nas faixas maiores de penas também poderia ser interpretada como um efeito da vedação de substituição nos casos de crimes praticados com violência contra a pessoa, o que excluiria aplicação no caso do roubo, por exemplo.

Pode-se formular, ainda, a hipótese segundo a qual os juízes deixam de substituir a pena de prisão pelas penas alternativas em determinados casos, mesmo que estejam presentes os requisitos objetivos, com fundamento na apreciação negativa dos requisitos subjetivos exigidos pelo legislador nos casos concretos.

Nenhum dos levantamentos quantitativos forneceu elementos suficientes para embasar qualquer das três hipóteses elaboradas acima.

Entretanto, a terceira hipótese é reforçada pela pesquisa qualitativa relativa à substituição da pena de reclusão pelas penas restritivas de direito nos casos de tráfico privilegiado no âmbito do TJSP.

Apesar de não se tratar de pesquisa em nível nacional, a pesquisa ocupou-se de decisões produzidas no âmbito do TJSP, tomando como objeto, portanto, o Estado com maior população carcerária do país, sendo inegável a influência desse contingente sobre os índices nacionais.

Além disso, a hipótese de trabalho tratou da substituição da pena de reclusão pela pena restritiva de direitos nos casos de tráfico privilegiado, optando pela investigação de casos que influenciam diretamente os contingentes carcerários, na medida em que os condenados por tráfico constituem fração importante na composição da população carcerária.

Diga-se, ainda, que, ao evidenciar a frequência da utilização das circunstâncias judiciais subjetivas como fundamento das decisões de não substituição da pena de prisão pela pena restritiva de direitos, em casos nos quais foram atendidos os requisitos objetivos, a pesquisa aponta uma tendência que encontra respaldo em vasta produção doutrinária, sendo certo que, embora localizada no estado de São Paulo, podem ser identificadas tendências semelhantes em outras regiões, em diversos níveis do sistema de justiça penal.

Nessa perspectiva, é preciso admitir que não é possível aplicar automaticamente as conclusões da pesquisa qualitativa realizada em São Paulo como chave de interpretação dos dados obtidos nos levantamentos quantitativos nacionais.

Entretanto, as conclusões da pesquisa sugerem uma correlação significativa entre as práticas judiciais restritivas em relação às penas alternativas e a tendência de predominância das circunstâncias judiciais subjetivas nas decisões de substituição da pena de prisão pela pena restritivas de direito nos casos concretos.

Os estudos apresentados evidenciam, portanto, que a margem de apreciação do juiz no exercício da individualização judicial da pena vem contribuindo para uma ampliação do exercício do poder punitivo, já que predominam, nas práticas judiciais, as decisões que fundamentam a não aplicação das penas alternativas nas circunstâncias judiciais do art. 59, em razão da referência expressa no art. 44 do Código Penal.

Não seria possível, a partir dessa constatação, afirmar conclusivamente a correlação entre o exercício da discricionariedade no âmbito da individualização judicial da pena e o crescimento da população carcerária, em razão da inexistência de uma pesquisa quantitativa específica.

Não obstante, parece acertado identificar uma efetiva contribuição das práticas judiciais de individualização para a restrição da aplicação das penas alternativas e, conseqüentemente, para uma utilização mais frequente da pena privativa de liberdade.

Evidencia-se, assim, mesmo que a hipótese careça de demonstração empírica mais abrangente, aprofundada e precisa, que a maior frequência da imposição da pena privativa de liberdade associada à tendência de incremento das penas impostas, ambas associadas à valoração negativa das circunstâncias judiciais subjetivas, contribuíram para o crescimento da população carcerária nas décadas de 1980 e 1990.

7.5.2 Crescimento da população carcerária e a Política Criminal de Drogas

A política criminal de drogas é um dos fatores internos ao sistema penal que tem influenciado de forma significativa o crescimento da população carcerária, como demonstram vários estudos e pesquisas já mencionados.

Não constitui objetivo desse trabalho o estudo aprofundado da política criminal de drogas brasileira como um todo ou seus efeitos sobre o encarceramento, porém devem ser destacados alguns aspectos do tema, notadamente, àqueles relacionados à individualização da pena.

O número de presos por crime tráfico de drogas vem aumentando ano após ano desde 2005, podendo-se observar que compõem percentual cada vez mais importante da população carcerária.

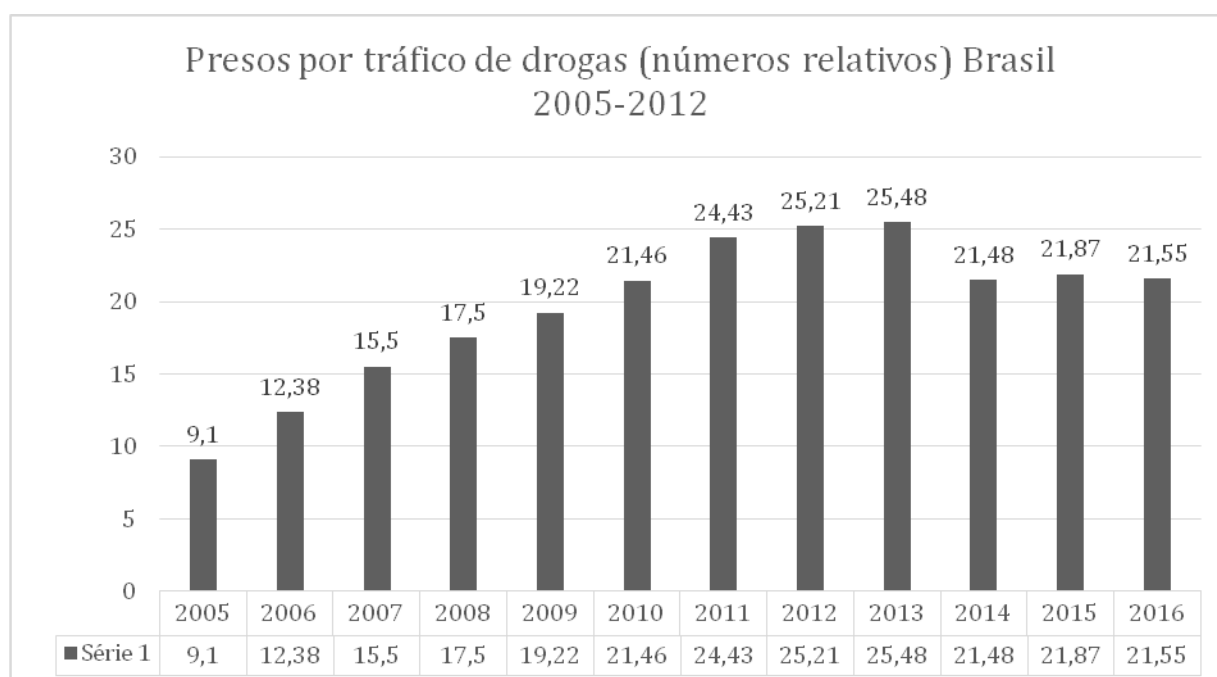
Assim, o percentual de presos por tráfico, registrado em de 9,10% em 2005, ainda sob a vigência da Lei 6368/76, aumentou para 25,21% em 2016, estabelecendo-se em seguida em porção inferior, em torno de 21% nos anos seguintes, como demonstra a tabela abaixo.

Ano	Presos Total	Presos Tráfico	% Presos Tráfico
2005	361.402	32.880	9,10%

Ano	Presos Total	Presos Tráfico	% Presos Tráfico
2006	383.480	47.472	12,38%
2007	422.273	65.494	15,50%
2008	451.219	71.371	17,50%
2009	473.626	91.037	19,22%
2010	496.251	106.491	21,46%
2011	514.582	125.744	24,43%
2012	548.003	138.198	25,21%
2013	574027	146276	25,48%
2014	622202	133705	21,48%
2015	698618	152794	21,87%
2016	726712	156634	21,55%

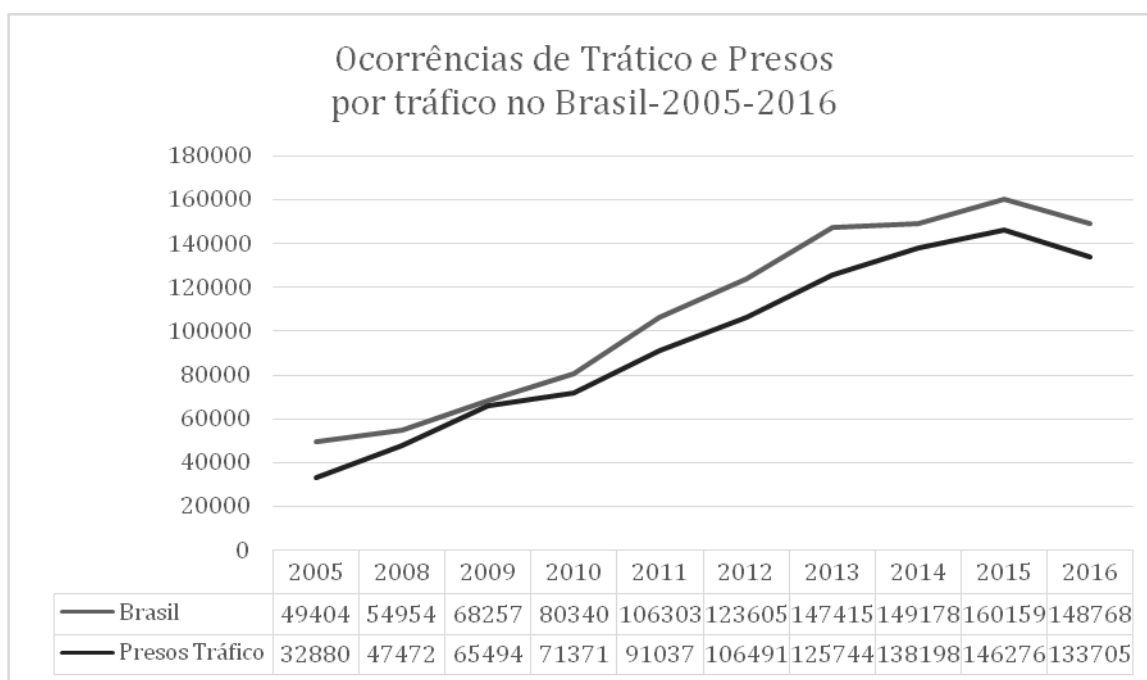
Fonte: Dados obtidos por meio de consulta aos relatórios do INFOPEN. MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEPEN. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

Nota-se, portanto, um aumento anual contínuo em números relativos, entre 2005 e 2012, revertendo-se a tendência de crescimento entre 2013 e 2014, como se vê no gráfico abaixo, embora em números absolutos tenha-se mantido o crescimento durante todo o período.



Fonte: Dados obtidos por meio de consulta aos relatórios do INFOPEN. MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEPEN. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

A comparação entre a evolução do número de ocorrências relativas ao tráfico de drogas e o número de presos por tráfico de drogas no nível nacional sugere uma influência dos níveis de criminalidade sobre os índices de encarceramento, identificando-se variações praticamente paralelas, como demonstra o gráfico abaixo.



Pode observar-se, entretanto, uma leve divergência no período entre 2013 e 2014. O número de ocorrências apresentou crescimento de 11.23 por cento entre 2005 e 2008, de 24.20 por cento entre 2008 e 2009, de 17,7 por cento entre 2009 e 2010, de 32.31 por cento entre 2010 e 2011, 16.27 por cento entre 2011 e 2012, de 19.26 por cento entre 2012 e 2013, porém estabilizou-se (variando de 147415 para 149178, ou seja, 1.19 por cento), entre 2013 e 2014.

Já o número de presos por tráfico manteve a tendência de crescimento no mesmo período, sem mostrar intervalo de estabilidade, tendo apresentado crescimento de 44.37 por cento entre 2005 e 2008, 37.96 por cento entre 2008 e 2009, de 17.70 entre 2009 e 2010, de 27.55 entre 2010 e 2011, 16.97 por cento

entre 2011 e 2012, de 18.07 por cento entre 2012 e 2013, 9.90 por cento entre 2013 e 2014.

Nota-se que, enquanto o número de ocorrências praticamente estabilizou-se entre 2013 e 2014, o número de presos continuou aumentando, embora em percentual inferior à tendência anterior.

Assim, mesmo que se possa identificar alguma influência entre o número de ocorrências e o número de presos por tráfico, não é possível afirmar a existência de uma correlação direta e automática em todo o período de comparação, constatando-se uma divergência que sugere a interferência de outros fatores na relação.

É preciso levar em conta, todavia, que os índices estaduais apresentam grandes variações e tendências divergentes, devendo-se ter cautela na avaliação de dados nacionais, em razão da possibilidade de distorções.

Assim, pode-se identificar nos índices do estado de São Paulo, evolução semelhante àquela apresentada pelos dados obtidos em nível nacional, verificando-se uma convergência entre as ocorrências de crime de tráfico e o número de presos por tráfico na maior parte do período, exceto por um período de estabilidade entre 2013 e 2014, no que se refere às ocorrências.



Fonte: INSTITUTO SOU DA PAZ. Apreensões de Droga no Estado de São Paulo. Um raio-x das Apreensões de drogas segundo ocorrências e massa. São Paulo,

2018. Disponível em <http://soudapaz.org/upload/pdf/drogas_e_policia_no_estado_de_sp.pdf> . Acesso em 4 de novembro de 2018.



Fonte: Dados obtidos por meio de consulta aos relatórios do INFOPEN. MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEPEN. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

As tendências similares entre os índices nacionais e os de São Paulo podem ser explicadas pelas dimensões populacionais do estado.

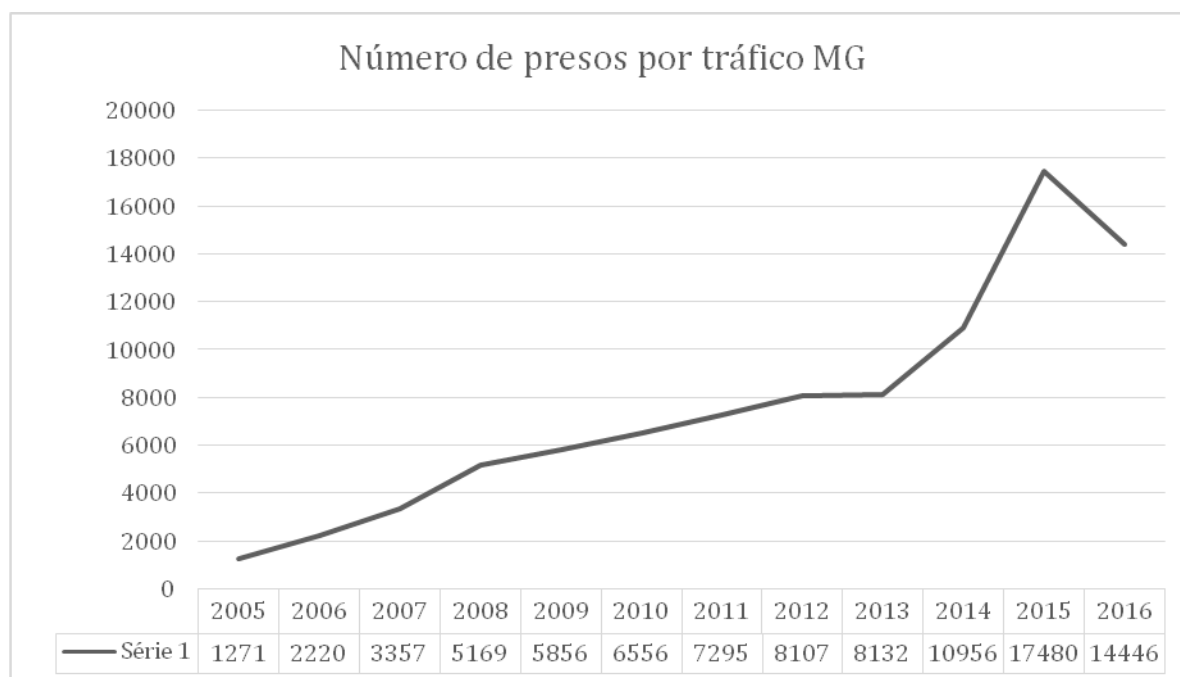
Apresentando a maior população do país, com 45.655.691 habitantes,¹⁰³⁹ e a maior população prisional, São Paulo concentra 33.1 por cento de toda a população prisional do país, contando 240.061 pessoas presas em 2016.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁹ IBGE. Dado disponível em <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>

¹⁰⁴⁰ A segunda maior população carcerária é a do Estado de Minas Gerais, com 68.354 presos em 2016, valor equivalente a 28.47 por cento da população carcerária de São Paulo. DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Junho 2016.

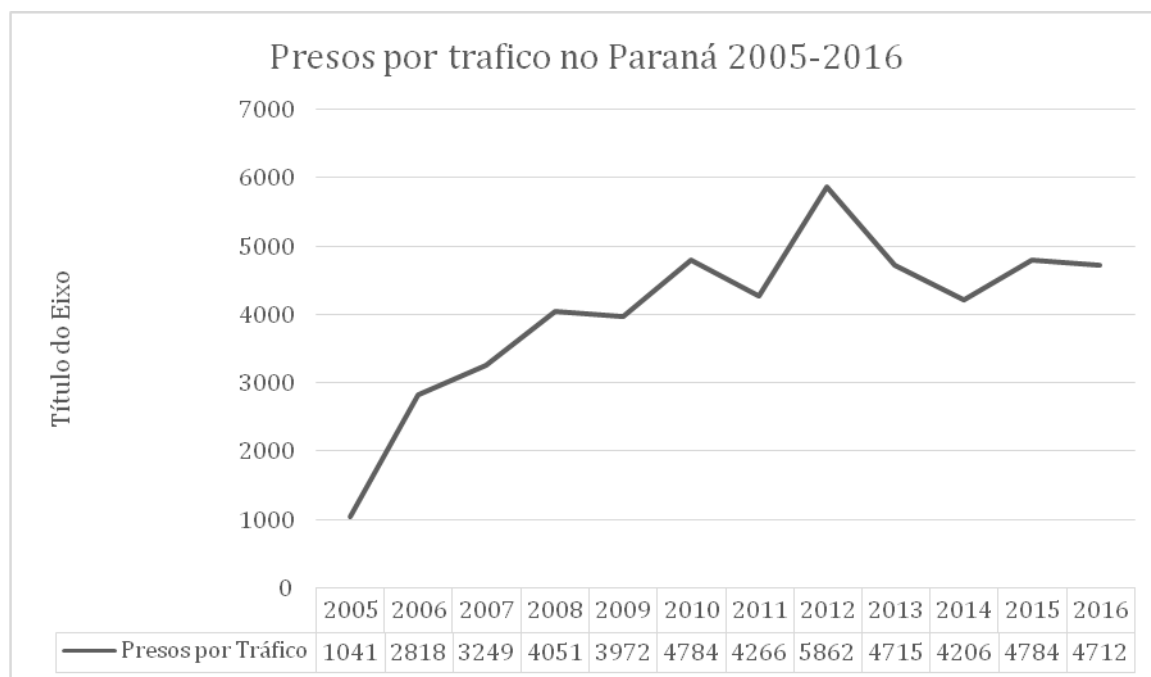
Evidencia-se, dessa forma, a significativa influência dos índices do estado sobre os índices nacionais, resultando daí a identificação de fenômenos e tendências semelhantes.

Tendência semelhante pode ser observada em Minas Gerais, segunda maior população carcerária do Brasil, no que se refere ao crescimento do número de presos por tráfico, verificando-se uma divergência, porém, já que se registrou uma redução nos anos de 2015 e 2016, como demonstra os gráfico abaixo.



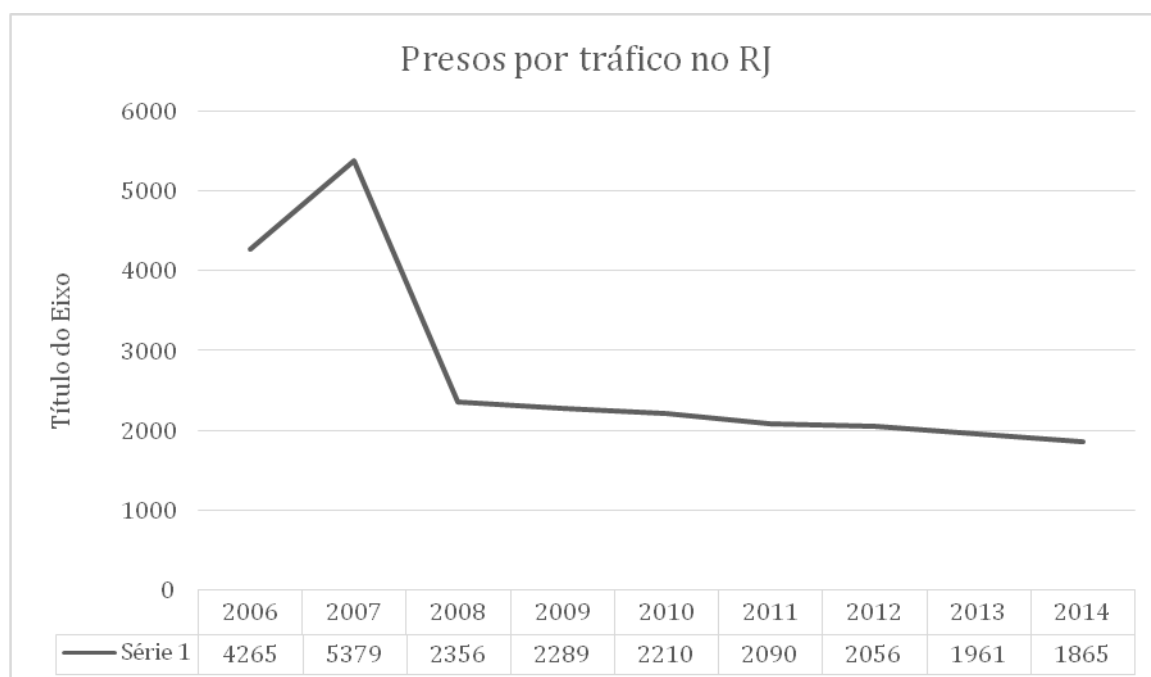
Fonte: Dados obtidos por meio de consulta aos relatórios do INFOPEN. MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEPEN. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

A evolução do número de presos por tráfico se apresentou de forma diversa no Paraná, terceira maior população carcerária do país, alternando-se, nesse caso, períodos de crescimento mais ou menos de crescimento com breves intervalos de redução.



Fonte: Dados obtidos por meio de consulta aos relatórios do INFOPEN. MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEPEN. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

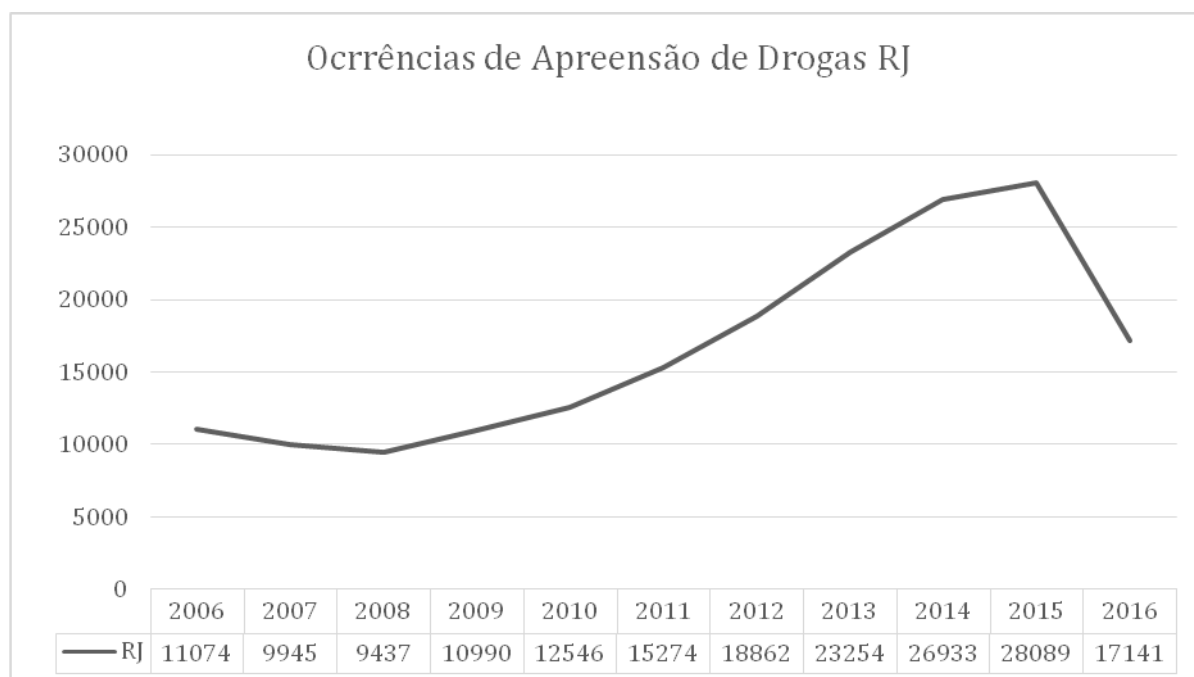
No estado do Rio de Janeiro, identifica-se tendência ainda mais diversa, com uma acentuada redução, entre 2007 e 2008 não foi constatada em nenhum dos outros estados abordados, como se nota no gráfico a seguir:



Fonte: Dados obtidos por meio de consulta aos relatórios do INFOPEN. MINISTÉRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA. DEPEN. Disponível em

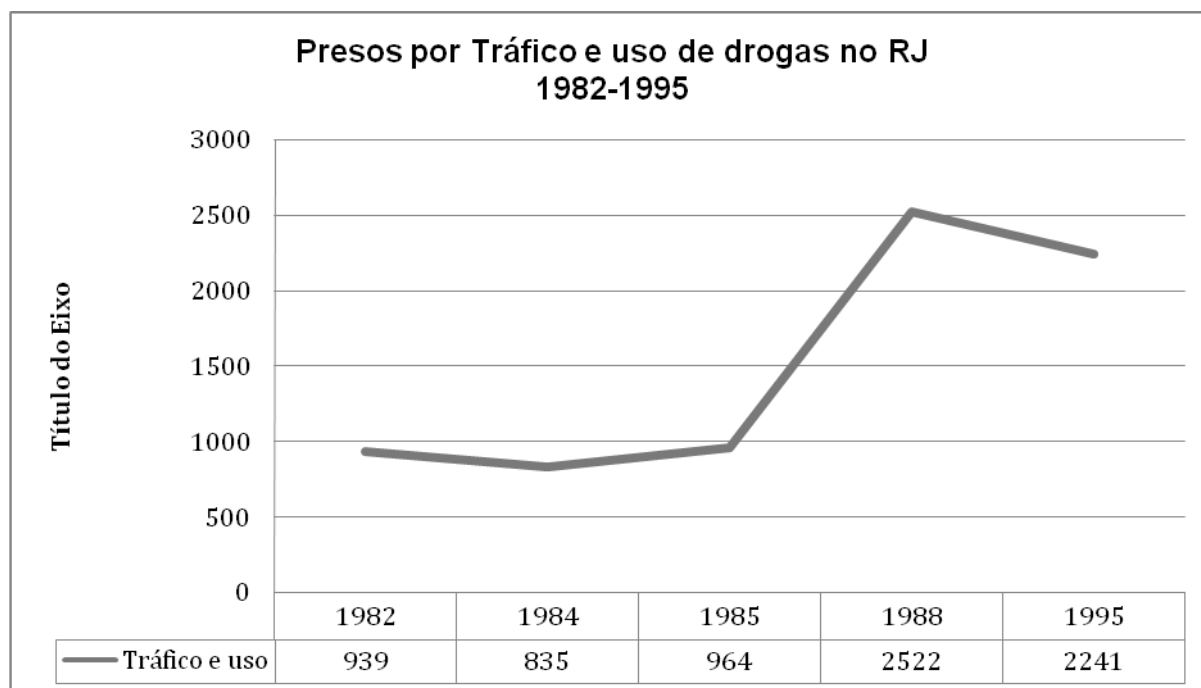
<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

Além disso, não se identifica convergência entre os índices de ocorrência de crimes de tráfico e número de presos, podendo-se observar uma tendência de crescimento entre 2006 e 2007, seguida de acentuado decréscimo entre 2007 e 2008, após o qual segue-se um período de leve decréscimo entre 2008 e 2014.

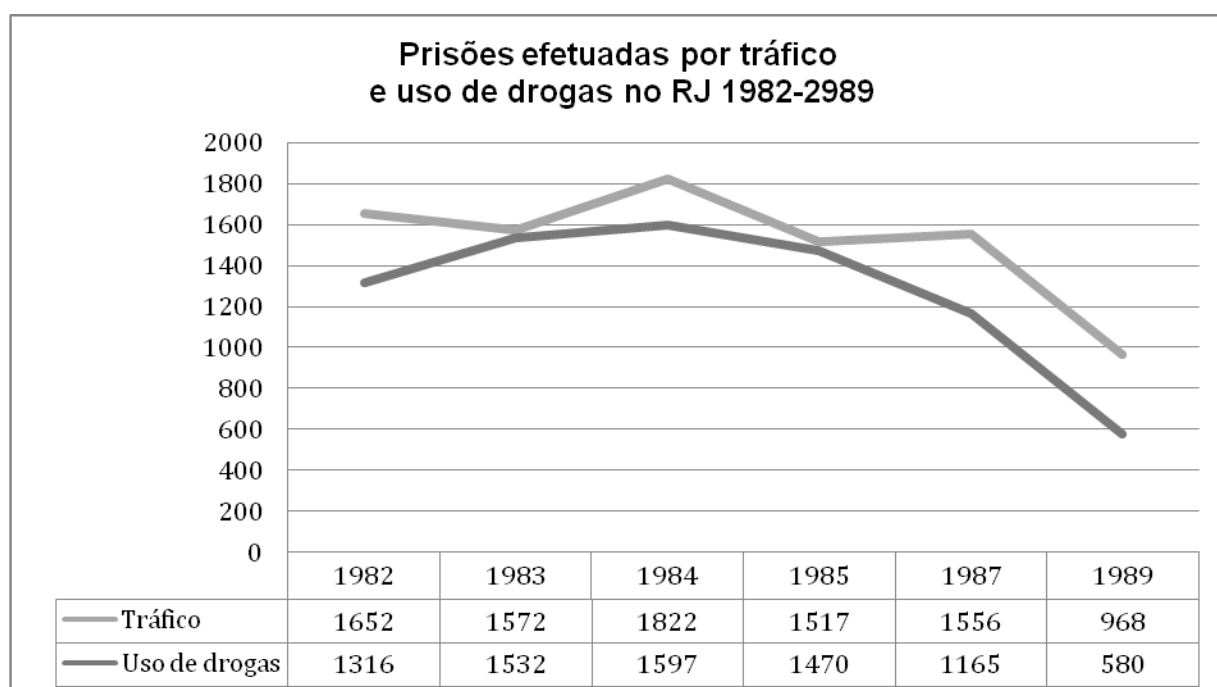


Fonte: INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Panorama das Apreensões de Drogas no Rio de Janeiro 2010-2016. Rio de Janeiro, 2016.

As divergências também podem ser verificadas no período anterior, na comparação entre o número de presos por tráfico e uso de drogas e o número de prisões efetuadas por tráfico e uso de drogas no Rio de Janeiro, como demonstram os gráficos abaixo:



Fonte: IBGE. Estatísticas do Século XX. Presos. Disponível em <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

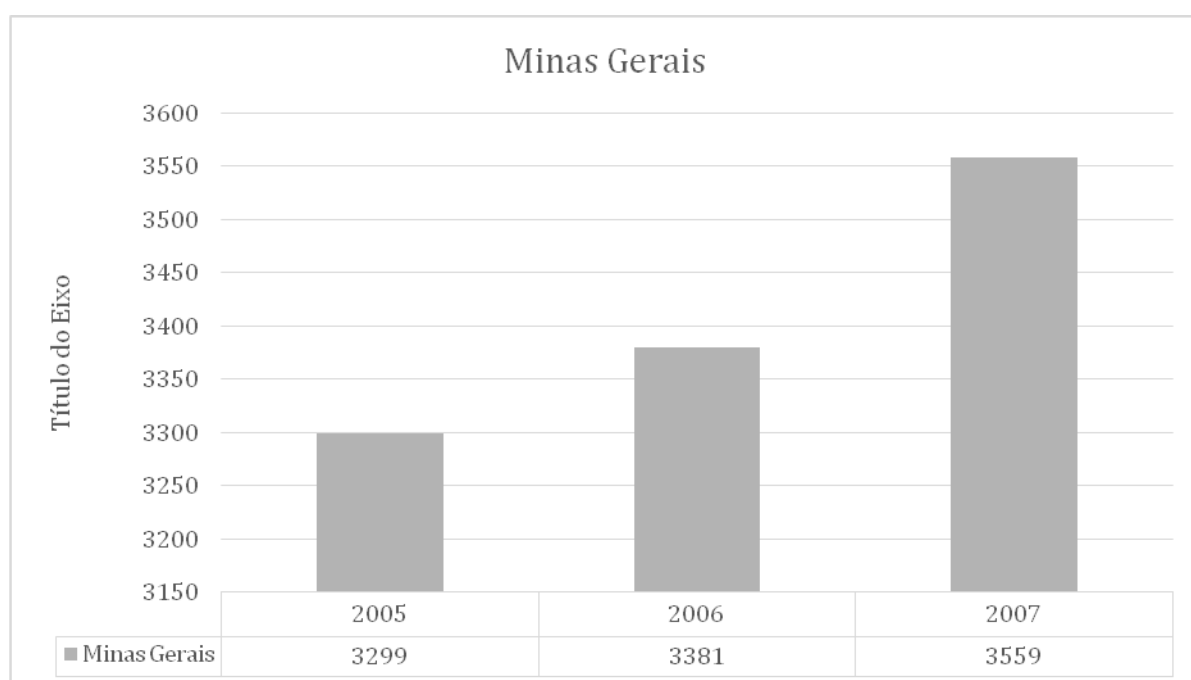
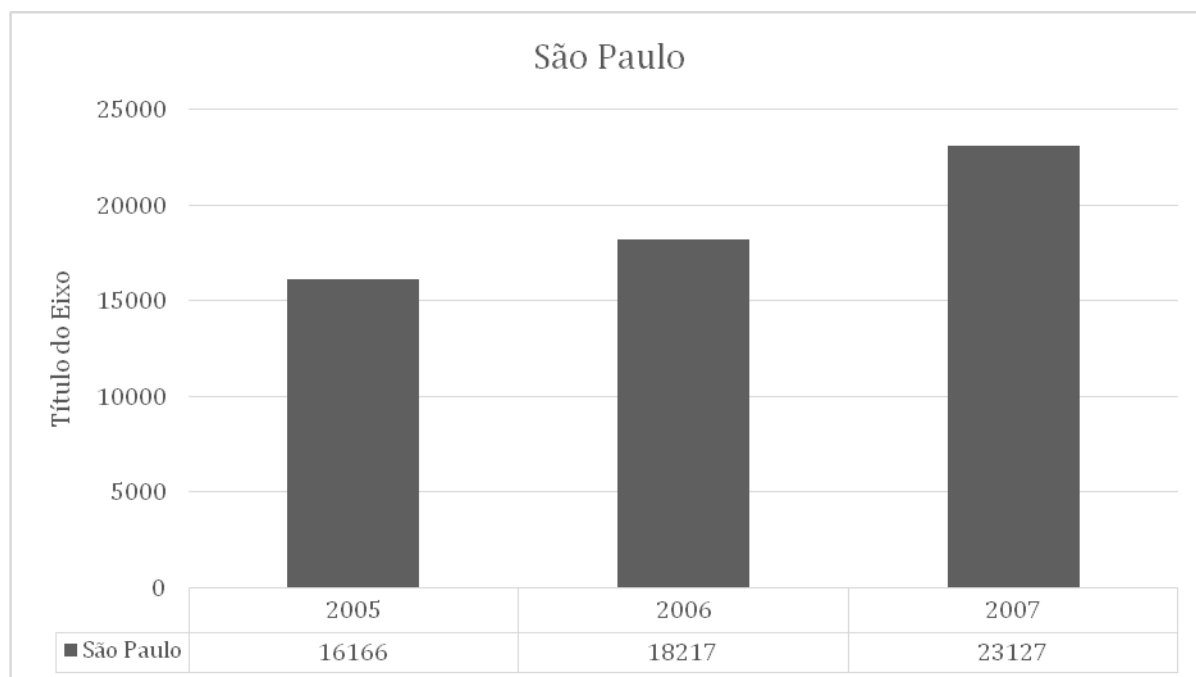


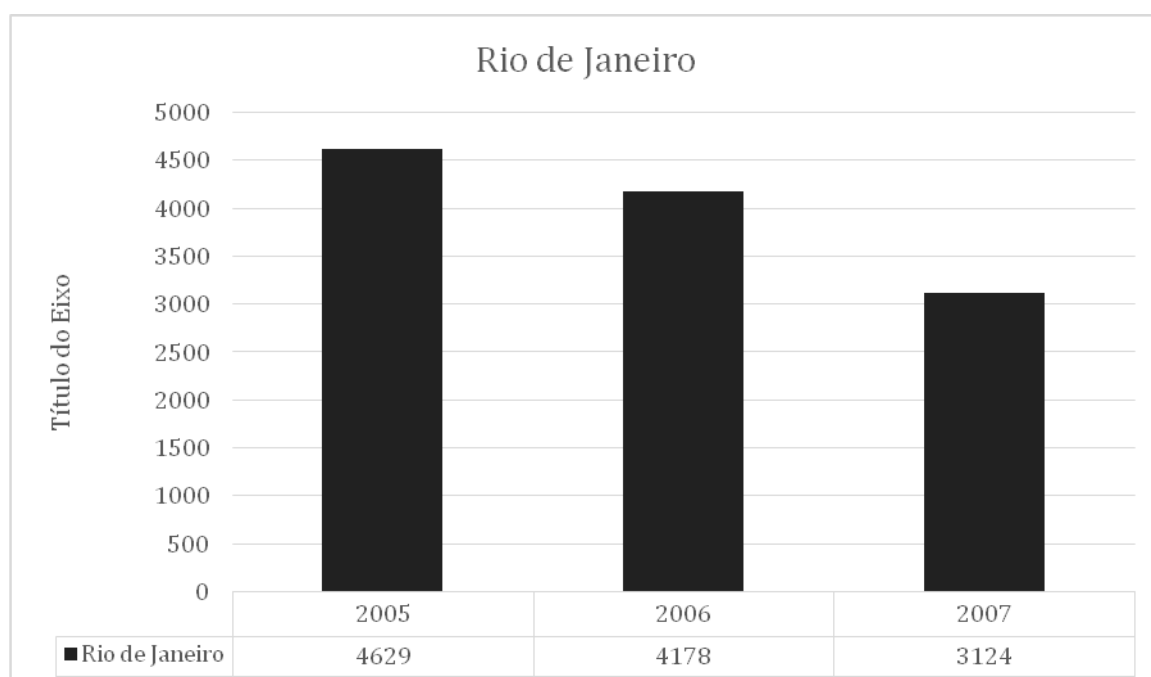
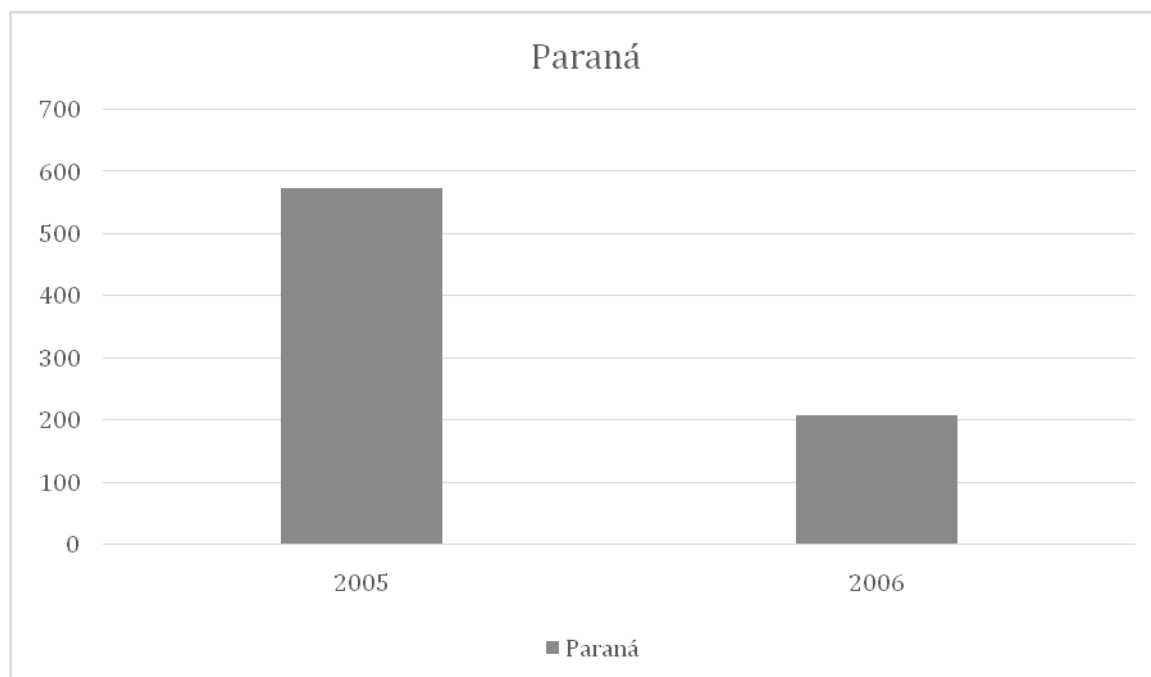
Apesar das divergências, identifica-se um ponto comum entre esses quatro casos, a saber: todos apresentam um crescimento acentuado em meados da

década de 2000, ou seja, entre 2005 e 2007, seguido de uma fase de crescimento menos acentuado ou redução, como se vê na tabela abaixo.

Período	São Paulo	Minas Gerais	Paraná	Rio de Janeiro
2005/2006	74.67%	26.74%	170.0	26.12
2006/2007	51.22%	55,85%	15.26	-56.20
2007/2008	53.98%	18.93%	24.72	-2.84
2008/2009	13.29%	18.43%	-1.95	-3.45
2009/2010	24.57%	10.59%	20.44	-5.43
2010/2011	11.27%	8.43%	-10.83	-1.63
2011/2012	11.13%	13.24%	37.41	-4.62
2012/2013	0.31%	11.18%	-19.57	-490
2013/2014	34.75%	11,85%	-10.80	***
2014/2015	59.52%	3.83%	13.74	***
2015/2016	-17.36%	8.84%	-1.51	***

Deve-se observar, ainda, que, em relação ao período entre 2005 e 2007, no qual convergiram os índices de crescimento do número de presos por tráfico, registrou-se evoluções divergentes no que se refere ao número de ocorrências por crime de tráfico, identificando-se tendência de crescimento em São Paulo e Minas, e redução no Paraná e no Rio de Janeiro, como pode-se contatar pelos gráficos abaixo.





A significativa divergência entre os índices de ocorrências de crimes de tráfico ou tráfico e uso e o número de pessoas presas por tráfico no Paraná e principalmente no Rio de Janeiro (onde a comparação foi elaborada tomando por base período mais extenso) corroboram a afirmação da ausência de correlação direta e automática entre os índices de criminalidade e os índices de encarceramento especificamente em relação ao crime de tráfico de drogas.

Além disso, a identificação de um ponto comum à evolução do número de presos por tráfico em quatro estados (aumento acentuado em meados dos anos 2000), apesar dos diferentes níveis de ocorrência de crimes de tráfico em cada um dos estados, sugerem a influência das decisões internas ao sistema penal sobre as variações da população carcerária.

Percebe-se, ainda, uma coincidência entre a entrada em vigor da Lei 11.343/06 e o período de aumento acentuado do número de presos por tráfico, tanto em nível nacional, quanto nos estados com maior população carcerária do país.

A análise do caso do Rio de Janeiro, entretanto, demonstra que a tendência de crescimento do número de presos por tráfico antecede a entrada em vigor da Lei 11.343/06, iniciando-se em meados da década de 1980, ainda na vigência da Lei 6.368/76.

Note-se que o crescimento do número de presos por crime de tráfico entre 1985 e 1988 foi de 161,61 por cento, portanto, mais intenso que o crescimento verificado no estado entre 2005 e 2007.

Também nesse período, registra-se tendência de declínio no número de prisões efetuadas por tráfico e uso de drogas no mesmo período, reforçando-se a possível influência das decisões político criminais no crescimento do número de presos por crimes de tráfico.

Não será possível elaborar uma comparação entre os dados do Rio de Janeiro e os índices dos outros estados, seja em razão dos limites da proposta desse trabalho, seja pela escassa disponibilidade de dados.

Não obstante isso, o caso do Rio de Janeiro, pelas dimensões da população penitenciária do estado (a quarta maior do país), sugere uma relação de continuidade entre a nova e a antiga política criminal de drogas, embora possam ser apontados pontos de inovação.

Assim, não se pode associar o aumento do número de presos por tráfico à influência do número de ocorrências de crimes de tráfico, de forma que deve ser investida a influência a política criminal de drogas, especificamente no que diz respeito à individualização da pena.

7.5.2.1 Individualização da pena na Lei 6.368/76

O movimento revisionista que culminou na Reforma Penal de 1984 caracterizou-se, como já dito acima, por uma preocupação com a necessidade de reduzir os níveis de imposição da pena de prisão, introduzindo, ainda que de forma cautelosa, um modelo de determinação da pena no qual foram incluídos diversos substitutivos penais.

A política criminal de drogas introduzida no período de crescimento do movimento reformista, entretanto, foi marcada pela criminalização do usuário e por uma tendência de maior severidade na cominação das penas para os crimes de uso e tráfico de entorpecentes.

Identifica-se, assim, um movimento que buscava introduzir alternativas penais destinadas a reduzir o encarceramento e, ao mesmo tempo, produzia uma política criminal de drogas com ênfase na pena de prisão.

Nessa perspectiva, a Lei 6.368/76, elaborada nos moldes da convenção das Nações Unidas sobre Psicotrópicos de 1971,¹⁰⁴¹ manteve a previsão da pena de prisão para crimes de uso e tráfico,¹⁰⁴² embora tenha adotado o modelo médico jurídico,¹⁰⁴³ distinguindo o traficante do usuário ocasional ou dependente, além de enfatizar a obrigatoriedade do tratamento deste último.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴¹ Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 1977 no Decreto n. 79.388 de 14 de março de 1977, após a entrada em vigor da Lei 6.368/76,

¹⁰⁴² O uso de drogas já havia sido criminalizado anteriormente pelo Decreto lei 385 de 26 de dezembro de 1968, que modificou o art. 281 do Código Penal, conferindo mesma pena de reclusão de um a cinco anos para os crimes de uso e tráfico. A escala penal sofreu novo aumento para uma a seis anos de reclusão pela Lei 5.726/71

¹⁰⁴³ O modelo médico-jurídico resultaria, Segundo DEL OLMO, da fusão dos modelos médico-sanitário, orientado pelas ideias de vício e tratamento, e do modelo ético-jurídico, que enfatizava o esteriótipo criminoso do traficante, produzindo-se uma fórmula de distinção entre consumidor-doente e traficante-delinquente. Sobre o tema ver DEL OLMO, Rosa. *A Face Oculta da Droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 40-44. No mesmo sentido BOITEAUX, Luciana. *Drogas e Cárcere às Drogas*,

Embora a lei tenha estabelecido resposta penal menos severa para o usuário, fixando a escala penal entre seis meses e dois anos, a escala penal do crime de tráfico sofreu importante acréscimo, passando de um a seis anos para três a quinze anos de reclusão.¹⁰⁴⁵

Como observou LUIS GRECO, a pena cominada pelo legislador seria superior à da participação em suicídio e da lesão corporal gravíssima, aproximando-se da lesão corporal seguida de morte, abandono de incapaz com resultado morte, maus tratos com resultado morte, roubo e extorsão.¹⁰⁴⁶

Aumento da População Penitenciária Brasileira e Alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas: Uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 56. CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

¹⁰⁴⁴ BOITEAUX, Luciana. Drugs and Prisons: The repression of Drugs an the increase the Brazilian penitentiary population. Systems Overload – Drug laws and prisons in Latin America.

¹⁰⁴⁵ Lei 6.368/76: Artigo. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; (Vide Lei nº 7.960, de 1989. Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

¹⁰⁴⁶ Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) § 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade

Mesmo que a comparação seja feita, como pontuou o autor, no âmbito dos crimes por meio dos quais se tutela bens jurídicos supraindividuais, tendo em vista que o artigo 12 protege a incolumidade pública, a pena cominada é consideravelmente superior àquela cominada para “outros crimes que tutelam bens jurídicos supraindividuais nada menos valiosos que a saúde pública.”¹⁰⁴⁷

Assim, mesmo diferenciando, como disse CARVALHO, o porte e o comércio de drogas ilícitas, as inovações da Lei 6.368/76 intensificaram a ênfase repressiva na política criminal de drogas.¹⁰⁴⁸

A severidade da pena do crime de tráfico seria justificada, de acordo com BARRETO, pelas repercussões sociais do crime, bem como pelo caráter do sujeito ativo, “movido por férrea determinação de violentar as normas preestabelecidas”, constituindo uma “permanente fonte geradora de perigo que não pode ser subestimada.”¹⁰⁴⁹

Trata-se, como observou LUIS GRECO, de tipo de autor, aplicando-se o art. 12 ao grupo de pessoas “composto de indivíduos sumamente abjetos, que

incuravel; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos. Lesão corporal seguida de morte. § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

¹⁰⁴⁷ GRECO, Luis. Tipo de autor e Lei de Tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12562-12563-1-PB.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

¹⁰⁴⁸ CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67

¹⁰⁴⁹ BARRETO, Menna. Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1982. p. 89

enriquecem às custas do vício e da miséria alheia, ou que pelo menos contribuem para que os outros continuem no caminho da perdição.

Como disse o autor

A finalidade desta norma incriminadora estaria, assim, menos em prevenir atos do que em punir traficantes; ao punir inclusive condutas socialmente neutras, tem em vista personalidades socialmente nocivas. Noutras palavras: a norma do artigo 12 só aparentemente descreve ações proibidas. Na verdade, ela busca é a figura do traficante. Não se trata de um tipo que descreve uma conduta proibida, mas de um tipo de autor, se bem que camuflado por trás das várias e várias e várias ações mencionadas. Ocorre que, ao arrolar entre elas condutas não ameaçadoras para o bem jurídico saúde pública, o legislador se traiu, mostrando que não quer proibir só ações, mas personalidades, autores.¹⁰⁵⁰

A ênfase no autor do crime de tráfico refletiu-se na construção do tipo, na medida em que o reconhecimento da menor ou maior culpabilidade ficou inteiramente desvinculada da quantidade de entorpecente.

Assim, caberia ao juiz individualizar a pena, segundo BARRETO, “(...) à medida que o processo refletir a própria personalidade do acusado e o grau da sua responsabilidade”, optando-se por não “hierarquizar punições com base nos efeitos ou na quantidade das drogas.”, uma vez que

De um lado, deixa-se que o reconhecimento da maior ou menor culpabilidade fique subordinado a medidas quantitativas que podem modificar o tempo da prisão pela diferença de um grama – o que contribui, inclusive para possibilitar a ação corrosiva da corrupção e, de outro, suscita-se o cometimento da injustiças nas decisões, pois não é incomum encontrar-se maior intensidade de dolo e periculosidade em agentes que traficam menos quantidade de tóxicos, porém potencialmente mais perniciosos.¹⁰⁵¹

Identifica-se, nessa opção do legislador, a ênfase nos aspectos subjetivos como critérios para a determinação da pena, orientando-se a legislação de entorpecentes pelos mesmos padrões do modelo de penas do Código Penal de 1940, os quais seriam mantidos, como dito acima, pela Reforma Penal de 1984.

¹⁰⁵⁰ GRECO, Luis. Tipo de autor e Lei de Tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12562-12563-1-PB.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

¹⁰⁵¹ BARRETO, Menna. Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1982. p. 89.

Confere-se, assim, ampla margem de discricionariedade ao juiz para individualizar a sanção, dentro dos amplos limites fixados entre três e quinze anos determinando-se a pena de acordo com a personalidade do autor.

A necessidade de controle produziria, como foi observado por CARVALHO, uma política criminal orientada pelo rigor mesmo nos casos de “baixa danosidade ao bem jurídico tutelado (comércio de drogas ilícitas em pequena quantidade)”.¹⁰⁵²

Embora a dogmática penal apontasse, segundo o autor, a possibilidade da determinação da pena com base na culpabilidade e consequências do delito, “a prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas...”¹⁰⁵³

Nesse contexto, justificava-se a previsão de sanções distintas para usuários e traficantes, na medida em que o autor do crime de tráfico atuaria de forma racional, após sopesamento de riscos e vantagens, decidindo explorar a fraqueza e miséria moral dos “experimentadores e dependentes”.

Assim, fundamentou-se a cominação da sanção para o traficante com base nas finalidades preventivas da pena, enfatizando-se a necessidade de intimidação, enquanto que se destinava ao experimentador e ao dependente a pena para fins de ressocialização.

Daí a necessidade de pena detentiva para o usuário, possibilitando-se-lhe, porém, pela quantidade cominada, a aplicação do sursis, construindo-se, dessa forma, “uma verdadeira ponte de ressocialização,”¹⁰⁵⁴ devendo as condições estipuladas na sentença condenatória fornecer os meios de recuperação.

É de se notar que, embora se reconheça o traficante como sujeito racional, de acordo com postulados da escola clássica, justifica-se a imposição de pena com larga margem de individualização com base na sua potencial periculosidade, conjugando-se, nesse aspecto, elementos da escola positivista.

¹⁰⁵² CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. p.70.

¹⁰⁵³ CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016.p. 69

¹⁰⁵⁴ BARRETO, Menna. Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1982. p. 91

Os “traficantes menores” constituiriam, segundo BARRETO, a “categoria das mais perigosas”, vez que, “na condição de intermediários, disseminam o uso das drogas nas imediações dos colégios, no interior dos hospitais e nos recintos das prisões.”¹⁰⁵⁵

A ênfase nos aspectos subjetivos orientou também o estabelecimento do critério de distinção entre usuário e traficante, introduzindo-se a expressão “para uso próprio” no artigo relativo ao “experimentador”, para caracterizar a conduta definida por apenas três verbos, quais sejam: “adquirir, guardar e trazer consigo”.

Tratar-se-ia, como afirmou BARRETO, do agente levado à conduta pela curiosidade, “influência do grupo afinitário, necessidade de escapismo ou qualquer outra causa”, não se verificando-se nessa hipótese, nem a dependência, nem a periculosidade típica daquele que trafica.¹⁰⁵⁶

Explicou o autor:

Mais encontradiços na classe estudantil não oferecem nenhuma periculosidade e, por isso, a pena de 1 (um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo, surge como iniquidade. Se for maior de 21 anos (faixa etária dos alunos das escolas superiores), ainda que condenado à pena mínima, não terá direito à suspensão condicional e, em consequência, deverá ser recolhido à prisão e privado do prosseguimento dos estudos.¹⁰⁵⁷

A distinção entre o tráfico e o uso consistiria, portanto, no elemento subjetivo, cabendo à autoridade definir o enquadramento da conduta, de acordo com os parâmetros estabelecidos no artigo 37, ou seja, natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e aos antecedentes do agente.

¹⁰⁵⁵ BARRETO, Menna. Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1982. p. 90

¹⁰⁵⁶ BARRETO, Menna. Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1982. p. 89. 72

¹⁰⁵⁷ BARRETO, Menna. Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1982. p.. 72

Nota-se que, embora faça referência à quantidade da substância apreendida, a lei deixou de estabelecer valores, deixando ao arbítrio da autoridade policial a apreciação do fato, levando em conta não apenas esse, mas todos os elementos do dispositivo.

A política criminal de drogas foi elaborada, portanto, de forma a se proporcionar ampla margem de apreciação às autoridades policial e juiz, no que se refere ao enquadramento das condutas e, exclusivamente ao juiz, no que se refere à determinação da pena, a qual deveria ser fixada, não conforme a lesão ao bem jurídico tutelado, mas de acordo com critérios subjetivos ligados ao autor do fato.

7.5.2.2 Política criminal de drogas e Crimes Hediondos

A promulgação da Constituição de 1988, quatro anos após a Reforma Penal, contribuiu para acentuar o caráter político criminal bifurcado do modelo punitivo brasileiro.

O texto constitucional incorporou direitos e garantias individuais no âmbito do Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal, determinou um tratamento mais brando para as infrações de menor potencial ofensivo (com a previsão de criação dos juizados especiais criminais) e, ao mesmo tempo, o tratamento mais severo para o que denominou de crimes hediondos e assemelhados.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁸ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 58. Como observou PAIVA, a previsão de tratamento penal severo estaria associada ao pleito de incorporação no texto constitucional de obrigações de criminalização de crimes como racismo, terrorismo, tráfico de entorpecentes, entre outros. Sobre o tema ver. PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A Fábrica de Penas: Racionalidade Legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009. p. 80. Sobre o tratamento penal dicotômico ver BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 484-484. BOITEAUX, Luciana. Drogas e Cárcere, Aumento da População Penitenciária Brasileira e Alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas: Uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 56

De acordo com o mandamento constitucional, o indicativo repressivo foi concretizado na Lei 8.072/90, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos, a qual, diante da indefinição do termo no texto da Constituição, forneceu um rol de delitos assim caracterizados, aos quais equiparou o tráfico de entorpecentes.

Além da vedação da anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, a Lei dos Crimes Hediondos determinou cumprimento da pena integralmente em regime fechado e passou a exigir o adimplemento de dois terços da pena para obtenção de livramento condicional, vedando a concessão desse instituto no caso dos reincidentes específicos em crimes hediondos.

A Lei dos Crimes Hediondos alterou profundamente o modelo punitivo introduzido com a Reforma Penal de 1984, como observaram SOUZA e JAPIASSÚ, ao “selecionar um grupo de ilícitos que já existiam dentro do catálogo sistêmico-penal do País, etiqueta-lo como hediondo, conferindo-lhe pena de prisão de longa duração, sem possibilidade de sua substituição por outra espécie ou por regime de cumprimento menos gravoso.”¹⁰⁵⁹

O tratamento conferido pela Lei dos Crimes Hediondos ao crime de tráfico teria contribuído, além disso, para acentuar a dicotomia entre o usuário de drogas e o traficante, especialmente no que se refere à individualização da pena.

Assim, preservou-se a margem de apreciação do juiz, para o enquadramento da conduta como tráfico (art. 12) ou como posse para uso (art. 16), bem como para exercício da individualização judicial entre os amplos limites cominados pelo legislador, na determinação da pena.

Suprimiu-se, entretanto, a margem de apreciação judicial no que se refere à fixação de regime e concessão de progressão no âmbito da execução da pena, prevalecendo, nesse aspecto, a individualização legislativa.

Embora se reconheça que as alterações introduzidas no âmbito da execução penal romperam com o sistema progressivo implementado na Reforma de 1984, pode-se identificar, por outro lado, uma tendência de continuidade no que diz respeito à bifurcação da política-criminal.

Ao impor o regime integralmente fechado para os crimes hediondos, a nova legislação reforçou a dicotomia estabelecida já na Reforma de 1984, com a

¹⁰⁵⁹ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 58

vedação da substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direito para os delitos praticados com violência contra a pessoa e reincidentes, independentemente da quantidade de pena imposta.

Além da obrigatoriedade de imposição da pena de prisão, acrescentou-se a vedação de progressão de regime, predominando, nos discursos parlamentares que conduziram à aprovação do projeto de lei, a necessidade de se promover, pelo endurecimento das respostas penais, os efeitos de prevenção geral negativa da pena.¹⁰⁶⁰

A finalidade de “desestimular os eventuais criminosos” foi expressamente mencionada na Exposição de Motivos do PLS 50/90, que deu origem à Lei dos crimes Hediondos, justificando-se pela gravidade dos crimes a limitação drástica ou vedação de “qualquer abrandamento da pena, que deve ser cumprida em regime fechado, sem possibilidade de livramento condicional e sem remição, pelo trabalho, da pena.”¹⁰⁶¹

Nessa perspectiva, pode-se identificar, em curto período de tempo, o cumprimento de dois mandados constitucionais, um voltado para a implementação de maior severidade, como forma de maior proteção aos bens jurídicos tutelados constitucionalmente, concretizado na Lei dos Crimes Hediondos, outro dirigido para a redução do encarceramento, ampliando-se o âmbito de aplicação das penas restritivas de direitos com a Lei 9.099/95.

O texto constitucional deu origem, portanto, a manifestações legislativas que reforçaram a dicotomia instaurada pela Reforma de 1984, com a introdução “cautelosa” dos substitutivos penais, apesar da manutenção da pena de prisão como elemento central do modelo punitivo.¹⁰⁶²

¹⁰⁶⁰ILANUD. A Lei dos Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal. Relatório Final de Pesquisa. São Paulo – julho 2015.

¹⁰⁶¹ Exposição de Motivos do PLS 50/90. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1147849&filename=Dossie+-PL+5405/1990>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

¹⁰⁶² Em sentido contrário, apontando que a Lei dos Crimes Hediondos constituiu uma reação das forças conservadoras que não conseguiram impedir o caráter liberalizante da Reforma de 1984, configurando-se rompimento com a lógica de

Assim, embora se reconheça que a Lei dos Crimes Hediondos contribuiu para uma intensificação do uso da pena de prisão, restringindo ainda mais a possibilidade de reduzir o tempo de privação de liberdade, pode-se identificar uma relação de continuidade entre a nova legislação e os discursos que fundamentaram a adoção restrita e “cautelosa” das alternativas penais na Reforma Penal de 1984.

Na Exposição de Motivos do PL 3734 de 1989, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por exemplo, faz se referência explícita ao texto da Exposição de Motivos do Projeto de Lei que alterou a parte geral do Código Penal em 1984, reproduzindo o trecho que evoca a necessidade de modernização da legislação penal para fazer frente à “pressão dos índices de criminalidade e suas nova espécies,” destacando a importância da “constância da medida repressiva como resposta básica ao delito”, tendo em vista que, “a rejeição social aos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnologia, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime”.

E prossegue observando que, apesar dos esforços de atualização da legislação penal na Reforma de 1984, “a criminalidade violenta” não havia diminuído, identificando-se índices “alarmantes” de “roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante sequestro etc.”, de forma que “urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os

desencarceramento da redemocratização TEIXEIRA, TEIXEIRA, Alessandra. Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2009. Passim. No mesmo sentido, CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 305. Disse o autor que a Lei dos Crimes Hediondos “...provocou uma efetiva mudança na cultura punitiva, sobretudo no que diz respeito à substituição da perspectiva ressocializadora pelas formas gerencialistas de controle punitivo. A conclusão possível, portanto, é de que a Lei dos Crimes Hediondos foi o primeiro giro do sistema punitivo nacional no sentido da adesão aos fundamentos neoconservadores da punição que caracterizam cenário internacional da década de 1990...” CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 305.

interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle desse tipo de criminalidade.”¹⁰⁶³

A inconstitucionalidade do dispositivo foi declarada em 2006 pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, no HC 82959-SP, dezesseis anos após a entrada em vigor da Lei 9.072/90.

Durante o tempo de vigência, porém, a restrição do sistema progressivo, com a vedação de progressão e endurecimento das condições de obtenção de livramento condicional para crimes hediondos, teria contribuído para o crescimento do número de presos por crime de tráfico e, conseqüentemente, para o aumento da população carcerária no período subsequente.¹⁰⁶⁴

7.5.2.3 Individualização da pena na Lei 11.343/06

Após diversas tentativas de modernização da legislação penal de drogas, foi publicada a Lei 11.343/06, introduzindo diversas alterações no que se refere à prevenção, repressão e tratamento, assim como aos crimes e as respectivas penas cominadas.

Uma exposição completa e detalhada sobre a nova legislação extrapolaria os objetivos do presente trabalho, devendo-se limitar a abordagem aos aspectos relevantes da política criminal de drogas no que diz respeito à sua influência sobre os índices de encarceramento.

¹⁰⁶³ Exposição de Motivos da Lei 3.334 de 1989. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B10DB13B36E13426B37F3B86E2988B9D.proposicoesWeb1?codteor=1150004&file_name=Dossie+-PL+3734/1989> Acesso em 31/10/2018.

¹⁰⁶⁴ BOITEAUX, Luciana. Drogas e Cárcere às Drogas, Aumento da População Penitenciária Brasileira e Alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas: Uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 56. CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69. ILANUD. A Lei dos Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal. Relatório Final de Pesquisa. São Paulo – julho 2015

Assim, serão destacados, os aspectos que possuem relação direta com a individualização e determinação da pena, notadamente, a questão do aumento da pena mínima para o crime de tráfico, a exclusão da pena de prisão para o crime de posse para uso próprio, os critérios de distinção entre os crimes de tráfico e uso, a causa de redução da pena prevista no art. 33 parag. 4º, denominado tráfico privilegiado.

Após breve e superficial análise doutrinária das novas disposições legais, serão analisados dados produzidos em pesquisas quantitativas e qualitativas de forma a se verificar a possível contribuição da nova legislação sobre os índices de presos por crimes de tráfico.

No que se refere à distinção entre os crimes de tráfico e posse para uso próprio, a nova legislação reforçou o modelo médico-jurídico, intensificando a diferença entre as respostas penais destinadas a traficantes e usuários.

O legislador acolheu uma tendência despenalizadora, ao excluir a pena privativa de liberdade para o crime de posse para uso próprio (art. 28).

Por outro lado, o legislador aumentou a pena mínima do crime de tráfico, de três para cinco anos, reduzindo o intervalo entre os limites da escala penal.

Implementou-se, em ambos os casos, uma redução da margem de exercício da individualização judicial da pena, na medida em que foi vedada a imposição da pena de prisão para o crime de posse para uso próprio, e reduzido o intervalo entre os limites estabelecidos na escala penal cominada para o crime de tráfico.

É de se notar que o aumento de pena foi justificado, segundo VICENTE GRECO e RASSI, na necessidade de se excluir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, em razão da quantidade da pena.¹⁰⁶⁵

Prevaleceu, nessas hipóteses, a individualização legislativa, estabelecida através da pena cominada, orientando-se a decisão primordialmente pelas necessidades preventivas gerais.

Foi mantida, porém, a margem de apreciação judicial no que se refere ao enquadramento da conduta, cabendo ao juiz a distinção entre os casos de posse

¹⁰⁶⁵RASSI, João Daniel, GRECO FILHO, Vicente. Lei De Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009. Ed. Kindle. p. 1903-1910.

para uso próprio e tráfico, de acordo com os critérios estabelecidos na lei. (art. 28 parag. 2º).¹⁰⁶⁶

Assim, como na legislação anterior, coincidem as condutas descritas nos tipos de posse para uso e tráfico, resumindo-se a distinção entre os crimes à questão do elemento subjetivo.

O problema desloca-se, então, para os elementos de convicção a serem levados em conta na aferição do elemento subjetivo.

Os critérios estabelecidos na Lei de Drogas assemelham-se àqueles fornecidos pela Lei 6.368/76 para a capitulação da conduta pela autoridade (art. 37), optando-se, na nova lei, porém, pela ênfase mais intensa nos aspectos subjetivos.

Assim, foram mantidos os elementos objetivos relativos à natureza e quantidade da substância apreendida e condições em que se desenvolveu a ação, mas foram retiradas as circunstâncias da prisão e introduzidas, em substituição, as circunstâncias sociais e pessoais, mantendo-se a antiga fórmula da conduta e antecedentes do agente, que parcialmente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, como se demonstra na tabela abaixo:

Lei 6.368/76	Lei 11.343.07
<ul style="list-style-type: none"> • Natureza e quantidade da substância apreendida • local e às condições em que se desenvolveu a ação 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Natureza e quantidade da substância apreendida ▪ local e às condições em que se desenvolveu a ação

¹⁰⁶⁶ Artigo 28 da Lei 11.343/76 § 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. Artigo. 37 da Lei 6368/76. Para efeito de caracterização do crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

<ul style="list-style-type: none"> • circunstâncias da prisão • conduta e aos antecedentes do agente. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ circunstâncias sociais e pessoais ▪ conduta e aos antecedentes do agente
---	---

Assim como no dispositivo anterior, embora tenha fornecido critérios objetivos, tendo feito vaga referência à natureza e quantidade da substância, a lei não estabeleceu parâmetros quantitativos, para enquadramento da conduta,

Além disso, o legislador acresceu ao rol de critérios mais um elemento subjetivo ligado ao autor, de forma que resulta uma predominância dos elementos subjetivos na decisão de capitulação.¹⁰⁶⁷

Manteve-se, assim, o sistema anterior, de forma que, como observou BOITEUX, a distinção deve ser feita caso a caso, com base em “critérios extremamente vagos e de difícil aplicação”, “sem a possibilidade de uma distinção legal apriorística”, apontando-se os elementos subjetivos como fatores fundamentais para o enquadramento legal da conduta.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁷ Em contrapartida, a lei destacou a conduta descrita como tráfico ocasional, na qual deve ser enquadrada a entrega eventual, feita a alguém do relacionamento do sujeito e sem objetivo de lucro, para consumo comum. (art. 33 parag. 3º). Além disso, o legislador optou por destacar diversas condutas, cominando diferentes escalas penais, de forma a proporcionar maior precisão na individualização da pena, da seguinte forma: — Financiar ou custear os crimes - Pena: reclusão de 8 a 20 anos (art. 36). — Importar, exportar etc. - Pena: reclusão de 5 a 15 anos (art. 33). — Fabricar, adquirir etc. maquinário ou aparelho - Pena: reclusão de 3 a 10 anos (art. 34). — Colaborar como informante - Pena: reclusão de 2 a 6 anos (art. 37). — Instigar ou auxiliar - Pena: detenção de 1 a 3 anos (art. 33, § 2º). — Oferecer droga para uso conjunto - Pena: detenção de 6 meses a 1 ano (art. 33, § 3º). — Adquirir, guardar etc. para uso pessoal - Pena: advertência, prestação de serviços ou comparecimento a cursos (art. 28). RASSI, João Daniel, GRECO FILHO, Vicente. Lei De Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009. Ed. Kindle. p. 1903-1910.

¹⁰⁶⁸ BOITEUX, Luciana. Sumário Executivo relatório de Pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição”. Brasília, 2009. No mesmo sentido GOMES, afirmando que “Um dos maiores problemas técnicos contidos na lei de drogas (Lei 11.343/2006) diz

A ênfase nos elementos subjetivos foi corroborada por parte da doutrina, recomendando-se, como fizeram VICENTE GRECO e RASSI, que o juiz não fique limitado à quantidade de droga apreendida, critério demasiadamente simplista, devendo apreciar todas as circunstâncias do crime.

Embora reconhecendo a relevância dos aspectos objetivos, disse o autor

A quantidade da droga, não se nega, é fator importante, mas não pode ser exclusivo, devendo, pois, o juiz apreciar as demais circunstâncias que envolvem o delito, tais como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.¹⁰⁶⁹

respeito à distinção entre usuário e traficante. A lei não foi clara. Não estabeleceu critérios objetivos certos. Deixou grande margem de discricionariedade, o que dá ensejo a posturas puramente ideológicas (ideologia da segurança versus ideologia da liberdade). Impõe-se reformar a legislação penal brasileira (também) nesse ponto. Tudo é uma questão de respeito ao direito fundamental da liberdade. Também é uma questão de evitar discriminações e tratamentos desiguais (a depender do status da pessoa)", GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Tráfico ou usuário de droga: depende do caso concreto. Disponível em <<http://www.lfg.com.br> - 08 de dezembro de 2010. Apresentando posição crítica sobre o problema da distinção entre a posse para uso e o tráfico, mas com fundamentos diversos, CARVALHO acrescenta o problema da absolutização dos critérios objetivos para fins de induzir a esfera subjetiva do tipo. Segundo o autor, "A partir de conjunturas fáticas que caracterizariam os elementos objetivos (circunstâncias de tempo, local e forma de agir) ou de características pessoais do autor do fato (antecedentes e circunstâncias pessoais e sociais), são projetados dados de imputação referentes à integralidade da tipicidade, olvidando seu aspecto mais importante, o elemento subjetivo." Sobre o tema ver CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 274

¹⁰⁶⁹ RASSI, João Daniel, GRECO FILHO, Vicente. Lei De Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009. Ed. Kindle. p. 914.

Assim, prevaleceu a discricionariedade do juiz no enquadramento da conduta, de forma que a determinação da pena acaba por permanecer predominantemente vinculada ao arbítrio judicial.

O legislador teria concedido ao juiz, também, grande margem de discricionariedade na determinação da pena, possibilitando-lhe, segundo VICENTE GRECO e RASSI, “apenas diferentemente o pequeno e o grande traficante, não obstante a existente previsão legal ao “traficante ocasional” com pena mais branda (art. 33 parag. 3º), conforme dispõe expressamente o art. 42...”¹⁰⁷⁰

É de se notar que a orientação do artigo 42 mantém as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, embora a lei tenha apontado a preponderância dos elementos do primeiro.¹⁰⁷¹

Além disso, previu o novo diploma a causa de redução de pena do agente primário e de bons antecedentes que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, de forma a possibilitar ao juiz a determinação de pena inferior ao médio ou pequeno traficante.¹⁰⁷²

Verifica-se, também nessa hipótese, uma ampliação do poder de individualização da pena do juiz, de forma a adequar a resposta penal “(...) às diversas formas de participação na atividade criminosa ampliando, pois, o poder do

¹⁰⁷⁰ RASSI, João Daniel, GRECO FILHO, Vicente. Lei De Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009. Ed. Kindle. p. 1753.

¹⁰⁷¹ Artigo 42 da Lei 11.343/07. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

¹⁰⁷² § 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012).

juiz na determinação da culpabilidade de cada um, nos termos da parte final do art. 29 do Código Penal.”¹⁰⁷³

Como observou BOITEUX, as fórmulas utilizadas pelo legislador “dedicação à vida criminosa e “integração de organização criminosa” careceriam de “conceito normativo, doutrinário ou jurisprudencial específico, de modo a oferecer ao intérprete da norma circunstâncias objetivas aptas a nortear a aplicação da minorante.”¹⁰⁷⁴

A ausência de definição dos critérios estabelecidos pela lei teria fornecido uma ampla margem de apreciação ao juiz para aplicação da redução, especialmente no que se refere à “dedicação à vida criminosa”.

Tratar-se-ia, segundo a autora, “de uma categoria inadequada, que em muito se confunde com a circunstância judicial de antecedentes, com a diferença de que não goza de uma específica definição, o que prejudica sua análise.”¹⁰⁷⁵

Identifica-se, portanto, em que pese as inovações introduzidas pela nova Lei de Droga, a manutenção do sistema de distinção entre usuário e traficante do modelo anterior, predominantemente baseado na discricionariedade judicial, estendendo-se essa característica ao caso do pequeno traficante enquadrado na figura do tráfico privilegiado.

¹⁰⁷³ RASSI, João Daniel, GRECO FILHO, Vicente. Lei De Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2009. Ed. Kindle. p. 1982

¹⁰⁷⁴ O conceito de organização criminosa viria a ser estabelecido posteriormente, na Lei 12.694/2012, em seguida substituído pela definição do parag. 1º art. 1º da Lei 12.850/2013, no qual se lê: Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

¹⁰⁷⁵ BOITEUX, Luciana. Sumário Executivo relatório de Pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição”. Brasília, 2009.

Verifica-se, ainda, que a margem de discricionariedade judicial exercida no âmbito da distinção das condutas de posse para uso próprio e tráfico, na determinação da pena de tráfico e na aplicação do redutor relativo ao tráfico privilegiado está intimamente vinculada à apreciação dos elementos subjetivos da conduta, na medida em que a lei deixa de fornecer critérios quantitativos de aferição dos elementos objetivos.

7.5.2.4 Lei 11.343/06 e as práticas persecutórias e judiciárias

A efetiva implementação das inovações introduzidas pela Lei 11/343/06 foi objeto de diversas pesquisas empíricas realizadas a partir da análise dos índices de ocorrências policiais e decisões judiciais.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do material disponível, serão destacados, em seguida, dados obtidos nesses estudos que poderão contribuir para o desenvolvimento do tema proposto no presente trabalho.

A pesquisa realizada pelo Instituto Sou da Paz sobre as apreensões de drogas do estado de São Paulo, teve por objeto a atuação da polícia, tendo revelado alguns dados que podem contribuir para a investigação da relação entre a legislação de drogas e o crescimento do número de presos por tráfico.¹⁰⁷⁶

A pesquisa foi realizada a partir dos dados disponíveis no site da Secretaria de Segurança de São Paulo, referentes à quantidade de ocorrências de tráfico, porte e apreensão de entorpecentes, entre 2001 e 2017.

Apontam os dados que, embora tenha se registrado um crescimento do número de ocorrências de apreensão de droga no Estado, no período entre 2005 e 2017, registrou-se aumento mais intenso das ocorrências de tráfico, enquanto que as ocorrências de posse para uso próprio apresentaram pequena alteração, como demonstra a tabela elaborada pelos autores e reproduzida abaixo:

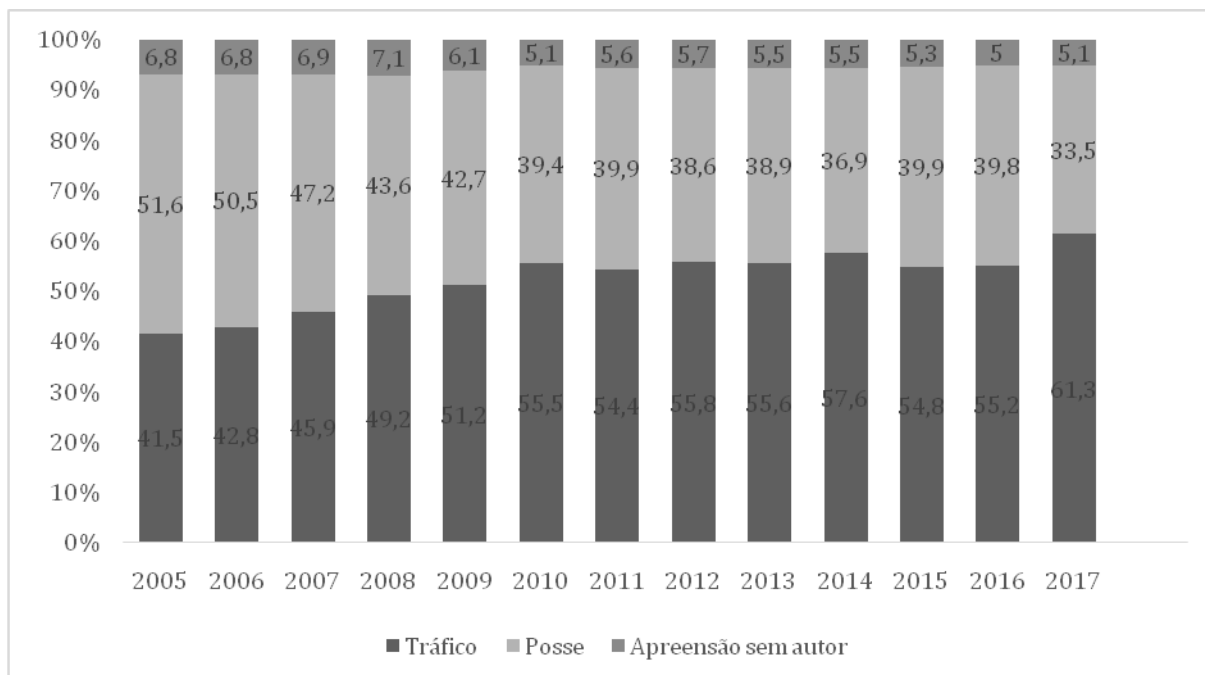
¹⁰⁷⁶ INSTITUTO SOU DA PAZ. Apreensões de Droga no Estado de São Paulo. Um raio-x das Apreensões de drogas segundo ocorrências e massa. São Paulo, 2018. Disponível em <http://soudapaz.org/upload/pdf/drogas_e_policia_no_estado_de_sp.pdf>. Acesso em 4 de novembro de 2018.

Ano	Tráfico	Posse	Apreensão Sem Autor	Total
2005	16166	20059	2684	38909
2006	18217	21492	2882	42591
2007	23127	23775	3456	50358
2008	24963	2213	3623	50699
2009	27886	23273	3318	54477
2010	30421	21630	2797	54848
2011	35584	23126	3692	65402
2012	41115	28429	4180	73724
2013	43556	30466	4277	78299
2014	41563	26624	3959	72146
2015	44364	32278	4282	80924
2017	49346	26984	4140	80470

Fonte: INSTITUTO SOU DA PAZ. Apreensões de Droga no Estado de São Paulo. Um raio-x das Apreensões de drogas segundo ocorrências e massa. São Paulo, 2018. Disponível em <http://soudapaz.org/upload/pdf/drogas_e_policia_no_estado_de_sp.pdf>. Acesso em 4 de novembro de 2018.

Pode-se observar um aumento de 205,24 por cento em relação às ocorrências de tráfico, enquanto que as ocorrências de posse para consumo cresceram 34,52 por cento, em números absolutos.

Além disso, observou-se uma alteração significativa na participação dos delitos na composição do índice geral, tendo-se constatado o aumento dos índices de tráfico e redução dos índices de posse para consumo em números relativos, como demonstra o gráfico reproduzido em seguida:



As variações dos índices em números relativos indicam que o aumento do número relativo de ocorrências de tráfico e a redução do número relativo de ocorrência de posse para uso são praticamente simultâneas.

As variações apontadas podem ser atribuídas a uma alteração no padrão de comportamento individual, ou seja, no universo de casos tratados pela política, teria ocorrido um aumento proporcional do número de casos de indivíduos praticando crimes de tráfico, e, ao mesmo tempo, uma redução proporcional do número de indivíduos praticando crimes de posse para uso próprio.

Por outro lado, as variações podem resultar de uma alteração nos critérios de atuação policial no que diz respeito à capitulação inicial da conduta no momento do registro de ocorrência, de forma que alguns casos que anteriormente seriam

enquadrados como posse para uso passariam, a partir de determinado momento, a ser registrados como tráfico.¹⁰⁷⁷

A plausibilidade dessa hipótese deve-se à ausência de critérios precisos de distinção entre os crimes de tráfico e posse para consumo, disponibilizando-se à autoridade policial uma margem de decisão na capitulação que resulta em diferentes modelos de atuação, os quais podem refletir-se nas variações dos índices de apreensão.

Além disso, a variação dos índices de ocorrência coincide com uma mudança legislativa que abrandou significativamente a resposta penal para o crime de posse para uso.

Diante dessa circunstância, parece provável que se tenha desenvolvido, como forma de reação, uma tendência, na esfera policial, no sentido de se passar a registrar como crimes de tráfico ocorrências tradicionalmente enquadradas como posse para uso.

Parece, porém, menos provável que tenha se reduzido proporcionalmente o número de indivíduos que praticam crimes de posse para uso.

A verificação das hipóteses sugeridas, entretanto, dependeria de pesquisa qualitativa das decisões produzidas na esfera policial, não se podendo apontar resposta conclusiva com os dados disponíveis.

A questão da dificuldade de distinção entre as figuras do usuário, pequeno, médio e grande traficante foi objeto da pesquisa realizada por BOITEAUX e colegas, em 2009.

O recorte espacial incidiu em sentenças e acórdãos dos juízes e tribunais da Capital do Rio de Janeiro e Brasília, analisando-se as decisões proferidas no âmbito da primeira instância da justiça federal e acórdãos do STF (Brasília), bem

¹⁰⁷⁷ Nesse sentido, DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. Pesquisa sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro: Relatório Final, 2018. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4e5dc1e0cfbe4c59a6976057c42d0fd1.pdf>> Acesso em 03 de novembro de 2018.

como das Varas Criminais e Varas Federais Criminais (Rio de Janeiro), entre 07 de outubro de 2006 e 31 de maio de 2008.

Foram analisadas 1001 sentenças nos dois estados, dentre as quais 763 foram condenatórias.

No que se refere à quantidade, verificou-se que no caso da maconha a quantidade apreendida ficou entre 10 e 100g em 53,9 por cento dos casos e 42,1 por cento dos casos, nas Varas Criminais do Distrito Federal e do Rio de Janeiro Respectivamente.

Já nas apreensões de cocaína, prevaleceram as apreensões de 10 a 100 gramas (39,1 por cento dos casos) no Rio de Janeiro, enquanto que predominam as apreensões de 100 gramas a 1 quilo no Distrito Federal.

No que tange à tipificação na denúncia, prevaleceu o art. 33 caput em 98,1 por cento dos casos (716), sendo que na maioria (60,4 por cento ou 441) não foi apontado concurso material com nenhum outro delito.

Percentual semelhante foi encontrado nas sentenças, capitulando-se a conduta no caput do art. 33 em 98, 5 por cento dos casos analisados, sendo que em 71, 6 por cento dos casos (523), não foi reconhecido concurso material.

No que se refere aos tipos de antecedentes do acusado, apenas 16,8 por cento são reincidentes, nos casos das Varas Criminais do Rio de Janeiro, não se podendo aferir o caso do Distrito Federal em razão do alto percentual de processos em que falta a informação.

Foi observada redução da pena em 50,8 por cento das sentenças, verificando-se maior frequência nas Varas Criminais do Distrito Federal, sendo certo que a redução foi fundamentada no parag. 4º do art. 33 em 96,1 por cento dos casos no Distrito Federal e 97,1 por cento (200) no Rio de Janeiro.

No tocante à fundamentação das decisões de não aplicação da redução prevista no parag. 4º do art. 33, verificou-se ausência de justificativa em 39,7 por cento e 36,2 por cento no Distrito Federal e Rio de Janeiro respectivamente.

A segunda maior incidência de motivos no Distrito Federal foi “não possuir bons antecedentes”, obtendo-se 37,7 por cento e a terceira “não ser primário” com 13,2 por cento.

No Rio de Janeiro, por sua vez, o segundo lugar foi ocupado pelas decisões nas quais se considerou que o acusado se dedicaria às atividades criminosas, mesmo sem condenação anterior (20 por cento).

Segundo os autores, constaria de uma das sentenças, referida à título de exemplo, que “quem vende drogas em favelas e ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício.”

Foi apurada, ainda, a incidência de fixação da pena abaixo do mínimo, no mínimo de cinco anos ou acima do mínimo, constatando-se a fixação da pena abaixo do mínimo em 46,30 por cento, no mínimo em 12,19 por cento e acima do mínimo em 41,23 por cento dos casos analisados.

A pena privativa de liberdade sem substituição por restritiva de direitos foi aplicada em 97,7 por cento dos casos.

Quanto aos acórdãos, dos 128 analisados, 107 constituíram decisão condenatória (83 por cento).

Nessa esfera, apurou-se que a frequência de réus primários e de bons antecedentes (32,0 por cento) era superior a de reincidentes (19,5 por cento).

Identificou-se a aplicação da redução prevista no art. 33 parag. 4º em 36,7 por cento dos casos, sendo que, dentre os casos de não aplicação da redução, foi identificado que em 27,3 por cento não havia justificativa, em 22,7 por cento dos casos a justificativa apoiou-se no fato do acusado não ser primário e a terceira justificativa mais frequente foi o fato do acusado dedicar-se a atividades criminosas, sem condenação anterior.

Quanto à determinação da pena, verificou-se que a pena foi aplicada abaixo do mínimo em 47,7 por cento dos casos, no mínimo legal em 9,4 por cento dos casos e acima do mínimo em 32,8 por cento dos casos.

Verificou-se, ainda, que foi aplicada pena privativa de liberdade sem substituição por restritiva de direitos em 90,6 por cento dos casos.

No que se refere aos tribunais superiores, os acusados são primários e de bons antecedentes em 66,99 por cento dos casos.

Quanto à redução prevista no art. 33 parag. 4º, houve aplicação em somente 6,57 por cento dos casos.

O estudo indicou, ainda, que 63 por cento dos réus não beneficiados pela minorante do parag. 4º do art. 33 eram primários e de bons antecedentes e que apenas 8,8 por cento dessa parcela havia sido condenada por associação para o tráfico em concurso material com o art. 33.

Por conseguinte, concluiu-se, como observaram BOITEUX et al., que ao menos 57,74 por cento do total dos réus não beneficiados pela minorante faziam

jus, ao menos em tese, à aplicação da redução, já que primários, de bons antecedentes, não integrantes de associação para o tráfico e não portadores de características que afastassem a redutora.

Explicaram os autores, além disso, que a representação de casos de não aplicação embora caracterizado o cabimento da aplicação da causa de redução, poderia ser ainda superior, tendo em vista que em mais de 20 por cento dos casos de não aplicação não consta informações seguras nos acórdãos sobre os antecedentes dos acusados.

No que se refere aos aspectos qualitativos, foram verificadas algumas circunstâncias do tratamento jurídico dispensado pelo STJ ao fenômeno do tráfico de drogas.

A pesquisa identificou nas decisões do STJ uma indefinição do real significado das categorias “dedicação à vida criminosa e integração de organização criminosa”, “prevalecendo, em vários casos, a inaplicação da minorante, a partir da adoção da perspectiva estereotipada sobre o sujeito criminalizado por tráfico de drogas (...), desacompanhada da análise efetiva da participação do réu nessa teia.”

Em outros casos, não houve qualquer análise dessas circunstâncias, ao argumento de ausência de elementos suficientes nos autos.

Verificou-se, além disso, que foram invocadas circunstâncias judiciais utilizadas na dosimetria da pena, nas sentenças, para afastar a aplicação da minorante do art. 33 parag. 4º, recorrendo-se frequentemente a uma frase comum das sentenças condenatórias, a saber, “fazer do crime o meio de vida”, embora ausente efetiva verificação do grau de veracidade.

O requisito estabelecido pelo legislador teria impedido, portanto, a satisfação do objetivo da introdução da causa de redução, deixando de proporcionar a redução da pena aos traficantes individuais e eventuais. Como disseram BOITEAUX e colegas

Evidentemente, na prática, a ausência de parâmetro normativos induziu ao prevalecimento da noção de que qualquer traficante faz do tráfico o seu meio de vida, porquanto geralmente auferir lucros regulares com a atividade de mercancia de drogas e, nesse sentido, restaria comprovado que se dedica às atividades criminosas. Sob esse prisma, essa circunstância constituiu elemento impeditivo, quase em caráter absoluto, para a aplicação da minorante.

Concluíram os autores que a causa de redução da pena introduzida pelo legislador não teve o efeito de reduzir as penas fixadas em relação aos pequenos

traficantes, embora tenha se constatado a “prevalência quantitativa de sujeitos criminalizados primários, de bons antecedentes e cuja conduta não foi tipificada em concurso material com o crime de associação para o tráfico”.

A não aplicação da minorante adviria, segundo BOITEUX e colegas, não somente de fundamentos dogmáticos, mas da “ausência de parâmetros objetivos de aferição dos requisitos da minorante”, em razão da “deficiência legislativa”, além de uma visão preconceituosa e estereotipada do traficante de drogas.

Pesquisa semelhante foi elaborada pela Diretoria de Estudo e Pesquisas de Acesso à Justiça da DPGERJ, analisando-se um total de 3.735 sentenças individuais, em processos distribuídos entre junho de 2014 e junho de 2015 aos juízos das Varas Criminais da cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro.¹⁰⁷⁸

Dentre as sentenças analisadas, apenas 20,03 por cento são absolutórias, enquanto que 60,43 por cento são integralmente condenatórias.

A capitulação mais frequentemente encontrada dentre as sentenças condenatórias foi a do art. 33 da Lei 11.343 (54,82 por cento), seguida do concurso material entre os art. 33 e 35 (27,10) por cento.

Com relação aos acusados, verificou-se que 77,36 por cento dos réus não possuía ou possuía bons antecedentes, sendo certo que apenas 11,82 por cento dos réus eram reincidentes.

Verificou-se, ainda, que a pena mínima foi aplicada em 69,40 por centos dos casos, sendo que nos casos em que a pena foi fixada acima do mínimo, a justificativa mais frequente foi a quantidade ou lesividade da droga (55,39 por cento), seguida dos antecedentes ou reincidência (29,37 por cento) e, em terceiro lugar a ligação com o tráfico ou facção criminosa (14,37 por cento).

No que se refere à causa de redução de pena prevista no art. 33 parag. 4º, foi aplicado o dispositivo em 42,35 por cento dos casos analisados.

Como observaram os autores da pesquisa, a justificativa mais comum para a não aplicação foi o fato do réu integrar organização criminosa ou se dedicar a

¹⁰⁷⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. Pesquisa sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro: Relatório Final, 2018. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4e5dc1e0cfbe4c59a6976057c42d0fd1.pdf>> Acesso em 03 de novembro de 2018.

atividade criminosa, sem que houvesse, porém, fundamentação mais aprofundada no que concerne à definição e demonstração probatória desses elementos.

Foi apontada, ainda, a não aplicação da redutora com base na quantidade de droga, embora esse elemento não tenha sido incluído no dispositivo pelo legislador..

Assim, em 41,55 por cento dos casos, a justificativa da não aplicação consistiu na fórmula “dedicado à atividade criminosa”, ao passo que em 35,84 por cento dos casos justificou-se ao argumento de que o acusado integraria organização criminosa.

Cabe ressaltar que em 22,60 por cento dos casos não foi fornecida nenhuma justificativa.

Foi verificado, ainda, que nos casos de não aplicação da redutora do parag. 4º, 84,47 por cento dos réus tinham bons antecedentes ou não tinham antecedentes e 74,43 por cento eram primários ou tecnicamente primários.

Quanto à pena fixada, houve substituição da pena de reclusão por pena restritiva de direitos em 36,51 por cento dos casos.

É de se notar que nos casos em que foi aplicada a redução do parag. 4º do art. 33, foi fixado o regime fechado em 27,9 por cento dos casos e a pena não foi substituída em 15,69 por cento dos casos.

No que se refere à distinção entre o tráfico e a posse para uso próprio, o critério mais frequentemente utilizado foram as condições em que se desenvolveu a ação (95,99 por cento), seguida da quantidade da substancia (69,52 por cento) e, em terceiro lugar, os antecedentes do agente (54,14 por cento).

Observou-se, ainda, que em 49,48 por cento das sentenças o juiz utilizou como fundamento da decisão de condenação ou da determinação da pena a referência “personalidade demonstra tendências delituosas” e em 13,40 por cento foi apontada como fundamento a alta periculosidade.

Os dados apresentados corroboraram a pesquisa realizada por BOITEUX e colegas, demonstrando que a implementação efetiva das modificações introduzidas pela Lei 11.343/06 não satisfaz as expectativas do legislador.

Assim, como na pesquisa anteriormente mencionada, apontou-se que a maior parte dos casos de não aplicação da redutora do art. 33 parag. 4º referia-se a hipóteses nas quais o acusado faria jus, em tese, à redução de pena.

Além disso, verificou-se que, diante da falta de critérios precisos e objetivos na legislação, as decisões de não aplicação fundamentaram-se, em grande parte, na suposta dedicação às atividades criminosas ou integração de organização criminosa, embora sem que fossem apontadas precisamente quais circunstâncias do caso concreto conduziram à decisão.

A pesquisa apontou, ainda, frequente referência aos antecedentes como fundamento da capitulação da conduta como crime de tráfico, identificando-se uma vinculação dessas decisões e as circunstâncias subjetivas do caso.

A prevalência dos aspectos subjetivos no exercício da margem de apreciação judicial foi evidenciada também pela frequência da referência à personalidade com tendências delituosas e periculosidade como fundamentos da condenação, capitulação da conduta ou determinação da pena.

7.5.2.5 Observações finais

As pesquisas apresentadas acima foram elaboradas isoladamente, tomando como objeto universos distintos, a partir de perspectivas, metodologias e hipóteses de trabalho diferentes.

Em que pese as disparidades apontadas, os dados apurados apresentam pontos de convergência, no que diz respeito à efetiva implementação das modificações introduzidas pela Lei 11.343/06.

No que se refere à individualização da pena, especialmente a possibilidade de redução para o pequeno traficante prevista no art. 33 parag. 4º, ambas as pesquisas apontaram uma tendência de não aplicação da causa de diminuição de pena em casos nos quais, em tese, o acusado faria jus à redução.

Verificou-se, também, em ambas as investigações, que a não aplicação da redutora decorreu, em grande parte dos casos, da apreciação negativa das circunstâncias judiciais subjetivas, a saber, antecedentes, integração de organização criminosa e dedicação à atividade criminosa.

No que se refere à distinção de tratamento entre os crimes de tráfico e uso de entorpecente, verificou-se, na segunda pesquisa apresentada, que os critérios mais frequentemente utilizados seriam condições em que se desenvolveu a ação, seguida da quantidade da substância e, em terceiro lugar, os antecedentes do

agente não sendo raros os casos de apreciação das condições pessoais e sociais do acusado.

Assim, embora a Lei 11.343/07 tenha alterado o dispositivo, introduzindo novos critérios de distinção, os juízes mantiveram o padrão de julgamento de acordo com a disposição da lei anterior, com forte ênfase nas circunstâncias judiciais subjetivas.

Considerados em conjuntos, esses dados demonstram que as modificações introduzidas pela nova legislação não foram integralmente implementadas nas práticas judiciárias.

Demonstram, ainda, que os juízes deixaram de implementar as modificações introduzidas no exercício da discricionariedade que lhes foi fornecida pelo próprio legislador.

Nessa perspectiva, sugerem os dados apurados que, diante de expressões vagas e imprecisas e fórmulas sem definição jurídica clara, os julgadores optaram por utilizar os critérios que lhes foram disponibilizados de forma a reduzir o âmbito de aplicação dos novos dispositivos, mantendo, assim, os níveis de utilização das penas de prisão.

A tendência de restringir a aplicação dos dispositivos despenalizadores com base nas expressões imprecisas e conceitos jurídicos vagos utilizados pelo legislador, verificada nas pesquisas empíricas realizadas no âmbito do poder judiciário contribuem por sua vez, para a interpretação das práticas persecutórias na aplicação da Lei 11.343/06.

Embora a investigação das ocorrências de apreensão de drogas no estado de São Paulo tenha sido limitada aos aspectos quantitativos, a relação entre exercício da discricionariedade judicial e aplicação restritiva dos institutos despenalizadores da Lei 11.343/07 apurada nas pesquisas anteriores sugere a plausibilidade de uma hipótese interpretativa orientada nesse sentido

Nessa perspectiva, o aumento da representação dos crimes de tráfico no universo de ocorrências de apreensão de droga sugere uma tendência no sentido de se capitular como tráfico, condutas que poderiam, em tese ser enquadradas como posse, em razão da apreciação dos critérios vagos e indefinidos em sede policial.

Embora a hipótese careça de embasamento empírico e desenvolvimento mais aprofundado, não se podendo afirmar conclusivamente uma correlação entre

os índices de ocorrências e as margens de apreciação da autoridade policial, os dados das pesquisas realizadas no âmbito do judiciário corroboraram a validade dessa interpretação.

Também não se dispõe de dados que permitam identificar uma correlação imediata entre o aumento dos índices de encarceramento e as práticas judiciais expostas.

A efetiva demonstração de uma relação de causalidade entre as diretrizes adotadas pelos juízes na implementação das medidas introduzidas pela lei 11.343/06 e o crescimento do número de presos por tráfico demandaria a realização de estudos empíricos específicos, com inclusão de variáveis as mais diversificadas possíveis, com metodologia e formulação de hipóteses de trabalho adequadas, o que extrapola os limites deste trabalho.

Deve-se admitir, todavia, que a margem de discricionariedade fornecida ao juiz pelo legislador acabou por proporcionar oportunidades de redução do âmbito de aplicação dos dispositivos que deveriam propiciar uma redução nos níveis de utilização da pena de prisão.

As práticas persecutórias e judiciais amparadas na margem de apreciação fornecida pelo legislador acabaram por ampliar, por via reflexa, os efeitos do aumento da pena mínima para o delito de tráfico, vez que pouco ou nada contribuíram para a redução das penas fixadas.

Pode-se apontar, portanto, uma relação, ainda que indireta e sujeita a qualificações, entre a implementação restritiva das modificações introduzidas pela nova legislação e o aumento do número de presos por crime de tráfico, em razão da influência das práticas judiciais na determinação de penas mais longas.

7.5.3 O crescimento da população carcerária e a legislação penal posterior à Reforma Penal de 1984: considerações finais

As análises retrospectivas da legislação produzida nas décadas de 1990 e 2000 costumam apontar a Reforma de 1984 como referência de legislação liberalizante, como marco inicial de um movimento voltado para redução dos níveis de aplicação da pena de prisão, após o qual se teria desenvolvido uma produção legislativa dicotômica.

De um lado, parte da produção legislativa teria sido orientada para um reforço da proposta inicial da Reforma de 1984, ampliando-se o âmbito de aplicação dos substitutivos penais em relação a determinados delitos.

De outro lado, poderia verificar-se uma tendência de imposição de maior severidade em relação a crimes violentos contra a pessoa, crimes sexuais e tráfico de drogas, em oposição àquela diretriz inicialmente adotada pela Reforma Penal de 1984.

Assim, o movimento desencarcerador inaugurado com a Reforma de 1984 teria sido reforçado pela publicação das Leis 9.099/90 e 1.478/98, enquanto que a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei 11.343/06 constituiriam expressão de uma tendência de reversão desse movimento inicial, importando a restrição do âmbito de aplicação das alternativas penais e debilitando o sistema progressivo de execução penal.

O movimento de endurecimento das leis penais seria corroborado, por sua vez, pelas práticas judiciárias, as quais tenderiam a uma aplicação restritiva das alternativas penais, reduzindo seu potencial efeito desencarcerador, contrariando as expectativas do legislador.

Verifica-se, entretanto, que a dicotomia apontada origina-se de uma bifurcação político criminal que foi introduzida pelo legislador na própria Reforma Penal de 1984, tendo se desenvolvido nas décadas posteriores, dando continuidade ao padrão inicial do movimento reformista.

Ao introduzir as penas alternativa e o sistema progressivo, o legislador da Reforma estabeleceu um padrão dicotômico, prevendo critérios consideravelmente restritos para a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos (pena fixada em até um ano, acusado não reincidente, além apreciação positiva das circunstâncias judiciais subjetivas) e impondo, ao mesmo tempo, o regime inicial fechado de execução de pena para o reincidente, independentemente da quantidade de pena fixada (art. 33 parag. 2º).¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁹ O dispositivo foi objeto de acirrada controvérsia até que foi editada a Súmula 269 do STJ, possibilitando a fixação do regime semiaberto para o condenado à pena de até quatro anos reincidente. Súmula 269 do STJ: É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Além disso, o sistema de penas da Reforma Penal de 1984 teve sua aplicação integralmente vinculada à apreciação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a qual foi referenciada ou reiterada em diversos dispositivos da nova legislação.

Assim, os critérios de determinação de pena funcionam como referência das demais decisões, condicionando a aplicação das penas restritivas de direitos (art. 44, III, do CP), o reconhecimento do crime continuado contra vítimas diferentes (art. 71, parágrafo único, do CP), o deferimento da suspensão condicional da pena (art. 77, II do CP), a concessão do livramento condicional (art. 83, I, do CP).

Com isso, o legislador estendeu a discricionariedade judicial a todas as decisões de individualização da pena, impondo caráter predominantemente subjetivo a todo o processo de determinação da sanção.

No que se refere às teorias da pena, por sua vez, a determinação da pena, a aplicação das alternativas penais e o sistema progressivo foram expressamente orientados segundo as exigências da finalidade preventiva da pena, com ênfase para a prevenção especial.

Em outras palavras, embora o princípio da intervenção mínima tenha se concretizado nos dispositivos despenalizadores, as finalidades da pena previstas expressamente na norma de determinação da pena (art. 59), conjugada às reiteradas referências às circunstâncias subjetivas ligadas ao autor do fato, proporcionaram aos juízes ampla margem de discricionariedade orientada pelas exigências preventivas especiais.

Assim, as finalidades preventivas acabaram por impor limites à efetividade do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, implementando-se um modelo de despenalização com ênfase na necessidade de imposição de pena para fins de prevenção de reincidência e não como forma de reduzir os níveis de exercício do poder punitivo.¹⁰⁸⁰

Além disso, a adoção do sistema vicariante e do princípio da culpabilidade não importaram o abandono completo e integral do sistema do Código de 1940,

¹⁰⁸⁰ Sobre a tensão entre as finalidades da pena e o princípio da intervenção mínima ver PIRES, Álvaro P. La réforme pénale au Canada: l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Criminologie*, 20(2), 11–55. <https://doi.org/10.7202/017250ar>.

permanecendo, nas circunstâncias judiciais subjetivas do art. 59 do Código Penal, elementos de forte influência positivista, que acabariam por configurar a implementação das medidas orientadas pela finalidade de ressocialização.

Tanto o padrão bifurcado quanto a discricionariedade orientada por critérios predominantemente subjetivos da Reforma Penal de 1984 foram reproduzidos na legislação posterior.

A bifurcação político-criminal ganhou reforço com a Constituição de 1988, pela previsão, de uma lado os crimes hediondos, em consonância com as determinações de proteção de bens jurídicos, das quais a doutrina tem extraído as obrigações de criminalização e, de outro lado, da criação dos juizados especiais criminais.¹⁰⁸¹

Assim, a entrada em vigor da Lei 8.072/90, implementando restrições ao sistema progressivo e às garantias processuais, e a subsequente introdução, na mesma década, da segunda geração de penas alternativas, na Lei 9.099/95, constituem expressões de uma orientação dicotômica adotada pela Reforma de 1984 e reforçada pelo texto constitucional.

Além disso, observa-se que se manteve na Lei 9.099/95 a vinculação da discricionariedade judicial às circunstâncias judiciais subjetivas, nos moldes do sistema de penas introduzido na Reforma de 1984, no que se refere à aplicação da transação penal e suspensão condicional do processo.

O mesmo pode ser dito em relação à Lei 9.714/98, na qual foi ampliado o âmbito de aplicação das penas alternativas no que tange aos critérios objetivos, mas sempre preservando a margem de discricionariedade judicial na avaliação dos requisitos subjetivos, de forma que mesmo que atendidos aqueles, a substituição poderia não ser aplicada.

¹⁰⁸¹ Segundo estudo realizado por MACHADO e PIRES, as normas constitucionais constituem uma das principais justificativas para a introdução de normas incriminadoras ou que impliquem expansão do poder punitivo. Sobre o tema ver Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito n. 32/2010. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2010. p.34

À ampliação do âmbito de aplicação no que se refere aos requisitos objetivos contrapôs-se, porém, a exclusão dos crimes praticados com violência, reforçando-se, dessa forma, o caráter bifurcado do sistema.

Também foi reforçada a bifurcação no que se refere aos reincidentes, vez que, mesmo admitindo a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, a Lei 9.714/98 limitou a concessão aos casos nos quais fosse “socialmente recomendável”, deixando-se a decisão de aplicação à margem de apreciação judicial no caso concreto.

O mesmo fenômeno pode ser observado no âmbito da política criminal de drogas, já que a Lei 11.343/06 aprofundou a diferença de tratamento entre os crimes de tráfico e posse para consumo, elevando a pena mínima para o traficante e excluindo a imposição de pena de prisão para o usuário.

Também nesse caso foi mantida a discricionariedade judicial como fator determinante para a distinção entre o traficante e o usuário no caso concreto, tendo em vista a ausência de critérios claros e precisos para a capitulação das condutas.

A nova legislação de drogas ampliou, ainda, seguindo a tendência iniciada pela Reforma Penal de 1984, o âmbito de exercício da discricionariedade judicial, permitindo ao juiz a individualização da pena do pequeno ou médio traficante, por meio da previsão da causa de redução de pena do art. 33 parag. 4º.

Também nessa hipótese optou o legislador por deixar de estabelecer critérios precisos, tendo utilizado fórmulas vagas e sem precisão de forma a deixar ao julgador a decisão de aplicação no caso concreto.

Pode-se apontar, além disso, que a bifurcação político-criminal manifestou-se em todas a produção legislativa abordada no que se refere à a individualização da pena, no sentido de se reduzir a discricionariedade judicial no que tange à imposição de penas mais severas, ampliando-se a margem de apreciação do juiz para a aplicação das alternativas penais e dispositivos que possibilitam a redução da medida da pena.

Assim, medidas de exasperação da resposta penal foram excluídas da margem de discricionariedade do juiz, prevalecendo a individualização legislativa orientada pelas demandas da prevenção geral negativa, na vedação da progressão de regime e restrição ao livramento condicional no caso dos crimes hediondos, ou na elevação da pena mínima para o crime de tráfico, por exemplo.

Por outro lado, dispositivos potencialmente desencarceradores tiveram sua aplicação efetiva vinculada à discricionariedade judicial, a ser exercida de acordo com os critérios estabelecidos pelo legislador, nos moldes do art. 59 do Código Penal, introduzido na Reforma Penal de 1984.

Assim, os dispositivos destinados a endurecer a resposta penal foram efetivamente implementados, ao passo que a aplicação dos dispositivos destinados a reduzir os níveis de aplicação da pena de prisão foi consideravelmente debilitada pelas práticas judiciárias.

Nesse sentido, as pesquisas anteriormente expostas demonstram uma tendência de exarcebção do poder punitivo, bem como de implementação restritiva dos dispositivos desencarceradores, com fundamento na apreciação negativa das circunstâncias judiciais subjetivas.

É inegável a responsabilidade dos juízes pelas decisões e práticas desenvolvidas nos limites da margem de discricionariedade que lhes foi proporcionada, para ampliar o poder punitivo e, especialmente, os níveis de utilização da pena de prisão.

Deve-se reconhecer, porém, que as decisões judiciais foram produzidas, na grande maioria dos casos, dentro dos parâmetros fixados em lei, no exercido da margem de discricionariedade fornecido pelo legislador, ainda que de forma flagrantemente inconstitucional, como vem apontando importante parte da doutrina.

Quanto ao controle de constitucionalidade, observa-se que tem sido exercido de forma difusa em diversas situações de violação de direitos fundamentais, podendo-se apontar uma tendência nos tribunais superiores no sentido de adequar a aplicação da legislação penal produzida antes e após a Constituição de 1988 às normas constitucionais.

Um levantamento da efetividade desse controle de constitucionalidade não seria compatível com os limites desse trabalho, podendo-se afirmar, entretanto, que o mesmo não tem contribuído significativamente para a redução dos níveis de utilização da pena de prisão.

Tanto é assim que o número de presos e a taxa de encarceramento apresentou crescimento significativo e acelerado nas duas últimas décadas, embora tenha se registrado aumento também do número de pessoas submetidas às penas alternativas.

O aumento da população carcerária não começou, entretanto, na década de 1990, registrando-se a tendência de expansão já em meados da década de 1980, como demonstrado anteriormente.

Embora seja inegável a influência da legislação introduzida nas décadas de 1990 e 2000 sobre o crescimento da população carcerária, verifica-se que a produção legislativa posterior à Constituição contribuiu para acentuar e acelerar uma tendência de crescimento que já havia tido início em meados da década de 1980, após a entrada em vigor da Reforma Penal de 1984.

A investigação de uma correlação entre a bifurcação político criminal inaugurada pela Reforma Penal de 1984 e reforçada pela legislação das décadas seguintes e o crescimento da população carcerária demandaria um estudo empírico amplo e aprofundado.

Seria necessário verificar a existência de uma correlação entre cada uma das inovações legislativas e o tempo médio de execução da pena privativa de liberdade, ao longo de séries históricas.

Além dessa análise histórica, seria imprescindível a investigação da medida da contribuição das reformas legislativas para o crescimento da população carcerária, por meio do desenvolvimento de um modelo complexo, incluindo o maior número possível de variáveis que poderiam influenciar os níveis de encarceramento,

Não se dispondo, atualmente, de pesquisas que preencham esses requisitos, não há como se afirmar conclusivamente a existência de uma relação de causa e efeito entre as decisões político criminais mencionadas e o crescimento da população carcerária.

Entretanto, as pesquisas mencionadas ao longo do trabalho, embora parciais e de escopo limitado, formam um conjunto de dados que, mesmo que fragmentado e desconexo, constitui forte indicio de uma relação entre as decisões políticos criminais legislativas implementadas na Reforma Penal de 1984 e reforçadas na legislação introduzida posteriormente (Lei 8.072/90, Lei 9.099/95, Lei 7194/98, Lei 11.343/06) e o aumento do nível de utilização da pena privativa de liberdade, principalmente devido à fixação de penas mais longas.

Mais especificamente, as pesquisas referidas apontam a contribuição do sistema de penas introduzido na Reforma Penal de 1984, especialmente no que se refere à margem de discricionariedade judicial na apreciação das circunstâncias

judiciais subjetivas, para práticas judiciárias tendentes à exacerbação do uso do poder punitivo, com a maior frequência da imposição da pena de prisão e determinação de penas mais longas.

Também o sistema de penas alternativas, vinculado pelo legislador a critérios que reproduziram as circunstâncias judiciais subjetivas do art. 59 do Código Penal, teve seu âmbito de aplicação consideravelmente reduzido pelas práticas judiciárias, segundo as pesquisas desenvolvidas acima expostas, caracterizando-se importante contribuição para a determinação mais frequente de penas de prisão.

Da mesma forma, a margem de discricionariedade fornecida ao juiz pelo legislador para a individualização da pena entre o traficante, pequeno traficante e usuário na Lei 11.343/06, possibilitou uma aplicação restritiva dos artigos 28 e 33 par. 4º daquele diploma, contribuindo para a aplicação mais frequente da pena de prisão e fixação de penas mais longas, como demonstraram as pesquisas apresentadas.

Mesmo que não se possa, portanto, extrair dessas demonstrações uma correlação imediata e automática, a análise do conjunto de dados extraídos das diversas pesquisas apresentadas permite afirmar a influência do sistema de penas introduzido pela Reforma Penal de 1984 para a configuração de uma política criminal bifurcada, a qual foi reproduzida e reforçada pela legislação posterior, contribuindo para a imposição de penas mais longas e uso mais frequente das penas de prisão e, por conseguinte, para o crescimento da população carcerária da segunda metade da década de 1980 e nas décadas seguintes.

A partir das assertivas acima, serão desenvolvidas, no próximo tópico, sugestões de medidas a serem implementadas no sistema penal, especialmente no que se refere ao modelo de individualização da pena, para a redução dos níveis de imposição da pena de prisão (no que diz respeito à frequência e duração da pena de prisão) e, por conseguinte, da taxa de encarceramento brasileira.

8 REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL: ESTRATÉGIAS E PROPOSTAS

A partir da correlação apontada acima, entre o crescimento da população carcerária brasileira e as decisões político-criminais produzidas no período abordado, pretende-se propor diretrizes para a reformulação do sistema de penas, de forma a possibilitar a implementação de estratégias voltadas para a reversão da tendência expansiva do encarceramento e redução da população carcerária.

Não se busca, porém, uma análise completa e exaustiva de todas as possíveis medidas e estratégias adequadas para o caso brasileiro, optando-se por excluir da abordagem inúmeras propostas brilhantemente desenvolvidas anteriormente por pesquisadores e estudiosos do tema.

Isso não significa, esclareça-se, que se rejeita ou descarta eventual implementação dessas outras importantíssimas contribuições aqui não abordadas.

A necessidade de exclusão se justifica, apenas, pela necessidade de se assegurar a coesão do texto, restringindo-o à apresentação de propostas ligadas a temas tratados nos capítulos anteriores do texto, nos quais foram apontadas as decisões político criminais que contribuíram para o crescimento da população carcerária brasileira.

Nessa perspectiva, serão apresentadas estratégias de reformulação do modelo de penas atualmente vigente, especialmente no que se refere à forte orientação pelas finalidades retributiva e preventiva da pena.

Opta-se, em vez disso, por um sistema de sanções no qual as considerações retributivas ou teleológicas restringem-se à função de justificação, predominando na questão da individualização e medida da pena o princípio da intervenção mínima.¹⁰⁸²

O princípio da intervenção mínima deve orientar, assim, a atuação do legislador, como mandamento constitucional,¹⁰⁸³ reestruturando-se o sistema de

¹⁰⁸² Nesse sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 153

¹⁰⁸³ Sobre a necessidade de adequação da atividade legislativa aos princípios constitucionais ver o que se disse acima em 3.7.

penas a partir de três eixos principais, quais sejam: 1) individualização legislativa; 2) individualização judicial; 3) individualização executiva.

As propostas serão apresentados, em seguida, em linhas gerais, organizando-se a exposição de acordo com os eixos indicados acima.

Não se buscará, porém, fornecer um sistema integral e detalhado de penas, mas uma elaboração em linhas gerais, que deverá funcionar como sugestão para futuro desenvolvimento mais aprofundado, tarefa, a qual, por sua amplitude, não cabe nos limites do presente trabalho.

Sem prejuízo, serão introduzidos, no decorrer da exposição, alguns exemplos mais específicos, apenas para fins de ilustração e melhor compreensão das propostas.

8.1 Individualização Legislativa

8.1.1 Descriminalização e Despenalização

As medidas voltadas para a redução dos níveis de imposição de penas de prisão no Brasil tem se concentrado majoritariamente na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Ocorre que a introdução das penas alternativas na década de 1980 e posterior ampliação de seu campo de aplicação na década de 1990 não resultaram na redução da população carcerária, contrariando a expectativa dos legisladores, embora o número de pessoas submetidas às penas alternativas tenha aumentado.¹⁰⁸⁴

A introdução dos novos tipos de pena e consequente ampliação da margem de apreciação judicial do juiz condicionaram a efetiva implementação das alternativas penais à discricionariedade judicial, tendendo as práticas judiciárias à opção preferencial pela pena de prisão, como demonstrado acima.

Assim, o modelo de substitutivos penais vigente resultou em expansão do âmbito do exercício do poder punitivo e na manutenção da prisão como instituto central do sistema penal, com consequente aumento dos níveis de encarceramento.

¹⁰⁸⁴Sobre o assunto ver o que se disse acima em 6.2.

A estratégia de redução dos níveis de imposição de pena de prisão deve afastar-se, por consequente, da ênfase nas penas substitutivas, optando-se, em vez disso, pela descriminalização ou despenalização¹⁰⁸⁵ de determinadas condutas, tendo em vista seu menor potencial ofensivo.

¹⁰⁸⁵ As expressões descriminalização e despenalização tem sido conceituadas de formas diversas. Para SOUZA e JAPIASSÚ, trata-se de institutos diferentes, sendo que a descriminalização equivale à “abolitio criminis”, isto é, revogação total da norma penal incriminadora, ao passo que a despenalização consistiria na alteração da norma para excluir a possibilidade de imposição de penas privativas de liberdade. Assim, por exemplo, o art. 28 da Lei 11.343/06 teria despenalizado a posse de droga para uso próprio, como entendeu também o STF (RE 430105-QO Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Dj de 27/4/2007) GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal. Volume Único*. Rio de Janeiro: São Paulo: Atlas, 2018. Edição Kindle. p.70, 462. No mesmo sentido, MARTINELLI e BEM, divergindo, porém, no que diz respeito à despenalização, a qual definiram como isenção de pena. Para esses autores o art. 28 da Lei 11.343/06, por exemplo, seria caso de descarcerização e não de despenalização. MARTINELLI, João Paulo Orsini. De BEM, Leonardo Schmitt. São Paulo: Saraiva, Jur, 2018. Edição Kindle. p. 6903. Também nesse sentido BITENCOURT, afirmando que o art. 28 da Lei 11.343/06 consiste em despenalização apenas parcial ou descarcerização. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei 8.714/98*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 5173. Adotando abordagem semelhante TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.34. Já BARATTA utiliza despenalização como equivalente de descriminalização, definindo-a como “(...) contração ao máximo do sistema punitivo, com a exclusão, total ou parcial, de inumeráveis setores que enchem os códigos que, como o código italiano, nasceram sob o signo de uma concepção autoritária...”. Tratar-se ia, segundo o autor de “(...) aliviar em todos os sentidos a pressão negativa do sistema punitivo sobre as classes subalternas e os efeitos negativos desta pressão sobre o destino dos indivíduos e a unidade da classe operária, que o sistema penal concorre para separar, drasticamente, se suas camadas marginais”. A despenalização abrangeria, ainda, na visão de BARATTA, a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas, ou civis) e, mais ainda, o encaminhamento de processos

A descriminalização concretizar-se-ia, como ensinaram SOUZA e JAPIASSÚ, com a revogação da norma penal incriminadora, passando-se a reconhecer a conduta como absolutamente lícita (“abolitio criminis”).

Já a despenalização importaria afastamento da possibilidade de imposição de pena prisão, cominando-se tão somente penas restritivas de direitos.¹⁰⁸⁶

A opção pela descriminalização ou despenalização como estratégia de redução da população carcerária encontra amparo jurídico no princípio da intervenção mínima,¹⁰⁸⁷ o qual, mesmo sem previsão expressa no texto

alternativos de socialização do controle do desvio e de privatização dos conflitos, nas hipóteses em que isso seja possível e oportuno”. p. 202-203. Diverge a abordagem de CARVALHO, para quem a descriminalização legislativa desdobrar-se-ia em descriminalização em sentido estrito, (equivalente à revogação da norma penal incriminadora) e descriminalização parcial, a qual poderia manifestar-se pela transferência da conduta a outros ramos do direito (civil, administrativo) ou pela alteração dos critérios sancionadores, sendo que no caso do art. 28 da Lei 11.343/06 não teria havido descriminalização, mas descarcerização CARVALHO, Salo de. Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11. 343/06. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 161. As expressões são utilizadas com significado diverso no Direito Internacional, como, por exemplo, na Recomendação (99) 22 e no Livro Branco sobre a Superpopulação Carcerária do Conselho Europeu, no qual a descriminalização ocorreria quando uma conduta deixa de ser ilícita e a despenalização importaria a substituição da sanção penal por sanções administrativas. CONSELHO EUROPEU. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018. Sobre o tema ver ILARIA, Zoda. La Deflazione Penale in Italia. Tese de Doutorado 2008.. Università degli Studi di Ferrara, p. 44. Para o desenvolvimento do presente tema, será adotada a nomenclatura utilizada na jurisprudência do STF.

¹⁰⁸⁶ ILARIA, Zoda. La Deflazione Penale in Italia. Tese de Doutorado 2008.. Università degli Studi di Ferrara, p. 44

¹⁰⁸⁷ O princípio em questão vem recebendo diversas denominações. MARTINELLI e BEM, por exemplo, optaram por denominá-lo princípio da necessidade penal. Sobre

constitucional, impõe-se ao legislador, como observou NILO BATISTA, “por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídicos penais, dotados de positividade e com pressupostos políticos do estado democrático de direitos.”¹⁰⁸⁸

O direito penal só deveria ser aplicado, segundo SOUZA e JAPIASSÚ, como “ultima ratio”, contra condutas que constituam ataques aos bens jurídicos penais e no caso de determinadas formas de ataque ou ameaça àqueles bens, e, além disso, quando fracassarem ou demonstrarem-se ineficientes outros ramos do Direito.¹⁰⁸⁹

Assim, embora caiba ao legislador decidir quais bens devem ser protegidos penalmente, a atividade legislativa deve ser exercida nos limites das normas e princípios constitucionais, submetendo-se às restrições impostas pelo princípio da intervenção mínima, especialmente no que se refere caráter subsidiário do direito penal.¹⁰⁹⁰

Nessa perspectiva, o direito penal deveria intervir, como disseram MARTINELLI e BEM,

quando os outros meios de controle social – menos gravosos à liberdade pessoal - resultem ineficazes. O legislador deve optar por qualquer outro instrumento de tutela que cause consequências menos intrusivas àquelas que se logram com a arma da pena, mas sempre respeitadas as garantias

as diferentes opções terminológicas, ver MARTINELLI, João Paulo Orsini. De BEM, Leonardo Schmitt. São Paulo: Saraiva, Jur, 2018. p. 3725.

¹⁰⁸⁸ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 85.

¹⁰⁸⁹ Segundo os autores, o bem jurídico lato sensu é todo e qualquer valor importante para a sociedade, cuja proteção venha a ser determinada por força de lei ou por força de ato administrativo. Já os bens jurídicos penais seriam os valores essenciais, os quais constituiriam o núcleo central do estado democrático de direito. Sobre o tema ver GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 51.

¹⁰⁹⁰ Sobre os limites constitucionais à individualização legislativa ver acima na seção.3.8.

fundamentais. Com efeito, verificada a capacidade dessas medidas alternativas, o legislador não estaria obrigado a criminalizar.¹⁰⁹¹

Mesmo em se admitindo a obrigação de criminalização imposta pela Constituição em relação a determinados bens jurídicos, a dignidade penal por si só não legitimaria a atividade legislativa.

A punição deveria restringir-se, segundo CUNHA, aos perigos ou às ofensas mais graves aos valores tutelados, sendo imprescindível que se afirme a existência de “(...) danosidade social merecedora de tutela penal.”

Legitima-se a tutela penal, dessa forma, não apenas pela previsão constitucional, mas pela constatação da necessidade da criminalização e da insuficiência de outras formas de proteção.

Como disse a autora, “(...) a Constituição, ao impor deveres de proteção, não determina, necessariamente, a forma de proteção, que vai depender de uma série de factores. Esta proteção só deverá ser prosseguida pelo Direito Penal caso este se apresente de fato imprescindível.”¹⁰⁹²

¹⁰⁹¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. De BEM, Leonardo Schmitt. São Paulo: Saraiva, Jur, 2018. p. 3725.

¹⁰⁹² Da CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da Cunha. Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995 .p.293-4. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, afirmando que “(...) o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal; mas que a esta noção tem de acrescer ainda um qualquer outro critério que torne a criminalização legítima. Este critério adicional é — como, de resto, uma vez mais diretamente, se conclui a partir do já tantas vezes referido art. 18º -2 da CRP — o da necessidade (carência) de tutela penal. FIGUEIREDO DIAS, JORGE de. Direito Penal. Parte Geral. Tomo 1. Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 127. Também assim PASCHOAL, observando que “A busca de um Direito Penal mínimo não pode conviver com uma Constituição que traz, em seu bojo, necessidades automáticas (e não concretas) de criminalização.” PASCHOAL, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p 77. CIRINO utilizou nomenclatura diversa, referindo-se ao

A absoluta necessidade de limitação material do poder punitivo no que se refere à criminalização primária decorreria, como observou NILO BATISTA, do Estado de Direito, expressando-se no enunciado limitador do princípio de proscricção da grosseira inidoneidade da criminalização. Nas palavras do autor

Nos casos concretos, várias hipóteses seriam discutíveis, mas haverá algumas em que a desnecessidade se torna evidente: não seria constitucional criminalizar a omissão do pagamento de um serviço público, pois o modelo de solução do conflito é outro (interrupção do serviço execução e cobrança) e acha-se disponível. Tampouco o seria a criminalização de um sintoma de doença, quando o modelo de solução é terapêutico: nesse sentido, é questionável a constitucionalidade de atual legislação concernente ao porte para uso de drogas ilícitas. A criminalização não é um modelo ao qual se possa recorrer arbitrariamente, privando as partes de soluções. O avanço do estado de polícia, por força de atos verticalizantes e à custa da paz social (soluções para os conflitos) é inadmissível.¹⁰⁹³

Além de encontrar respaldo constitucional, a despenalização ou descriminalização foram utilizadas de forma exitosa como estratégias de redução da população, como, por exemplo no caso da Finlândia, com a descriminalização da direção alcoolizada na década de 1960.¹⁰⁹⁴

Mais recentemente, descriminalização de despenalização foram apontada em documentos internacionais, como estratégias para redução das populações carcerárias nacionais.

Nesse sentido, na Recomendação (99)22 do Conselho Europeu, a descriminalização foi uma apontada como uma das medidas a serem adotadas

princípio da proporcionalidade, o qual desdobrar-se-ia em proporcionalidade abstrata (limitando a criminalização primária às hipóteses de graves violações de direitos humanos e excluindo lesões insignificantes de bens jurídicos) e concreta (limitando a criminalização secundária, de forma que os custos da aplicação e execução da pena não sejam superiores aos custos do crime. Sobre o tema ver CIRINO, Juarez. Direito Penal Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27-28.

¹⁰⁹³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: Revan, 2003. P.241-242

¹⁰⁹⁴ Sobre o tema ver supra 3.6.1

pelos Estados para a redução da população carcerária, ao lado da requalificação da conduta para excluir a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade.¹⁰⁹⁵

Também no Livro Branco sobre a Superpopulação Carcerária do Conselho Europeu, recomendou -se aos Estados, inclusive aqueles que não enfrentam problemas graves de superpopulação, que reavaliem periodicamente suas decisões legislativas político-criminais, de forma a se atentar particularmente para quais condutas devem ser penalizadas. Segundo o Livro Branco,¹⁰⁹⁶

Um dado comportamento pode ser particularmente discutível do ponto de vista ético numa certa sociedade, sem, entretanto, exigir uma sanção penal, e menos ainda uma pena de prisão. É preciso notar que a despenalização não significa necessariamente que um comportamento é julgado legal ou moral, mas que outras respostas, que saem parcialmente ou inteiramente da moldura penal, são propostas. Um determinado ato pode sempre ser julgado ilegal e imoral mas outras medidas e sanções podem ser mais adaptadas para sancioná-lo. Além disso, é preciso lembrar que se nem todos os sistemas jurídicos deixam de penalizar todos os atos ilegais, outras medidas ou intervenções podem ser previstas para corrigir a situação.

¹⁰⁹⁵ CONSELHO EUROPEU. Recomendação (99)22. N. 4 .:“Member states should consider the possibility of decriminalising certain types of offence or reclassifying them so that they do not attract penalties entailing the deprivation of liberty.”

¹⁰⁹⁶ No original em Francês: « Il convient de faire preuve d'une attention particulière lorsqu'on détermine quels actes doivent être pénalisés ou si ces actes soulèvent des questions d'ordre principalement éthique. Un comportement donné peut être particulièrement discutable d'un point de vue éthique dans une certaine société, sans toutefois appeler systématiquement une sanction pénale, et encore moins une peine d'emprisonnement. Il importe de noter que la dépénalisation ne signifie pas nécessairement qu'un comportement est jugé légal ou moral, mais que d'autres réponses, qui sortent partiellement ou entièrement du cadre pénal, sont proposées. Un acte donné peut toujours être jugé illégal et immoral, mais d'autres mesures et sanctions peuvent être plus adaptées pour le sanctionner. En outre, il faut se rappeler que si tous les systèmes juridiques ne pénalisent pas tous les actes illégaux, d'autres mesures ou interventions peuvent être prévues pour corriger la situation. ». CONSELHO EUROPEU. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018.

Nessa perspectiva, foram apontadas expressamente medidas adotadas em casos concretos, como a despenalização da direção alcoolizada, a substituição das sanções penais pelas sanções administrativas, obrigações de submissão a cuidados nos crimes de drogas e descriminalização da imigração ilegal.¹⁰⁹⁷

A estratégia da despenalização foi indicada também pelo Informe da reunião preparatória regional da América Latina e Caribe sobre prevenção do delito e justiça penal para o 12º Congresso das Nações Unidas celebrado em maio de 2009, em São José da Costa Rica.¹⁰⁹⁸

No mesmo sentido, o Manual para redução da população carcerária das Nações Unidas fez referência à necessidade de se optar por decisões político-criminais voltadas para a descriminalização, recomendando o equilíbrio entre a necessidade de penalizar o autor do fato e a de proteger o público e facilitar a reabilitação prevenindo a reincidência.¹⁰⁹⁹

A descriminalização e a despenalização tem demonstrado maior efetividade que a introdução de alternativas penais, tendo em vista que as condutas são retiradas do âmbito de proteção do direito penal ou de aplicação da pena de prisão, evitando-se, dessa forma, qualquer tipo de efeito encarcerador de eventual condenação penal.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁷ CONSELHO EUROPEU. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018.

¹⁰⁹⁸ ILANUD. Estrategias y Buenas Prácticas para reducir el hacinamiento en las Instituciones Penitenciarias. Disponível em https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/12th_Congress/25Maria_Noel_Rodriguez.pdf Acesso em 24 de novembro de 2018.

¹⁰⁹⁹ UNODOC. Handbook on Strategies to Reduce Overcrowding in Prisons, p. 44

¹¹⁰⁰ Na questão da despenalização da posse de entorpecente para uso próprio pelo art. 28 da Lei 11.343/06, entretanto, embora excluída a imposição da pena de prisão mesmo no caso de descumprimento das penas alternativas cominadas, a permanência da conduta no âmbito de proteção do Direito Penal importa a incidência de uma série de outros dispositivos que debilitam a efetividade do

Outra vantagem da descriminalização ou despenalização é afastar a influência das práticas judiciais sobre a efetiva implementação da medida, garantindo-se a eficácia da decisão legislativa, o que não ocorre no caso da previsão de penas alternativas, cuja aplicação fica condicionada à margem de discricionariedade judicial, como demonstrado acima.¹¹⁰¹

A redução da população carcerária só seria obtida, entretanto, pela descriminalização de condutas que efetivamente influenciem a composição da população carcerária.

dispositivo. A condenação pela prática do art. 28, embora não se imponha pena de prisão, tem sido considerada para efeitos de reincidência no caso da prática de outro crime, produzindo-se, nesse hipótese, diversas consequências no que se refere à determinação da pena (incidência da agravante da reincidência) e à execução da pena privativa de liberdade, notadamente para aplicação de livramento condicional (exigência de prazo maior) e, em determinados casos, progressão de regime (se o segundo delito for hediondo, exige-se prazo maior (três quintos)). O tema é controvertido, encontrando-se nas práticas judiciais diferentes entendimentos sobre os efeitos da prática do art. 28 da Lei 11.343/06. Assim, por exemplo, a 5ª Turma do STJ decidiu, acompanhando o entendimento do STF, que incide a agravante da reincidência em razão de condenação anterior pelo uso de droga, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06 (HC 314594/SP rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ2 1/3/2016. Recentemente, a Sexta Turma do STJ adotou entendimento diverso para afastar a reincidência decorrente da condenação anterior por posse de drogas para uso próprio. (REsp 1.672.654/SP, j. 21/08/2018. Além disso, no caso do apenado em gozo de livramento condicional condenado pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, mesmo que se aplique pena de advertência, é facultativa a revogação do livramento (art. 87 do CP), embora se exija fundamentação idônea, produzindo-se o efeito encarcerador por via transversa. Nesse sentido STJ, HC n. 245.581-SP. Quinta Turma. DJe 26/03/2014. Rel. Min. Laurita Vaz. De forma semelhante, mas ressaltando o caráter facultativo da revogação, STF, HC 127.709 SP. Primeira Turma. DJe-125 16/06/2016. Rel. Min. Edson Fachin.

¹¹⁰¹ Sobre o tema ver o que se disse retro na seção 3.5.1.

No caso brasileiro, o efetivo carcerário é composto majoritariamente de presos condenados por furto, roubo e tráfico de drogas, como demonstrado acima, de forma que eventual adoção de medida de descriminalização ou despenalização deveria ser implementada principalmente em relação a esses crimes.

8.1.2 Revisão da Escalas de Pena

Eventuais medidas de descriminalização ou despenalização devem inserir-se, além disso, em uma ampla política de revisão de escalas de pena, de forma a se manter a proporcionalidade interna entre a gravidade dos crimes e as penas respectivas e assegurar a efetividade do princípio da intervenção mínima.¹¹⁰²

Como disse, BRODEUR, as reformas penais especificamente destinadas à modificação das normas de individualização da pena forneceriam uma oportunidade para o exercício de importante reflexão a respeito do sistema penal como um todo.¹¹⁰³

¹¹⁰² No sentido do texto, propondo a redução das escalas penais como estratégia de redução da população carcerária a médio prazo, KUHN, André. *Punitivité, politique criminelle et surpeuplement carcéral ou comment réduire la population carcérale*. Stuttgart: Paul Haupt Bern, 1993. p. 132. No Livro Branco sobre a população carcerária do Conselho Europeu observou-se que a “(...) ampliação do campo de infração não se fez acompanhar de uma revisão rigorosa da legislação penal a fim de reorganizar as definições, de redefinir as sanções e suas medidas e despenalizar certas infrações menores.”, originando-se daí, um aumento da duração das penas e, conseqüentemente, os problemas de superpopulação carcerária. Assim, o conselho recomenda aos Estados a revisão periódica de seus sistemas penais, no todo ou em grande parte, levando em conta os objetivos políticos criminais, os recursos disponíveis e os resultados realmente obtidos por diversas sanções e medidas previstas em lei e aplicadas na prática. Sobre o tema ver. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018.

¹¹⁰³ BRODEUR, Jean-Paul. *Réforme et diffomités pénales*. *Déviance et Société*. Vol 14. No.2. p. 133-156. 1990. O autor menciona como importantes exemplos

No caso brasileiro, embora tenha se implementado a Reforma Penal de 1984, limitou-se empreitada a revisão à parte geral, de forma que a parte especial tem sido alterada apenas pontualmente, inviabilizando-se uma atualização completa e coerente de todo o sistema.

Como disse FRAGOSO, “A dosimetria da nossa lei, na fixação da pena, sobretudo nas disposições da Parte Especial, deve ir para o museu das antiguidades jurídicas.”¹¹⁰⁴

8.1.3 Penas restritivas de direitos: estratégias de ampliação

O modelo brasileiro de penas alternativas não implicou a redução dos níveis de encarceramento, como dito acima, sendo necessário introduzir mecanismos que, como sugeriu JAPIASSÚ, “permitam que as penas alternativas sirvam para reduzir a população carcerária, em lugar de servir como mero instrumento de gestão penal.”¹¹⁰⁵

de reformas penais direcionadas para a modificação das normas de individualização da pena, aquelas implementadas na década de 1970 nos países escandinavos e Estados Unidos, além das propostas de Reforma da Comissão de Reforma do Direito do Canada (CCDP) e do Conselho Consultativo sobre o Sistema Penal, no Reino Unido (Advisory Council on the Penal System, 1978). BRODEUR, Jean-Paul. Réforme et différences pénales. *Déviance et Société*. Vol 14. No.2. p. 133-156. 1990.

¹¹⁰⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Alternativas da Pena Privativa de Liberdade. *Revista de Direito Penal*. N. 29, p. 5 a 17.

¹¹⁰⁵ No original em espanhol “es preciso que se refleje sobre la adopción de dispositivos o mecanismos que permitan que las penas alternativas sirvan para reducir la población carcelaria, en lugar de servir como mero instrumento de gestión penal.” JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Alternativas a la prisión en Brasil: ¿Instrumentos para la reducción de la población carcelaria o para la ampliación del control estatal? In ALAGIA, Alejandro et al. *Derecho Penal: Alternativas à la prison*. Ano 1. Numero 1. Buenos Aires Maio 2012. P. 115- 132

8.1.3.1 Previsão das penas alternativas nos preceitos secundários

A revisão de escalas penais deve ser implementada de forma que a decisão de criminalização implique automaticamente a aplicação de medidas alternativas ou, subsidiariamente, a imposição de pena restritiva de direito, não como pena alternativa, mas como pena de referência, inserida já no preceito secundário, a exemplo do art. 28 da Lei 11.343/06.¹¹⁰⁶

O modelo atual, no qual as penas restritivas de direito são previstas como alternativas ao encarceramento, facultando-se a decisão de substituição ao juiz, implica a manutenção da prisão como referência primordial de punição.

Daí decorre que as alternativas são consideradas como favores ou benefícios, tendendo e, por conseguinte, as práticas judiciais tendem a optar por uma aplicação restritiva, frustrando as expectativas do legislador.

¹¹⁰⁶ No sentido do texto, observando que a introdução de penas alternativas no preceito secundário poderia vir a tornar-se mais frequente, GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 314. Também nesse sentido, a proposta da Comissão de Reforma Penal do Canadá. BRODEUR, Jean-Pau. Réforme et diffomités pénales. *Déviance et Sociétés*. Vol 14. No.2. p. 133-156. 1990. PIRES, Álvaro. La Reforme pénale au Canada: l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Criminologie*, 20(2), 11–55. <https://doi.org/10.7202/017250ar>. Também a Recomendação Rec (2000) 22 do Conselho Europeu estabelece que convém, sempre que forem elaboradas novas leis, a indicação, para certas infrações de uma pena ou medida não privativa de liberdade como sanção de referência. CONSELHO EUROPEU. COMITÉ DE MINISTROS. Recommendation Rec (2000) 22 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté, 2000. No mesmo sentido, as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, Regra 14.1. CNJ. Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, 2016.

Nesse contexto, eventual recusa ou falha na execução por parte do autor do fato é considerada como duplamente repreensível, tendo em vista o tratamento benéfico dispensado ao acusado com a substituição da pena de prisão, tendendo-se a se impor tratamento mais severo em caso de descumprimento.¹¹⁰⁷

A previsão de penas não privativas de liberdade nos preceitos secundários busca a afastar a interferência das práticas judiciárias, assegurando a efetividade dos dispositivos despenalizadores, de forma a garantir a aplicação das medidas previstas nos moldes da decisão político-criminal do legislador.

Como observou PAVARINI,

¹¹⁰⁷ De forma semelhante, referindo-se ao sistema belga, SNACKEN, Sonja. *Analyse des Mécanismes de La Surpopulation Pénitentiaire*. In GRUPE EUROPÉEN DE RECHERCHERS SUR LA JUSTIÇA PÉNALE. *La Surpopulation Pénitentiaire em Europe*. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 22. De acordo com RAUPP, o legislador optou pelo modelo de penas substitutivas temendo pela ausência de mecanismos de reação à eventual inadimplência. Disse a autora, o legislador “não imaginou um sistema de controla da administração de penas (por exemplo, pelo juiz de execução de penas, pelas agências de controle de livramento condicional, etc.). Ele também não pensou no fato de que o juiz podia exigir que o condenado se reapresentasse ao tribunal em caso de desobediência à sentença ou que ele poderia mesmo acrescentar imediatamente um período de encarceramento diante do desrespeito à sanção, sem ter que começar da prisão. Nesse caso, a estimação da duração da pena seria feito em função do valor da pena não cárcere ou das particularidades do caso. Em francês no original: “Il n’imagine pas n système de controle de l’administration des peines (par exemple, par le juge d’exécution des peines, par desa gents de probation, etc.). In ne pensa pas non plus au fait que le juge pouvai exiger que le condamné revienne devant le tribunal an cas de désobéissance à la sentence ou qu’il pouvai même ajouter immédiatement un période d’incarcération advenant le non-respect de la sanction, sana avoir à commencer par la prison. Dans ce cas, l’estimation de la durée de la peine serai faite en fonction de la valeur de la peine non carcérale ou des particularités du cas. » RAUPP, Mariana Mendonça. *La réforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l’incarcération*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Ciências Sociais de Ottawa, Canadá, 2015.p. 165

Abstratamente - isto é, prescindindo de todo juízo concreto de eficiência - somente o primeiro sistema de alternatividade em sede legislativa é congruente em relação ao fim de desencarceramento. É esta, de fato, a única estratégia de alternatividade que está em condições de prescindir completamente do próprio cárcere. Somente nestas hipóteses as alternativas à pena detentiva são, absolutamente, diversas dela. E é esta, definitivamente, a única estratégia que pode - uma vez radicalizada - levar a abolição mesma do cárcere.¹¹⁰⁸

Assim, para as condutas que importem grau pequeno ou médio de lesão ao bem jurídico, como, por exemplo, os crimes patrimoniais leves, devem ser previstas somente penas restritivas de direito.¹¹⁰⁹

Já para as condutas mais graves, mesmo que seja admitida a imposição de pena privativa de liberdade, deve haver previsão de penas restritivas de direitos no preceito secundário, de forma a possibilitar uma maior margem de individualização da pena.

¹¹⁰⁸ Em español no original: “Abstractamente - esto es, prescindiendo de todo juicio concreto de eficiencia - solo el primer sistema de alternatividade en sede legislativa es congruente respecto del fin del desencarcelamiento. Es ésta de hecho, la única estrategia de alternatividade que está en condiciones de prescindir completamente de la cárcel misma. Sólo en set hipótesis las alternativas a la pena detentiva son, absolutamente, diversas de ella. Y es esta, en definitiva, la única estrategia que puede - una vez radicalizada - llevar a la abolición misma de la cárcel.” PAVARINI, Massimo. *Un Arte Abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 52.

¹¹⁰⁹ Os crimes patrimoniais leves não mereceriam, segundo SILVA-SANCHEZ, imposição de pena privativa de liberdade, devendo se optar por sanções simbólicas, voltadas para a declaração de culpabilidade e reparação, apesar de sua manutenção no do âmbito do direito penal. SILVA-SANCHEZ, Jesús-María. *Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de cuestión*. P. 350 : *Estudios penales y criminológicos*, N^o. 25, 2004, págs. 331-360

8.1.3.2 Ampliação do rol de penas alternativas

A aplicação das penas alternativas poderia ser ampliada, também por meio da inclusão de mais modalidades de penas alternativas, proporcionando-se ao juiz maior flexibilidade na escolha da pena mais adequada às circunstâncias do fato. Poderiam ser inseridos, por exemplo, nos preceitos secundários, a advertência,¹¹¹⁰ a imposição de um período de prova (“probation”)¹¹¹¹ ou monitoramento comunitário

¹¹¹⁰ A pena de advertência foi prevista no Projeto de Lei 2.684/96, para substituir sanções penais inferiores a seis meses, que consistiria em uma admoestação verbal do condenado, porém foi vetada pelo Poder Executivo. Entretanto, poderia ser inserido nos preceitos secundários de determinados crimes, constituindo, uma censura oral na qual é fixada a culpabilidade, a desaprovação pública do fato, de forma condicionada, como sugeriu BITENCOURT, ou incondicionada, como ocorre no art. 28 da Lei 11.343/06. Como observou o autor, “Na verdade, ao longo do tempo, tem-se constatado que existem situações, para determinados infratores, em que o simples ato de responder a um processo criminal já representa uma reprimenda extraordinária, sendo completamente desnecessário qualquer outro tipo de sanção. Para esses agentes, a admoestação seria, com certeza, a “pena necessária e suficiente” à prevenção e reprovação do fato delituoso. O fundamento de uma sanção desta natureza não reside no fator negativo da punição, mesmo alternativa à prisão, mas no fator positivo de o condenado, por sua própria escala de valores e esforço pessoal, comprovar, ao longo de certo tempo, que não merecia sanção mais grave.” Sobre o tema ver BITENCOURT, Cezar Roberto. *Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98*. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle. p. 4976-5022.

¹¹¹¹ A imposição do período de prova (“probation”) como pena autônoma foi introduzida na Bélgica pela Lei de 8 de janeiro de 2014 e passou a ser aplicada em 2015. O objetivo da medida seria proporcionar ao juiz maior margem de escolha, viabilizando a individualização da pena. Essa modalidade de pena consiste na obrigação para o condenado de respeito às condições particulares estabelecidas durante um período fixado pelo juiz, que não pode exceder dois anos. Sobre o tema ver PAULUS, Julie. *Analyse de l’avant-projet de réforme du livre premier du Code Pénal concernant le sursis à l’exécution des peines e la suspension du*

(como pena imposta sem qualquer previsão de encarceramento),¹¹¹² procedimentos de mediação, restrições à liberdade de locomoção¹¹¹³ e recolhimento domiciliar.¹¹¹⁴

prononcé. Dissertação para obtenção do grau de mestre pela Faculté de Droit, Science Politique et Criminologie. Université de Liège, 2017.

¹¹¹² O monitoramento ou vigilância comunitária é utilizado em pelo menos quarenta estados norteamericanos, nos programas de período de prova com supervisão intensiva (“intensive supervision probation”, conhecido pela sigla ISP). Nos estados de Georgia e Illinois, o instituto é utilizado como alternativa ao encarceramento, sendo aplicado aos condenados que seriam enviados à prisão. Sobre o tema ver WILL, Richard. Intensive Supervision. TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. Intermediate Sanctions in Overcrowded Times. Boston: Northeastern University Press, 1995. p. 89.

¹¹¹³ Nesse sentido a Recomendação CM/Rec (2017) 3 relativa às Regras Europeias sobre as sanções e medidas aplicadas no seio da comunidade. CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Regras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017.

¹¹¹⁴ Também o recolhimento domiciliar, previsto no Projeto de Lei que deu origem à Lei 9.714/98, foi vetado pelo Poder Executivo, em razão da ausência de suposta força punitiva. Entretanto, foi incluído na Lei 9.605/98, para ser aplicada nos casos de criminalidade ambiental. Trata-se de pena semelhante à prisão domiciliar, atualmente prevista no art. 117 da LEP como modalidade de execução do regime aberto. Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante. Além disso, é pacífico o cabimento da execução da pena em prisão domiciliar no caso de inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime aberto na comarca onde o condenado cumpre pena (STJ, HC 154947/RS, 5ª T., j. 11.12.2012; STJ, HC179610/RJ, 6ª T.j. 7.2.2013), tendo o STF editado a súmula vinculante 56, prevendo a determinação de saída antecipada, liberdade com monitoramento eletrônico e prisão domiciliar no caso de ausência de vagas. Súmula Vinculante 56:

Assim, as penas menos invasivas como a multa ou a advertência seriam aplicadas às infrações menos graves, de pequeno e médio ofensivo, reservando-se as sanções mais restritivas (como o recolhimento domiciliar ou a prestação de serviços à comunidade) para as infrações mais graves.

Como foi observado no Comentário à Recomendação Rec (2017)³ relativa às Regras Europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, as penas alternativas devem ser aplicadas oportunamente às infrações graves, evitando-se a ampliação indevida do sistema penal pelo

recurso supérfluo a essas penas quando uma simples sanção pecuniária, reprimenda ou admoestação seria suficiente. O recurso excessivo às sanções e medidas aplicadas na comunidade em caso de infrações menores teria por consequência, não somente ampliar o sistema, - o que não deixaria de gerar injustiças e despesas publicas importantes – mas também de importar ameaça à sua implementação no que diz respeito à infrações graves e, por consequência, a redução da capacidade de substituir a detenção.¹¹¹⁵

8.1.3.3 Monitoramento eletrônico como pena autônoma e modalidade de execução de pena privativa de liberdade

O monitoramento eletrônico¹¹¹⁶ tem sido utilizado, como ensinaram SOUZA e JAPIASSÚ, como estratégia de redução da população carcerária, dos custos do encarceramento e do risco de reincidência criminal.

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

¹¹¹⁵ CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Refras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017. p. 5

¹¹¹⁶ Adota-se, neste texto, o conceito fornecido na Recomendação (2014) 4 do Conselho Europeu, segundo a qual o termo monitoramento eletrônico designa diversas formas de supervisão da localização, deslocamentos e do comportamento específico de certas pessoas, no contexto do processo de justiça penal, as quais requerem geralmente um dispositivo fixado na pessoa monitorado e uma

A implementação do instituto, por sua vez, poderia ser feita, segundo os autores, por meio de dois sistemas, quais sejam: o chamado “front-door”, no qual se busca evitar o ingresso do condenado na prisão, aplicando-se o monitoramento como pena principal, como alternativa à execução da pena privativa de liberdade ou instrumento de supervisão da suspensão condicional do processo ou prestação de serviços à comunidade; e o denominado “back door”, no qual se opta pela substituição do período restante a ser cumprido no cárcere, proporcionando uma reinserção gradual do presidiário ao meio extramuros.¹¹¹⁷

O modelo de monitoramento eletrônico adotado no caso brasileiro possibilita a aplicação do instituto como condição do cumprimento de pena em regime

acompanhamento à distância. Sobre o tema ver CONSELHO EUROPEU. *La Surveillance Électronique. Recomendation CEM/Rec(2014) et exposé de motifs*, 2015.

¹¹¹⁷ GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal. Volume Único*. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 310. É preciso esclarecer que em pesquisas recentes não foi encontrado um vínculo claro entre os índices de utilização do monitoramento eletrônico e a redução da população carcerária. Como foi observado por HUCKLESBY e colegas, em relatório sobre a aplicação do instituto em cinco países membros da União Europeia (Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Gales, Holanda e Escócia), foi encontrada uma associação entre altos índices de utilização do monitoramento eletrônico e taxas de encarceramento altas, enquanto que o uso menos amplo do instituto foi associado à redução da população carcerária no longo prazo. As associações encontradas não permitem apontar, porém, uma relação de causa e efeito entre o uso do monitoramento e os índices de encarceramento. Sobre o tema ver HUCKLESBY, Anthea et al. *Creativity and Effectiveness in the use of electronic monitoring: a case study of five jurisdictions*. *Journal of Offender Monitoring*, 27(2), 6-31. [1]. No mesmo sentido, no que se refere ao sistema de alguns estados nos Estados Unidos, BAUMER, Terry L et MAXFIELD, *Electronic Monitoring*. In TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*. Boston: Northeastern University Press, 1995. p. 106.

semiaberto (nas saídas temporárias) e aberto, no caso da prisão domiciliar, nos termos da Lei 12.258/2010.¹¹¹⁸

A aplicação restringe-se, portanto, às hipóteses nas quais o preso já seria colocado em liberdade, de forma que não se obtém a redução da população carcerária, limitando-se a medida, como observaram SOUZA e JAPIASSÚ, a aumentar o controle na execução da pena.¹¹¹⁹

Entretanto, como bem ponderou JAPIASSÚ, a adoção do monitoramento eletrônico só faria sentido

se significar a oposição à prisão e nunca à liberdade. Se ocorrer a oposição entre monitoramento e liberdade – e isto é o que parece que tem acontecido no caso brasileiro-, a situação tende somente a se agravar. Significa dizer que o monitoramento pode ser útil se implicar as hipóteses de liberdade e não ampliar a restrição de direitos.¹¹²⁰

¹¹¹⁸ Artigo. 122 do Código Penal: Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:(...) Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. Art. 146-B. do Código Penal: O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) IV - determinar a prisão domiciliar;

¹¹¹⁹Como disseram os autores, haveria um “aumento do controle penal por parte do Estado em condenados que, em virtude de já terem cumprido parte de sua pena ou por terem praticado crimes que permitam tal regime, já são considerados aptos a não ficarem sob vigilância estatal permanente, não ocorrendo, entretanto, a diminuição dos custos e a redução do número de encarcerados. GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 312

¹¹²⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. Ano 1, n. 1 Junho 013.

A ampliação do monitoramento poderia ser obtida por meio da previsão da medida como pena autônoma e modalidade de execução das penas privativas de liberdade.¹¹²¹

Assim, em relação a determinados crimes, poderia ser aplicado como pena privativa de liberdade, para assegurar a permanência do condenado em determinado local (monitoramento eletrônico estático), de forma contínua ou em determinados dias e horários.

Poderia, ainda, ser aplicado sem privação de liberdade, como pena restritiva de direitos, para controle da localização do condenado, buscando assegurar, por

¹¹²¹ Sobre as diversas possibilidades de aplicação aos presos condenados ver CONSELHO EUROPEU. La Surveillance Électronique. Recommendation CEM/Rec(2014) et exposé de motifs, 2015. Na Espanha, por exemplo, a pena de localização permanente introduzida por meio da modificação do art. 37 do Código Penal funciona como uma espécie de prisão domiciliar, permitindo, no entanto, maior flexibilidade, na medida em que pode ser executada de forma não continuada, por exemplo, aos fins de semana. Sobre o tema ver RÍO, Miguel Ángel Iglesias. PARENTE, Juan Antonio Pérez La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. In FUNDACION KONRAD-ADENAUER. OFICINA URUGUAY. Anuário de Derecho Constitucional Latino Americano 2006. Disponível em <<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-2006.pdf#page=345>>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018. Tramita atualmente na França projeto de lei de iniciativa do governo de Emmanuel Macron, tendo por objeto uma ampla revisão das escalas de pena e outras medidas, dentre as quais a introdução da pena de detenção em domicílio sob vigilância eletrônica. Sobre o projeto ver CONSEIL D'ETAT. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE. Avis sur un projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022. Disponível em <<<http://www.senat.fr/leg/pjl17-463-avis-ce.pdf>>>. Acesso em 12 outubro de 2018. O monitoramento eletrônico é previsto como pena ou medida autônoma na Bélgica, Inglaterra e Gales, Alemanha, Holanda e Escócia. Sobre o tema ver HUCKLESBY, Anthea et al. Creativity and Effectiveness in the use of electronic monitoring: a case study of five jurisdictions. *Journal of Offender Monitoring*, 27(2), 6-31. [1].

exemplo, o afastamento de determinadas pessoas, lugares ou eventos (monitoramento eletrônico móvel).¹¹²²

Como modalidade de execução de pena de prisão, seria aplicado em substituição do regime fechado ou semiaberto, em casos nos quais, analisadas as circunstâncias, seja imprescindível a privação de liberdade, porém seja dispensável ou indesejada a institucionalização.¹¹²³

¹¹²² No sentido o texto, sugerindo a utilização do monitoramento eletrônico móvel para os casos de violência doméstica, como forma de impedir a aproximação entre agressor e vítima. ALMEIDA, Laryssa Mayara Alves et al. O Monitoramento Eletrônico como Medida Restaurativa nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Enero 2016. Disponível em <<https://econpapers.repec.org/article/ervcoocss/y_3a2016_3ai_3a2016-01_3a20.htm>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

¹¹²³ O monitoramento eletrônico como modalidade de execução de pena foi adotado em vários países, como por exemplo, Bélgica, França, Holanda, Colômbia. Nesse caso, os condenados monitorados são considerados como presos e sujeitam-se a restrições equivalentes àqueles submetidos ao regime prisional. Comitê Europeu sobre Problemas Criminais. Minuta de Recomendação Rec (2014) do Comité de Ministros dos Estrados Membros sobre Monitoramento Eletrônico. Disponível em <<<https://rm.coe.int/16805c687b>>> Acesso em 9 de dezembro de 2018. No caso belga, adota-se uma espécie de detenção domiciliar com vigilância eletrônica em substituição ao encarceramento. Para penas fixadas em quantidade igual ou inferior a três anos, não se exigindo o cumprimento prévio de parcela da pena. Para penas fixadas em medida superior a três anos, pode-se aplicar o monitoramento eletrônico seis meses antes da data prevista para o livramento condicional. Assegura-se a permanência do condenado em um determinado local, excepcionadas permissões de saída ocasionais, por meio da vigilância eletrônica e sistema de geolocalização. Sobre o tema ver BEYENS, et al. Le placement sous surveillance électronique en Belgique. Disponível em <<http://28uzqb445tcn4c24864ahmel.wpengine.netdna-cdn.com/files/2016/06/EMEU-EM-in-Belgium_Briefing-report-French.pdf>>. Acesso em 09 de dezembro de 2018. HUCKLESBY, Anthea et al. Creativity and Effectiveness in the use of electronic monitoring: a case study of five jurisdictions. *Journal of Offender Monitoring*, 27(2), 6-31. [1]. No sistema colombiano, aplica-se

É importante ressaltar que, nesse caso, a medida consiste em uma privação de liberdade destinada a substituir o encarceramento, de forma que deveria ser aplicada aos crimes graves, punidos com pena de prisão e não para substituir as penas restritivas de direitos, que devem ser aplicadas às infrações de pequeno e médio potencial ofensivo.

Não podem ser analisados, neste trabalho, todos os aspectos das propostas apresentadas, nem os detalhes de sua efetivação, na medida em que a medida a moldura legal do instituto deve ser desenvolvida, a partir dessas diretrizes genéricas, elaborando-se programas a serem testados em projetos-piloto, possibilitando-se posterior aperfeiçoamento para implementação em larga escala.

8.1.3.4 Vedação de encarceramento como resposta preferencial do descumprimento

No modelo brasileiro, a coercibilidade das penas restritivas de direito é assegurada por meio da conversão em pena privativa de liberdade, garantindo-se seu êxito, segundo BITENCOURT, pela “previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa de liberdade, representando a espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do apenado.”¹¹²⁴

como substitutivo das penas fixadas em até oito anos de prisão, desde que preenchidas determinadas condições como a não reincidência e excluídos determinados crimes como genocídio, terrorismo, entre outros. Sobre o tema ver UNODC. The use of electronic monitoring bra bracelets as an alternative measure to imprisonment in Panama Technical Advisory Opinion No. 002/2013, addressed to the Public Ministry and the Ministry of Government of Panama. Disponível em <<https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_2/Advisory_Opinion_002-2013_ENGLISH_FINAL.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

¹¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Penas Alternativas: uma análise político-criminal das alterações da Lei 9, 714/98. São Paulo, Saraiva, 2013. Edição Kindle. p. 4045. No mesmo sentido, GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 324.

Como observaram TONRY e HAMILTON, os modelos rigorosos de execução de penas não privativas de liberdade tendem produzir um efeito de alargamento da rede penal (“netwidening”), em razão da conversão automática em pena privativa de liberdade para o caso de descumprimento.¹¹²⁵

Segundo os autores, os estudos empíricos sobre os programas de sanções comunitárias apresentam altos índices de descumprimento sem a prática de novos crimes, devido à imposição de condições demasiadamente restritiva ou intrusivas.

Assim, a efetividade das penas alternativas poderia ser ampliada por meio da opção por condições menos restritivas e intrusivas e, além disso, pelo estabelecimento de respostas graduadas aos casos de violação.

Nessa perspectiva, uma primeira violação de uma condição poderia provocar uma admoestação em audiência, uma restrição a privilégios ou restrições específicas por tempo determinado, uma segunda violação poderia importar a conversão para uma pena restritiva de direitos mais grave, de forma que cada violação recebesse uma reação mais severa.¹¹²⁶

¹¹²⁵ TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*. Boston: Northeastern University Press, 1995. p. 7

¹¹²⁶ TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*. Boston: Northeastern University Press, 1995. p. 7. Na mesma perspectiva, A Recomendação n. 12 do Conselho Europeu sobre sanções e medidas aplicadas na comunidade. Como observado nos comentários, a autoridade competente deve permitir a manutenção da medida, impor outra sanção ou medida, impor uma sanção pecuniária ou, em último caso, aplicar uma pena de prisão. “É justamente o caso, sempre que um grave inadimplemento das obrigações se produz ao fim de um período probatório no curso do qual o autor da infração teve uma conduta satisfatória até aquele momento. O caráter substitutivo inerente às sanções e medidas aplicadas na comunidade seria reduzido a nulo se a autoridade de decisão não tivesse outra escolha além de impor sistematicamente uma pena de prisão. Sempre que a autoridade competente solicitar o parecer da autoridade de execução no que se refere à reação apropriada, esta última deve ser mostrar positiva e fazer prova de imaginação para sugerir sanções e medidas aplicadas na comunidade que sejam mais apropriadas e cuja aplicação seja mais propícia ao adimplemento.”. No original em francês : “C’est notamment le cas lorsqu’un grave manquement aux

O modelo sugerido não é muito diferente daquele introduzido no art. 28 da Lei 11.343/06, no qual a coercibilidade não é assegurada pela possibilidade de conversão à pena privativa de liberdade, prevendo-se somente a possibilidade de admoestação e multa, em caso de recusa.¹¹²⁷

8.1.3.5 Afastamento da vedação para reincidentes

A associação entre a reincidência e a necessidade da pena privativa de liberdade vem sendo questionada, podendo-se apontar hipóteses de reincidência que não estão aptas a justificar a opção por penas privativas de liberdade.

O modelo brasileiro admite a aplicação das penas alternativas para reincidentes desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (art. 44 parag. 3o do CP).

obligations se produit à la fin d'une période probatoire au cours de laquelle l'auteur d'infraction a jusqu'à présent affiché une conduite satisfaisante. Le caractère substitutif inhérent aux sanctions et mesures appliquées dans la communauté serait réduit à néant si l'autorité de décision n'avait d'autre choix que d'imposer systématiquement une peine d'emprisonnement. Lorsque ladite autorité sollicite l'avis de l'autorité d'exécution concernant la réaction appropriée à un manquement avéré, le personnel de cette dernière devrait se montrer positif et faire preuve d'imagination pour suggérer des sanctions et mesures appliquées dans la communauté qui soient à la fois plus appropriées et dont le respect est plus probable. »CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Refras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017. p. 9.

¹¹²⁷ Segundo GRECO e RASSI, o dispositivo foi criticado pela escassa coercibilidade, porém a própria legislação teria fornecido instrumentos para a garantia da eficácia das medias previstas. Sobre o tema ver GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. Lei de Drogas Anotada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1015

Em outras palavras, o legislador deixou ao juiz a decisão de vedar ou permitir a substituição no caso do reincidente, salvo na caso da reincidência específica, hipótese em que se optou pela absoluta vedação.

Isso porque a aplicação de penas restritivas de direitos é admissível em caso de reincidência, salvo algumas hipóteses excepcionais, na qual se deve dar preferência à pena privativa de liberdade.

A forma de redação do dispositivo dá ensejo, porém, à aplicação restritiva da norma, reduzindo-se a efetividade do instituto no que se refere à redução da população carcerária, na medida em que, como demonstrado acima, as práticas judiciais tendem a ampliar o uso do encarceramento no exercício da margem de discricionariedade judicial.

Resulta daí a necessidade de modificação do dispositivo, no sentido de se excluir a vedação da substituição da margem de discricionariedade do juiz, deixando de se prever uma cláusula genérica de restrição para os casos de reincidência, sem prejuízo do estabelecimento genérico de hipóteses específicas de vedação, no caso, por exemplo da prática reiterada de crime graves contra a pessoa.¹¹²⁸

8.1.3.6 Abolição das penas mínimas e revisão das penas máximas cominadas

No que se refere à pena privativa de liberdade, devem ser abolidos os limites mínimos, os quais atendendo, como demonstrado acima, às exigências retributivas e preventivas, impedem a fixação pelo juiz da pena menos severa possível, inviabilizando a individualização judicial da pena e, por conseguinte, a imposição de uma pena proporcional à culpabilidade do autor.

A opção pelo modelo de penas mínimas,¹¹²⁹ fundamentava-se, na perspectiva do legislador reformador de 1984, na necessidade de se garantir a

¹¹²⁸ No sentido do texto, CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Refras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017. p. 11.

¹¹²⁹ Como foi observado por RAUPP, identificou-se, no VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins de maio de 1984, no qual participaram vários

segurança jurídica, respeitando-se os princípios da legalidade e da separação de poderes. em que pese já existir então debate e questionamento sobre o tema.¹¹³⁰

Entretanto, como observou VIDAL, citado por MACHADO e PIRES, a legalidade não implica a exclusão da possibilidade de adequação da pena às circunstâncias do caso concreto pelo juiz.¹¹³¹

Em outras palavras, a vedação da imposição da pena o menos severa possível no caso concreto importa violação aos direitos fundamentais do autor do fato em nome da segurança jurídica.

A pena máxima, ao contrário, deve ser estabelecida pelo legislador de forma a impossibilitar a violação de direitos fundamentais pelo abuso da agravação da pena pelo juiz.

Dessa forma, a abolição das penas mínimas possibilita a redução dos níveis de imposição de penas de prisão, viabilizando a fixação da pena de menor severidade possível, de acordo com o princípio da intervenção mínima.¹¹³²

integrantes da Comissão encarregada da Reforma recomendação no sentido de se estabelecer a indeterminação absoluta da pena mínima em relação a determinados crimes. RAUPP, Mariana Mendonça. La réforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Ciências Sociais de Ottawa, Canadá, 2015. p. 229.

¹¹³⁰ Como afirmou DOTTI, entrevistado por RAUPP, os reformadores entenderam que as penas indeterminadas importam violação ao princípio geral da segurança jurídica. Além disso, afirmou DOTTI que “O juiz não pode fazer a lei, o juiz não pode mudar a lei, o juiz não pode legislar, o juiz deve aplicar a lei.” Sobre as concepções dos membros da comissão encarregada pela Reforma Penal de 1984 ver RAUPP, Mariana Mendonça. La réforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Ciências Sociais de Ottawa, Canadá, 2015.

¹¹³¹ PIRES, Alvaro P. e MACHADO, Maíra Rocha. La question des peines minimales : entre politique et droit. In BOULARD-AYOUB, Josiane et al. Rationalité pénale et démocratie. Québec: Presses de l'Université Laval, p. 71-109, 2013.

¹¹³² Sobre o tema ver MACHADO, Maíra Rocha et al. A complexidade do Problema e a Simplicidade da Solução: A questão das penas mínimas. Série Pensando o

A revisão das penas máximas cominadas, por sua vez, seria necessária para se assegurar a observância de critérios de proporcionalidade e a coerência interna do sistema.

Assim, a descriminalização ou despenalização de condutas de pequena ou média gravidade deve ser acompanhada de uma redução das penas máximas de um modo geral.

Além de se inviabilizar, assim, a imposição de penas longas, fator determinante para o crescimento da população carcerária, a redução das penas máximas implicaria redução do âmbito de aplicação da prisão preventiva, possibilitando a diminuição do número de presos provisórios.¹¹³³

Direito n. 17/2009. Ministério da Justiça, 2009. BRODEUR, Jean-Pau. Réforme et difformités pénales. *Déviance et Sociétés*. Vol 14. No.2. p. 133-156. 1990. PIRES, Álvaro. La Reforme pénale au Canada: l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Criminologie*, 20(2), 11–55. <https://doi.org/10.7202/017250ar>. O Código Penal francês não prevê penas mínimas, porém a Lei de 10 de agosto de 2007 introduziu as penas mínimas (embora não obrigatórias, podendo o juiz aplicar ou não a pena no mínimo) no caso de reincidência. A inovação teria aumento a duração média das penas privativas de liberdade e provocado o crescimento da população carcerária. Sobre o tema ver LETURCQ, Fabrice. Peines plancher: application et impact de la loi du 10 août 2007. *Infostat Justice*. Numero 118. Octobre 2012. Disponível em <<http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_infostat_118_20121017.pdf>>. Acesso em 06 de dezembro de 2018. A Holanda também ignora as penas mínimas obrigatórias, prevendo-se, no Código Penal, apenas o máximo de pena para cada crime. O Código Penal Alemão, por sua vez, prevê a pena mínima especificamente para alguns crimes, sendo que, para os demais, o mínimo de pena depende da modalidade escolhida. Sobre o tema ver SÉNAT. Les Peines Minimales Obligatoire. Disponível em <<<https://www.senat.fr/lc/lc165/lc165.pdf>>>. Acesso em 06 de dezembro de 2018.

¹¹³³ A revisão das penas máximas foi objeto das propostas da Comissão de Reforma do Direito do Canada (CCDP) e do Conselho Consultativo sobre o Sistema Penal, no Reino Unido (Advisory Concil on the Penal System, 1978).

8.1.4 Encarceramento e Política criminal de drogas: despenalização, descriminalização ou legalização?

A expansão da política criminal de drogas desde os anos 1970 vem contribuindo para o crescimento da população carcerária em diversos países, como já dito acima, seja em razão do aumento de ingressos decorrente de uma intensificação no nível persecutório, seja devido à cominação e fixação de penas mais severas, implementados a partir de modelos marcadamente proibicionistas.¹¹³⁴

BRODEUR, Jean-Pau. Réforme et difformités pénales. *Déviance et Société*. Vol 14. No.2. p. 133-156. 1990. Para PIRES, no entanto, a redução das penas máximas tem pouca efetividade no que se refere à redução da população carcerária, tendo em vista que nas práticas judiciárias, as penas são normalmente fixadas em valores muito inferiores ao máximo.

¹¹³⁴ Como bem observado por HASSEMER, “(...) o direito criminal de drogas construiu uma carreira de sucesso, lado a lado com o problema que ele buscava combater. A pena máxima foi aumentada em 1972 para 10 e em 1982 para 15 anos. No mesmo intervalo de tempo a criminalidade de drogas aumentou mais que o dobro, mantendo essa tendência de crescimento até 1992. A sobrecarga nos serviços de investigação e da justiça criminal se deve, em grande parte, ao direito penal de drogas e, daí jorra uma fonte forte da questão do encarceramento no processo penal. Os instrumentos de persuasão do direito processual penal moderno se origina da forja do Direito Penal das drogas: testemunhas deladoras, investigadores infiltrados, observação policial. A criminalidade organizada, farol e justificativa do municiamento da segurança interna e internacional é essencialmente criminalidade de drogas.” Em alemão no original: „Das Betäubungsmittelfrecht hat eine steile Karriere gemacht – freilich Hand in Hand mit dem Problem, das es eigentlich bekämpft sollte. 1972 wurden die Höchststrafen von drei auf zehn, 1982 von zehn auf 15 Jahre gesteigert, die gezählte Drogen Kriminalität stieg im selben Zeitraum auf deutlich mehr als das Doppelte an (und durfte diese Zuwachsrate bis 1992 fast noch einmal schaffern). Die Überlastung der Ermittlungsbehörden und der Strafjustiz verdankt sich zu einem guten Teil dem Betäubungsmittelfrecht, hier sprudelt eine starke Quelle des verhängnisvollen <<deal>> im Strafverfahren. Die

O modelo vem sendo questionado desde sua fase inicial, fundamentando-se as críticas, principalmente, na ineficácia da política proibicionista para o combate do tráfico ilícito de drogas, e nos problemas gerados pela adoção do modelo, dentre os quais se destaca o crescimento da população carcerária.¹¹³⁵

Desenvolveu-se, recentemente, uma tendência de rompimento com o paradigma proibicionista em relação ao usuário, passando-se a promover uma

Schreckensinstrumente des interventionsorientierten modernen Strafverfahrensrechts stammen aus der Schmiede des Drogenstrafrechts: Kronzeugen, verdeckte Ermittler, polizeiliche Beobachtung. Die >>Organisierte Kriminalität<<. Falan und Rechtfertigung nationaler un internationaler Munitierung der Inneren Sicherheit , ist im wesentlichen Drogenkriminalität.“HASSEMER, Winfried. “Entkriminalisierung Im Betäubungsmittelstrafrecht.” *Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft (KritV)*, vol. 76, no. 2, 1993, pp. 198–212.

¹¹³⁵ A respeito do debate sobre a política Criminal de Drogas ver CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmatico da Lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2016, passim. LEMGRUBER, Julita. BOITEAUX, Luciana. O fracasso da Guerra às Drogas. In LIMA, Sérgio Renato et al. *Crome, Polícia e Justiça no Brasil*. (orgs.). São Paulo: Contexto, 2014. P.358-362. BOITEAUX, Luciana. Modelos de Controle de Drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In INSTITUTO DE SAÚDE, São Paulo, 2017. P.183-199. “HASSEMER, Winfried. “Entkriminalisierung Im Betäubungsmittelstrafrecht.” *Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft (KritV)*, vol. 76, no. 2, 1993, pp. 198–212.HELLEBRAND, Johannes. “Große Jagd Auf Kleine Fische: Überlegungen Zum Sinnvolleren Einsatz Des Strafrechts Im Drogenbereich.” *Zeitschrift Für Rechtspolitik*, vol. 25, no. 7, 1992, pp. 247–251.DÜNKEL, Friedrich.. (2005) *Das Gefängnis: ein absurdes System? Wie die Gefängniskapazitäten in Deutschland um 25.000 Haftplätze reduziert werden könnten!*. In: Pecher W., Rappold G., Schöner E., Wiencke H., Wydra B. (eds) ... die im Dunkeln sieht man nicht. *Studien und Materialien zum Straf- und Maßregelvollzug*, vol 20. Centaurus Verlag & Media, Herbolzheim! *Qualitätsverbesserung un Erfüllung verfassungsrechtlicher Vorgaben durch Reduzierung der Gefängnisbelegung*.

política de retraimento do direito penal da questão das drogas, tanto no nível internacional quanto nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Assim, o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime sublinhou, no documento para discussão *Da Coerção à Coesão*, que a despenalização ou descriminalização do consumidor, com a substituição da sanção penal por uma abordagem de tratamento adequa-se às convenções internacionais.¹¹³⁶

A abordagem despenalizadora foi adotada também no Manual de Estratégias para redução da superpopulação nas prisões das Nações Unidas, estendendo-se seu âmbito de aplicação a outros tipos crimes de drogas, como o tráfico de pequenas quantidades.

Com base na Resolução 55/12 de 16 de Março de 2012 da Comissão sobre Drogas Narcóticas, recomenda o Manual a despenalização da posse, aquisição ou cultivo para consumo próprio e a redução da severidade das penas, com possibilidade de aplicação de penas alternativas nos casos de tráfico em pequena escala.

Nos ordenamentos jurídicos nacionais, a tendência vem se concretizando em medidas de descriminalização, despenalização e, desde meados da década de 2000, legalização total (em relação a todas as drogas) ou parcial.

Assim, por exemplo, a maioria dos países da Europa não inclui o uso de drogas o rol dos crimes puníveis com pena de prisão, optando alguns deles pela incriminação indireta por meio da criminalização da posse (Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Itália, Polônia, República Tcheca, Malta (salvo pelo consumo de um preparado a base de ópium) Irlanda, Reino Unido, Suíça e Holanda)

Os países restantes (Bulgária, Croácia, Espanha, Letônia, Lituânia, Portugal) adotaram duas estratégias, a saber: a substituição da prisão pela multa (penal ou administrativa) ou a punição com pena privativa de liberdade (Finlândia, França,

¹¹³⁶ PIRES, Álvaro. La Reforme pénale au Canada: l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Criminologie*, 20(2), 11–55. <https://doi.org/10.7202/017250ar>.

Grécia, Hungria, Luxemburgo, Noruega, Suécia, Chipre) ou prisão administrativa (Estônia).¹¹³⁷

Nos Estados Unidos, embora em nível federal predomine o modelo proibicionista, os estados de Colorado e Washington legalizaram todo o circuito produtivo e o comércio da Cannabis em 2012.¹¹³⁸

Na América Latina, diversos países descriminalizaram o uso de pequenas quantidades (Argentina, Peru, Paraguai, México), destacando-se o Uruguai como o primeiro país da região a optar pela legalização da Cannabis, em 2013.¹¹³⁹

O movimento no sentido da descriminalização vem se desenvolvendo com base em diversos argumentos, especialmente a necessidade de se proporcionar tratamento terapêutico ao usuário.

Não obstante isso, grande parte do debate refere-se à questão dos altos índices de encarceramento, sustentando-se a necessidade de descriminalizar ou despenalizar o consumo como forma de redução da população carcerária.¹¹⁴⁰

¹¹³⁷ PROTAIS, Caroline. « Réprimer ou soigner ? Les législations européennes en matière de stupéfiants : état des lieux et évolutions », *Psychotropes*, vol. vol. 22, no. 2, 2016, pp. 41-60.

¹¹³⁸BOITEAUX, Luciana. Modelos de Controle de Drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In INSTITUTO DE SAÚDE, São Paulo, 2017. P.183-199.

¹¹³⁹SCHILLING, Mario Florentino de la Hoz. Latin America's New Discourse towards Drug Policies. The Role of Cannabis Legalization in Uruguay. Den Haag: Universitât Leiden, 2015. Disponível em <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/33373/Latin%20America%27s%20New%20Discourse%20Towards%20Drug%20Policies%2c%20The%20Role%20of%20Cannabis%20Legalization%20in%20Uruguay.pdf?sequence=>Acesso em 27/11/2018.

¹¹⁴⁰ No caso Português, por exemplo, a questão do encarceramento foi mencionada reiteradas vezes nas discussões prévias à descriminalização. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Projeto de Lei 120/VIII. Despenaliza o consumo de drogas. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c32467>

A análise da influência das políticas de descriminalização, despenalização e legalização sobre a população carcerária demandaria disponibilidade de dados e o desenvolvimento de estudos específicos e detalhados, o que extrapolaria os limites desse trabalho.

Dispoe-se, entretanto, de dados extraídos do caso português que apontam indícios de efeitos desencarceradores gerados pela descriminalização do uso em pequena quantidade.

Verificou-se, por exemplo, uma redução em quase cinquenta por cento do número de presos e de aproximadamente quarenta por cento do número de

[9595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76566b6c4a535339305a58683062334d76634770734d5449774c565a4a53556b755a47396a&fich=pjl120-VIII.doc&Inline=true](http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2015/10/COLOMBIA_FORMATO.pdf)>>. Acesso em 28 de novembro de 2018. A questão do encarceramento influenciou também a legalização dos derivados da Cannabis na Espanha, segundo ÁLVAREZ et al. Sobre o tema ver ÁLVAREZ, Arturo et al. The Legalization of Cannabis derivatives in Spain: Hypothesis on a potencial emerging Market. *Adicciones*. Vo. 29. N. 3. 2017. p. 195-206. No caso da Alemanha, a descriminalização da posse de drogas (seja pela requalificação da conduta como contra-ordenação ou pela descriminalização dos produtos relacionados à Cannabis de uma forma geral) importaria, segundo DÜNKEL redução de 40 a 50 por cento do número de casos de encarceramento pela lei de drogas. DÜNKEL, Frieder. *Das Gefängnis: ein absurdes System. Wie die GefängnisKapazitäten in Deutschland um 25.000 Haftplätze reduziert werden könnten. Qualitätsverbesserung und Erfüllung verfassungsrechtlicher Vorgaben durch Reduzierung der Gefängnisbelegung*. In PECHER, Willi et al. (Hg) „...die im Dunkeln sieht man nicht. Perspektiven des Strafvollzugs. Festschrift für Georg Wagner. Herbolzheim: Centauros, 2005. E-book. p. 52. No mesmo sentido, em relação ao problema de superpopulação carcerária na Colômbia: YEPES, Rodrigo Uprimny. Et al. *Delitos de Drogas y sobredosis carcelaria in Colombia*. Coletivo de Estudios Drogas y Derecho, 2013. Disponível em <<http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2015/10/COLOMBIA_FORMATO.pdf>>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

sentenças condenatórias por crimes de drogas desde a descriminalização da posse para uso próprio em 2001 até 2010.¹¹⁴¹

Constatou-se, igualmente, uma redução do número de condenações por tráfico, de 1.896 em 2000 para 1.381 em 2010, decréscimo ao qual se pode atribuir a redução do número de pessoas presas por crimes de drogas, ainda que parcialmente.

Os efeitos apontados tem sido interpretados como resultado de uma mudança de atitude nas práticas judiciárias em razão da descriminalização do uso, no sentido de se impor tratamento menos severos aos casos de tráfico.

Cogita-se, além disso, de uma mudança nas estratégias de distribuição por parte dos traficantes, de forma a garantir a adequação aos critérios quantitativos estabelecidos pelo legislador para a distinção entre posse para uso e posse para venda.¹¹⁴²

No caso brasileiro, constata-se um aumento constante do número de presos por tráfico nos últimos vinte anos, acentuando-se e acelerando-se o crescimento após a entrada em vigor da Lei 11.343/06.¹¹⁴³

A nova legislação inseriu a política de drogas brasileira na tendência internacional de despenalização em relação ao usuário, afastando a imposição da pena de prisão para a conduta de posse para uso próprio (art. 28)

Foi introduzida também a hipótese de redução de pena do reu primário e não integrante de organização criminosa (tráfico privilegiado, art. 33 parag. 4º)

Em que pese esse notável avanço, o aumento da pena de mínima de três para cinco anos, a ausência de critérios seguros para distinção entre a posse para uso e tráfico e a utilização de critérios subjetivos para redução da pena no caso do

¹¹⁴¹LAQUEUR, Hannah. Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal. *Law and Social Inquiry*. Vol. 40, Issue 3, Summer 2015, 746-781. GREENWALD, Glenn. Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies (April 2, 2009). Cato Institute Whitepaper Series. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1464837> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1464837>

¹¹⁴² LAQUEUR, Hannah. Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal. *Law and Social Inquiry*. Vol. 40, Issue 3, Summer 2015, 746-781.

¹¹⁴³ Sobre o tema ver retro 6.4

tráfico privilegiado,¹¹⁴⁴ debilitaram qualquer efeito desencarcerador da despenalização, provocando aceleração do crescimento da população carcerária.

Além disso, a manutenção da posse para uso próprio no âmbito de proteção do direito penal, conferindo-lhe a natureza de crime, implica, como dito acima, a incidência de normas penais que geram o agravamento da pena em razão da condenação anterior pelo crime de posse para uso próprio (agravante da reincidência), além da exigência de prazo maior para livramento condicional, entre outros efeitos encarceradores.¹¹⁴⁵

As críticas à legislação em vigor tem alimentado acirrado movimento pela descriminalização.

Embora o debate seja desenvolvido principalmente em função de questões diversas, relativas à legitimidade da criminalização da autolesão, custos materiais e humanos do modelo proibicionista, direito à saúde integral, entre outros argumentos cujo exame seria incompatível com a proposta do presente trabalho,¹¹⁴⁶ tem se apontado o crescimento da população carcerária como uma das justificativas da descriminalização.

¹¹⁴⁴ Sobre tema ver o que se disse retro na seção 6.4

¹¹⁴⁵ Nesse sentido, BOITEAUX, Luciana. Modelos de Controle de Drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In INSTITUTO DE SAÚDE, São Paulo, 2017. P.183-199.

¹¹⁴⁶ De acordo com a sistematização elaborada por CARVALHO, os custos da criminalização da droga poderiam ser divididos em individuais, do sistema penal e carcerário, do sistema educacional e assistência social e do sistema econômico. Sobre o tema ver CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. p. 188-231. CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil. Dissertação de Mestrado. 1996. Sobre os custos humano e econômicos, ver também BOITEAUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. A Desproporcionalidade Da Lei De Drogas: Os Custos Humanos E Econômicos Da Atual Política No Brasil. Disponível em <<<https://www.tni.org/files/publication-downloads/proporcionalidad-brasil.pdf>>>.

Acesso em 27 de novembro de 2018. PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas sobre a Política Criminal de Drogas no Brasil: Elementos para uma Reflexão Crítica.

Nesse sentido, CARVALHO indicou a correlação entre a política criminal de drogas e o encarceramento, não só com base na composição da população carcerária, mas tendo em conta também a influência do delito de tráfico em decisões do sistema penal que tem por objeto outros tipos de delito.

Disse o autor

(...) a análise da composição carcerária brasileira em relação ao delito imputado permite sustentar a hipótese de que o punitivismo nacional tem como referência o delito de tráfico de entorpecentes (...) a política de repressão ao tráfico de entorpecentes representa o carro-chefe da política criminal brasileira, ultrapassando os limites escritos da incidência no plano prisional para conformar regras e metarregras de compreensão do funcionamento das agências de punitividade (v.g. Política, Ministério Público, Judiciário e Administração Carcerária).¹¹⁴⁷

De forma semelhante, BOITEAUX e PÁDUA apontaram o alto nível de encarceramento como consequência do proibicionismo, destacando que a lógica da criminalização deu causa ao aumento do número geral de presos na maioria dos países, em razão do aumento das condenações por delito de tráfico.¹¹⁴⁸

No que se refere especificamente à Lei 11.343/06, observou BOITEAUX que embora tenha-se despenalizado a conduta de posse para uso próprio, o aumento da pena mínima do crime de tráfico e o maior tempo de cumprimento para obter a progressão de regime e livramento condicional, somados à ausência de distinção

Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>>. Acesso em 27 de novembro de 2018.

¹¹⁴⁷ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06. p. 200-201.

¹¹⁴⁸ BOITEAUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. A Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da Atual Política no Brasil. Revista Sur • v.12. N. 21. Ago. 2015. sur.conectas.org. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/282985921_Revista_Internacional_de_Direitos_Humanos_-_Sur. Acesso em 10 de outubro de 2018.

legal objetiva entre o usuário e traficante, teriam resultado no desproporcional crescimento dos níveis de encarceramento no Brasil.¹¹⁴⁹

Diante desse problema, propõe-se a descriminalização, legalizando-se todo o mercado produtivo de substâncias ilícitas, de forma a se proporcionar meios de fiscalização de uma atividade hoje exercida de forma descontrolada.¹¹⁵⁰

O debate público sobre o tema, porém, acaba por produzir discursos e decisões político-criminais com ênfase na despenalização da posse para uso próprio, como ocorreu, por exemplo, na Lei 11.343/06, mantendo-se a concepção proibicionista em relação ao tráfico.

Também refletem essa tendência, os votos proferidos no recurso extraordinário com repercussão geral que tramita no STF, no qual se alega a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei. 11.343/06, por violação ao art. 5º, X da Constituição Federal.¹¹⁵¹

Assim, a influência negativa da política de drogas sobre o encarceramento foi mencionada em dois dos três votos proferidos no Recurso Extraordinário em questão (dos Ministros FACHIN e BARROSO) favoráveis à declaração de inconstitucionalidade.

Além de associarem a necessidade de descriminalização da posse à questão carcerária, ambos os votos fizeram ressalvas quanto à manutenção do paradigma proibicionista em relação ao tráfico, apontando a incongruência dessa opção.

Assim, o Ministro Barroso, por exemplo, afirmou em seu voto

O modelo criminalizador e repressor produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Da promulgação da lei de

¹¹⁴⁹ BOITEAUX, Luciana. Drogas e Cárcere: Repressão às Drogas, Aumento da População Penitenciária Brasileira e Alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. (org). Drogas: Uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.87-89.

¹¹⁵⁰ BOITEAUX, Luciana. Drogas e Cárcere: Repressão às Drogas, Aumento da População Penitenciária Brasileira e Alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. (org). Drogas: Uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.101. No mesmo sentido, CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmatico da Lei 11.343/06. p. 231.

¹¹⁵¹ STF. Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo.

drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas. Vale dizer: atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas. Cada vaga no sistema penitenciário custa, de acordo com o Depen, R\$ 43.835,20. O custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2.000. Além do custo elevado, há outro fenômeno associado ao encarceramento: jovens primários são presos juntamente com bandidos ferozes e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao voltarem para a rua, são mais ameaçadores para a sociedade, sendo que o índice de reincidência é acima de 70%. Por fim, há um outro problema: como não há critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, no mundo real, a consequência prática mais comum, como noticiam, dentre muitos, Pedro Abramovay e Ilona Szabó, é que “ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes”. Por essa razão, é imperativo que se estabeleçam critérios para distinguir consumo de tráfico.¹¹⁵²

Além de mencionar a questão do encarceramento, o Ministro apontou em seu voto que haveria uma contradição entre a descriminalização da posse para uso próprio e a manutenção da política proibicionista em relação ao tráfico, reconhecendo que a solução para o problema do comércio clandestino seria a legalização integral.

Disse o Ministro: “Esta a primeira solução: acabar com a ilegalidade das drogas e regular a produção e distribuição.” E mais adiante: “Há grande inconsistência em descriminalizar o consumo e manter a criminalização da produção e da distribuição. A inconsistência de fato existe. Mas eventual legalização depende de atuação do congresso. E não há soluções fáceis.”

De forma semelhante, o Ministro FACHIN apontou o “paradoxo desassossegador” da descriminalização do uso de drogas “cuja produção e comercialização tipificam, ao mesmo tempo, o crime de tráfico.” Acrescentou ainda, em outro trecho que “A manutenção da proibição do tráfico simultaneamente à descriminalização, não obstante a ausência de dados indisputáveis sobre isso, apenas abona estímulo à traficância, seja pela lucratividade, seja por uma possível ampliação do mercado de consumo.”

Por outro lado, quanto à natureza da droga, ambos os Ministros optaram por uma abordagem restritiva, limitando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade à posse de maconha, em oposição ao voto do Relator, o

¹¹⁵²STF. Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo.

Ministro GILMAR MENDES, que havia optado por declarar a inconstitucionalidade da tipificação da conduta de posse sem restrições em relação à natureza da droga.

No voto do Ministro BARROSO, por exemplo, foi destacado que o processo tratava de caso no qual a conduta tipificada consistia no porte de três gramas de maconha para uso próprio e que sua decisão tinha sido tomada levando em conta essa circunstância específica, ou seja, a quantidade e natureza da droga.

Assim, reconheceu o ministro a inconstitucionalidade da tipificação da posse de droga para consumo próprio, determinando fosse adotada a presunção nesse sentido para a posse de até 25 gramas ou seis plantas fêmeas, podendo o juiz afastar-se dessa presunção justificadamente à luz do caso concreto.

A decisão do ministro FACHIN restringiu-se também à maconha, optando o julgador por deixar ao legislativo a decisão sobre as demais drogas.

Deve ser destacado, entretanto, que os três votos apresentam como ponto comum, além da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento da necessidade de estabelecimento de critérios objetivos para a distinção entre as condutas de posse para consumo e posse para fins de traficância.

A judicialização do debate tende, portanto, para a descriminalização da conduta de posse de maconha para uso próprio, mantendo-se a criminalização em relação às demais drogas e ao tráfico.

Porém, a grande parte da população carcerária é composta por condenados por tráfico e as condenações por posse para consumo tem efeitos encarceradores relativamente reduzidos.

Assim, a descriminalização da posse para uso não implicaria, em tese, a redução da população carcerária salvo se, como teria ocorrido na experiência portuguesa, por influência de fatores não planejados, como, por exemplo, uma mudança de comportamento por parte dos traficantes de forma a garantir a adequação aos critérios objetivos estabelecidos na norma ou uma drástica alteração nas concepções que informam as decisões judiciais sobre os crimes de drogas.

Por outro lado, o estabelecimento de critérios objetivos para distinção da posse para consumo e para fins de tráfico constitui medida que poderia resultar na redução da população carcerária.

A ausência de critérios objetivos para o enquadramento da conduta como posse para uso ou para tráfico tem contribuído, como dito anteriormente, para a pouca efetividade dos dispositivos despenalizadores da Lei 11.343/06.¹¹⁵³

O estabelecimento de elementos objetivos para a distinção entre as condutas importaria redução da margem de apreciação judicial no que se refere aos elementos subjetivos, evitando-se decisões de condenação por tráfico baseadas sobretudo na pessoa do autor, em detrimento da magnitude da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A redução do número de condenações por tráfico poderia resultar, por sua vez, na redução da população carcerária.

Embora se reconheça alguma plausibilidade nessas hipóteses, parece mais razoável supor que a efetiva redução do número de presos por tráfico somente seria possível com a legalização de todo o processo de produção e consumo.

Nessa perspectiva, a descriminalização da posse para consumo constituiria, como bem ponderou BOITEAUX, “uma etapa prévia e antecedente à exclusão das sanções penais para a produção e comércio de drogas, mas por si só ainda se mostra uma opção insuficiente.”¹¹⁵⁴

Entretanto, mais que uma etapa prévia, o sistema atual de despenalização ou a eventual descriminalização da posse de maconha para uso em pequenas quantidades, devem ser implementadas como experiências controladas, como sustentou HASSEMER, cujos resultados serviriam de premissa para o posterior desenvolvimento de um processo de legalização a longo prazo.¹¹⁵⁵

¹¹⁵³ Ver o que se disse retro em seção 6.4.

¹¹⁵⁴ BOITEAUX, Luciana. Modelos de Controle de Drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In INSTITUTO DE SAÚDE, São Paulo, 2017. P.183-199.

¹¹⁵⁵ HASSEMER, Winfried. “Entkriminalisierung Im Betäubungsmittelstrafrecht.” *Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft (KritV)*, vol. 76, no. 2, 1993, pp. 198–212

8.1.5 Despenalização do furto de coisa de pequeno valor e discriminação do furto de bagatela

A descriminalização ou despenalização da pequena delinquência patrimonial ou furto de bagatela, tem sido profusamente discutida, embora com menor difusão e impacto midiático que o debate sobre a descriminalização da posse de drogas para consumo.

Trata-se, como bem observou SILVA SANCHEZ, de conduta que, resultando em pequeníssima lesividade quando considerada isoladamente, afeta, por outro lado, direitos individuais e manifesta-se em fenômeno de massa, causando danos materiais globais consideravelmente elevados.¹¹⁵⁶

Assim, considerou-se a possibilidade de descriminalização, com a recondução da conduta ao âmbito de proteção do direito civil ou administrativo (como violação de contra-ordenação), especialmente em relação ao furto em grandes estabelecimentos comerciais, tendo em vista a inexpressiva lesividade da conduta e consequente desproporcionalidade da aplicação de uma sanção penal.¹¹⁵⁷

Tendo em vista, por outro lado, que a conduta afeta o direitos individuais centrais “ao núcleo de identidade normativa da sociedade”, foi apontada a

¹¹⁵⁶ SILVA-SANCHEZ, José-María. Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión.

¹¹⁵⁷ Essa a proposta do Projeto Alternativo para o furto em estabelecimentos comerciais (Alternatives Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE- GLD). No mesmo sentido RAINER, ponderando que a disposição dos produtos nas prateleiras de supermercados de forma a possibilitar o autoatendimento equivale à provocação da vítima. Sobre o tema ver também. WANG, Yu. Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fhelendem Strafbedürfnis: Ein deutsch-chinesischer Rechtsvergleich. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft Bd. 19, 2014.

necessidade da busca de soluções equilibradas e proporcionais no âmbito do direito penal.¹¹⁵⁸

Nessa perspectiva, foram adotados, de um lado, modelos estritamente processuais, pautados, por exemplo, na exigência de representação do ofendido (ação penal pública condicionada à representação) ou na integral privativação da ação, como ocorreu na legislação portuguesa com a entrada em vigor da Lei 19/2013,¹¹⁵⁹ ou a possibilidade de uma transação, solução adotada no sistema alemão.¹¹⁶⁰

Na abordagem substantiva, por sua vez, propõe-se a exclusão do caráter antijurídico dos delitos patrimoniais de bagatela, a criação de um tipo específico de infração para essas condutas ou, por fim, a submissão do autor do fato a um juízo de culpabilidade por parte do juiz, que exerceria sua margem de apreciação caso a caso.¹¹⁶¹

No modelo brasileiro, a pena cominada para o furto varia de multa (furto privilegiado) até dez anos de reclusão, podendo incidir, ainda, aumento por circunstâncias agravantes, embora sejam aplicáveis, em tese, diversos institutos despenalizadores.

¹¹⁵⁸ SILVA-SANCHEZ, José-María. Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión.

¹¹⁵⁹ NEVES, Alexandra Marques. Furtos em estabelecimentos comerciais: Reflexões sobre o novo regime. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses na Universidade de Coimbra. Janeiro/2016.

¹¹⁶⁰ Sobre o tema ver WANG, Yu. Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis: Ein deutsch-chinesischer Rechtsvergleich. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft Bd. 19, 2014.

¹¹⁶¹ Sobre o tema ver SILVA-SANCHEZ, José-María. Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. P. 342-343. WANG, Yu. Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis: Ein deutsch-chinesischer Rechtsvergleich. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft Bd. 19, 2014.

Assim, no furto simples (art. 155), cabível, em regra, a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Além disso, sendo a escala penal fixada em um a quatro anos, cabe a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, qualquer que seja a medida da pena fixada, salvo se o réu for reincidente em crime doloso e a medida não for socialmente recomendável (art. 44 e parag. 3º do CP). Cabível também, nesse caso, a suspensão condicional da pena (77 do CP).

Na hipótese do furto qualificado (art. 155 parag. 4º do CP), embora a suspensão condicional somente seja cabível na modalidade tentada, pode-se aplicar a substituição por pena restritiva de direitos, desde que a pena seja fixada em até quatro anos, cabendo, ainda, a suspensão condicional da pena, se fixada a pena no mínimo.

O legislador estabeleceu, além disso, a possibilidade de substituição da pena de reclusão por detenção, redução da pena de um a dois terços ou imposição de pena de multa no caso do furto de pequeno valor (art. 155 parag. 2º).

Sendo o criminoso primário e a de coisa de pequeno valor, portanto, facultase a imposição pena de multa exclusivamente.

Entretanto, o legislador deixou de definir critérios de aferição do pequeno valor, devendo o juiz fixar o valor discricionariamente.

A jurisprudência definiu como parâmetro o equivalente à quantia inferior ao salário mínimo vigente na época da decisão judicial, de acordo com a doutrina majoritária.¹¹⁶²

¹¹⁶² GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 663. FRAGOSO, Christiano. GLIOCHE, Patrícia. Crimes de Furto e Roubo. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 76. De acordo com HUNGRIA, o pequeno valor seria aquele cuja perda seria “facilmente suportada até mesmo por uma pessoa de escassos recursos”, sendo certo que, na impossibilidade de se fixar um valor monetário em razão do provável desgaste do valor real da moeda, não se deveria, segundo o autor, ultrapassar o valor do “(...) algarismo do salário mínimo de um operário ou dos vencimentos de um barnabé, sob pena de “(...) empreender um vôo para fora da lei.” HUNGRIA,

O furto de pequeno valor não se confunde, porém, com o furto de coisa insignificante, hipótese de inexpressividade da coisa subtraída, considerada na jurisprudência como causa de exclusão da tipicidade.¹¹⁶³

Embora crescentemente reconhecido em hipóteses de furto pelo STF e STJ, (especialmente no que se refere à subtração de alimentos),¹¹⁶⁴ o princípio da

Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume VII. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 31. No mesmo sentido BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. p. 996. A natureza jurídica do princípio da insignificância seria, de acordo com MAÑAS, de “(...) causa supralegal de exclusão da tipicidade, de acordo com a concepção material desta. É instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, consentânea, portanto, com a garantia constitucional da legalidade.” Sobre o tema ver MANAS, Carlos Vico. Princípio da Insignificância: Excludente da Tipicidade ou da Ilícitude? In Escritos em homenagem a Alberto Sila Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 142-144

¹¹⁶³ O postulado da insignificância importaria, segundo SOUZA e JAPIASSÚ, a exclusão do direito penal das condutas provocadoras de ínfima lesão do bem jurídico tutelado, devendo levar-se em conta, de acordo com o entendimento do STJ e STF os seguintes critérios: a) inexpressividade da lesão; b) mínima ofensividade da conduta; c) ausência de periculosidade social e d) reduzido grau de reprovabilidade. GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 52. MARTINELLI, João Paulo Orsini. De BEM, Leonardo Schmitt. São Paulo: Saraiva, Jur, 2018. p. 5916. Como apontado por BOTTINI et al, o marco da definição de critérios seria o Habeas Corpus 84.412, DJ 19-11-2004 do STF, de relatoria do Ministro Celso de Mello. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Et al. O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. In OLIVEIRA, Fabiana Luci (org.). Justiça em Foco: Estudos Empíricos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. p. 155.

¹¹⁶⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Et al. O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. In OLIVEIRA, Fabiana Luci (org.). Justiça em Foco: Estudos

insignificância tem aplicação restrita nas instâncias inferiores, de forma que tem sido frequente, nesses casos, a imposição de prisão preventiva ou até de pena privativa de liberdade, embora haja a possibilidade de eventual reforma da decisão judicial, se o caso for levado às instâncias superiores.¹¹⁶⁵

Além disso, a aplicação do princípio carece de uniformização, podendo-se identificar, mesmo nos Tribunais Superiores, diversos posicionamentos a respeito do valor a ser considerado como parâmetro.

Empíricos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. p. 168-169. “1. A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (...)” (AI 662132 AgR. STF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. 2009). No STJ: “Para a incidência do princípio da insignificância, necessários se fazem a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF..” (STJ. REsp 984723. Rel. Min. Og Fernandes. Sexta Turma. DJ de 02/02/2009).

¹¹⁶⁵ Como observou COSTA, a grande incidência de casos nos quais se pleiteou a aplicação do princípio no STF indica a tendência de aplicação restritiva nas instâncias inferiores, de forma que se muitos casos são levados ao STF, nos quais a aplicação do princípio seria inquestionável mesmo para os defensores de concepções as mais formalistas, como por exemplo, o furto, por réus primários e sem antecedentes, de fios de cobre no valor de 14,80 Reais ou cinco galinhas mais dois sacos de ração, nos quais houve devolução à vítima. Sobre o tema ver COSTA, Helena Regina Lobo da. DO furto. In REALE Jr., Miguel. (coord). Direito Penal. Jurisprudência em Debate. São Paulo: Saraiva, 2016. p.5700.

Discute-se também se o valor da coisa é o único critério a ser analisado para verificar a relevância da conduta e se o princípio pode ser aplicado quando o ator do crime é reincidente ou possui maus antecedentes, entre outros aspectos.¹¹⁶⁶

Nesse contexto, os crimes patrimoniais representam grande parte da composição da população carcerária, alcançando, segundo dados do DEPEN, 37 por cento das incidências pelas quais as pessoas presas foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016.

As incidências de furto representam doze por cento dessa parcela, no caso dos homens, e nove por cento, no caso das mulheres presas, sendo que o número de pessoas presas por furto simples (art. 155) supera ligeiramente o de pessoas presas por furto qualificado (art. 155 parag. 4º e 5º), computando-se um total de 37.155 e 36.626 pessoas presas respectivamente.¹¹⁶⁷

Mesmo que o número de pessoas presas por roubo seja consideravelmente mais elevado (52.236 incidências), a contribuição das prisões por furto é bastante expressiva, embora se trate de crime praticado sem violência e cuja escala penal garante a incidência de penas e medidas alternativas.

No que se refere aos presos provisórios, por sua vez, as incidências de furto alcançam, de acordo com levantamento do CNJ, sete por cento das pessoas presas.¹¹⁶⁸

Segundo pesquisa realizada por BARRETO, analisando processos de furto distribuído entre 2000e 2004 em cinco cidades brasileiras (Belém, Recife, São

¹¹⁶⁶ Sobre as divergências jurisprudenciais ver COSTA, Helena Regina Lobo da. DO furto. In REALE Jr., Miguel. (coord). Direito Penal. Jurisprudência em Debate. São Paulo: Saraiva, 2016. p.5700

¹¹⁶⁷ DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização Junho 2016. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf> Acesso em 30 de novembro de 2018.

¹¹⁶⁸ CNJ. Reunião Especial de Jurisdição. Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>> Acesso em 30 de novembro de 2018.

Paulo, Porto Alegre e Distrito Federal), o encarceramento é a regra para os crimes de furto, constatando-se a imposição de prisão provisória na grande maioria dos casos (73 por cento em Recife; 90,4 por cento em Belém; 49,2 por cento no Distrito Federal; 89,30 por cento em São Paulo e 31,9 por cento em Porto Alegre).

Entretanto, grande parte dos casos referem-se a hipóteses de furto simples, tentado ou consumado (49,3 por cento em Recife, 58,18 por cento em Belém, 29,92 por cento no Distrito Federal, 30,72 por cento em São Paulo e 37,03 por cento em Porto Alegre).

No que se refere à sanção penal, porém, as penas alternativas foram aplicadas na grande maioria ou, em alguns casos, na integralidade dos processos (75,4 por cento em Recife, 68,70 em Belém, 100,0 por cento no Distrito Federal, em São Paulo e Porto Alegre).

Quanto ao valor dos bens, por outro lado, apenas 25 por cento dos bens furtados ultrapassou a marca de 1000 Reais, sendo que 19,50 por cento dos casos tratavam de bens de até 350 Reais.¹¹⁶⁹

A breve análise dos dados acima permite concluir que são consideravelmente elevados os índices de prisão por furto simples e qualificado, embora, em abstrato, seja prevista a possibilidade de aplicação de diversos institutos despenalizadores.

A aplicação da pena de prisão aos condenados por crimes de furtos podem ocorrer, portanto, em duas hipóteses, quais sejam: a) não aplicação dos dispositivos despenalizadores em razão da reincidência ou circunstâncias judiciais subjetivas; b) descumprimento das condições estabelecidas pelo juiz na aplicação de um ou mais desses institutos despenalizadores.

Resulta, portanto, um sistema no qual grande percentual de pessoas presas cumpre pena ou encontra-se presa preventivamente pela prática de delito patrimonial sem violência contra a pessoa.

Além disso, considerando os índices de ajuizamento de “habeas corpus” junto ao STF, nos quais se pleiteia o reconhecimento da atipicidade da conduta por

¹¹⁶⁹ BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e Prisão Provisória na Criminalização de Furto*. Da Presunção de Inocência à Antecipação de Pena. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre na Universidade Nacional de Brasília, 2006.

aplicação do princípio da insignificância, constata-se a predominância de casos de furto de coisas de pequeno valor.¹¹⁷⁰

Afigura-se necessária, assim, a modificação do atual modelo de despenalização, de forma a se reduzir os níveis de imposição de prisão aos autores de furto, por meio da introdução de medidas processuais e substantivas.

A adoção de soluções processuais para o tratamento do furto no direito brasileiro poderia vir a reduzir os níveis de encarceramento, porém com reduzida efetividade.

No que tange à possibilidade de transação penal entre o autor do fato e o Ministério Público (nos moldes da solução adotada na Alemanha), a medida poderia resultar na redução do efeito dessocializador da pena privativa de liberdade, além de evitar a sobrecarga de trabalho judicial decorrente da instauração de numerosos processos penais, cujo custo frequentemente superaria o valor da lesão que lhes deu origem.

Entretanto, o modelo implica flexibilização do princípio da obrigatoriedade, com demasiada ampliação da margem de discricionariedade do Ministério Público, inclusive quanto à escolha da sanção imposta, na medida em que lhe incumbiria a decisão de ajuizar ação ou propor a transação, bem como o conteúdo da proposta.

Além disso, a medida poderia importar violação à presunção de não culpabilidade, podendo-se, ainda, questionar a validade do consentimento do autor do fato na situação de vulnerabilidade gerada pela iminência de ajuizamento de ação penal por crime punido com pena de prisão de até 10 anos.¹¹⁷¹

¹¹⁷⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Et al. O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. In OLIVEIRA, Fabiana Luci (org.). Justiça em Foco: Estudos Empíricos. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. p. 155.

¹¹⁷¹ No mesmo sentido, SILVA-SANCHEZ, Jesús María. Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. Estudios penales y criminológicos. N. 25,p. 331-360. 2004. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1441547>>>. Acesso em 03 de dezembro de 2018.

O modelo de ajustamento poderia, ainda, provocar a cominação de sanções mais severas, na medida em que o legislador atuaria para ampliar o exercício do poder punitivo contando com a futura atuação discricionária do Ministério Público.¹¹⁷²

Soma-se a isso o fato de que o procedimento simplificado de transação implica escasso controle judicial e, portanto, flexibilização das garantias processuais constitucionais do acusado.¹¹⁷³

Também o modelo de privatização da ação penal, como ocorreu no direito português, teria efetividade limitada, tendo em vista que, como observou NEVES referindo-se ao caso português, a medida importaria a imposição de um ônus que seria facilmente suportado pelas vítimas com maiores poderes econômicos, notadamente as grandes empresas de comércio varejista, em cujos estabelecimentos a ocorrência de furtos é especialmente frequente.¹¹⁷⁴

A mesma observação poderia ser aplicada no caso da previsão de ação penal pública condicionada à representação, embora em menor grau, vez que a ação seria promovida pelo Ministério Público.¹¹⁷⁵

A exigência de representação não atingiria os efeitos pretendidos, tendo em vista tratar-se de conduta comumente praticada em estabelecimentos comerciais de

¹¹⁷² Nesse sentido, VOEGLER, Theo. Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung. Referat auf der Strafrechtslehrtagung in Giessen am 20. Mai 1977.

¹¹⁷³ Nesse sentido, WANG, Yu. Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis: Ein deutsch-chinesischer Rechtsvergleich. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft Bd. 19, 2014.

¹¹⁷⁴ NEVES, Alexandra Marques. Furtos em estabelecimentos comerciais. Reflexões sobre o novo regime. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Universidade de Coimbra. Janeiro, 2016. p.15.

¹¹⁷⁵ A proposta integra o Caderno de Propostas Legislativas 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa. São Paulo, IBCCRIM, 2017.

grande porte, mantidos por conglomerados empresariais cujo poderio econômico proporciona condições materiais para o ajuizamento de reiteradas representações.

Nessa perspectiva, a privatização da ação ou a exigência de representação podem vir a contribuir para a redução do encarceramento no que se refere aos delitos patrimoniais, sem prejuízo, porém, da adoção simultânea de medidas substantivas.

No que se refere às soluções substantivas, poderia ser implementada a despenalização do furto de coisa de pequeno valor, excluindo-se a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade.

A medida afigura-se como o desdobramento lógico das opções político-criminais já adotadas pelo legislador, tendo em vista que, nessa hipótese, pode o juiz, atualmente, aplicar a pena de detenção, reduzir a pena ou deixar de impor a pena privativa de liberdade, optando exclusivamente pela imposição de multa.

A previsão de aplicação exclusiva da pena de multa denota a adoção, pelo legislador, da premissa segundo a qual a conduta constitui crime (não se aplicando o princípio da insignificância), porém, em determinados casos, a imposição da pena privativa de liberdade pode ser desproporcional à lesão do bem jurídico tutelado.

O furto privilegiado foi enquadrado pelo legislador, portanto, em uma categoria de transição entre as condutas que importam lesão ao patrimônio evidentemente carecedora de tutela penal pela imposição de pena privativa de liberdade e as condutas que, pela insignificância da lesão, devem estar fora do âmbito de proteção do direito penal.

Além disso, foram previstas no dispositivo em questão, três opções de sanção (detenção, redução de até dois terços e multa) de forma que, mesmo sendo apropriada a imposição de pena privativa de liberdade, não seria cabível a execução em regime fechado e deveria ser aplicada uma redução significativa da medida da pena.

Trata-se, portanto, de hipótese na qual a opção do legislador denota pouquíssima ênfase na função preventiva geral da pena, preponderando uma perspectiva voltada para a prevenção especial, no sentido de se evitar o efeito dessocializador da pena privativa de liberdade.

As mesmas considerações sustentariam a modificação do dispositivo, de forma a excluir a decisão da margem de apreciação judicial, passando-a ao âmbito de atuação do legislador, para afastar completamente a possibilidade de pena de

prisão, restringindo-se a punição do furto de pequeno valor exclusivamente à pena de multa.¹¹⁷⁶

A medida pressupõe, todavia, o estabelecimento pelo próprio legislador de critérios quantitativos para o enquadramento das condutas na hipótese, de forma a se assegurar o tratamento igualitário e o respeito ao princípio da legalidade.

Pode-se questionar o estabelecimento de critérios objetivos em razão da possibilidade de ocorrências nas quais o valor, embora seja pequeno, ultrapasse por pouco a quantia prevista em lei, impossibilitando-se a aplicação do dispositivo de forma injusta.

De fato, há o perigo de se tornar inflexível o reconhecimento do pequeno valor, deixando-se de aplicar as medidas em casos de pouca lesividade, em razão de uma diferença inexpressiva.

Esse perigo poderia ser evitado, todavia, mediante uma previsão genérica de possibilidade de exclusão da pena privativa de liberdade e imposição exclusiva da pena de multa para todas as hipóteses nas quais for reconhecida pelo juiz a lesão de pequena monta ao patrimônio, mesmo se tratando de coisa de valor superior ao estipulado pelo legislador.

Haveria, portanto, duas espécies de furto privilegiado, quais sejam: o furto privilegiado legal, preestabelecido pelo legislador mediante adoção de critérios objetivos; e o judicial, com a possibilidade do afastamento da pena de prisão em razão do reconhecimento pelo juiz do pequeno valor da coisa.

O valor estabelecido pelo legislador atuaria assim, como um limite, abaixo do qual seria vedada a imposição de pena de prisão e acima do qual seria possível a imposição de pena de prisão ou multa, alternativamente, cabendo a decisão ao juiz.

Entretanto, a efetividade dessas medidas ficaria extremamente reduzida pela restrição do âmbito de aplicação aos réus primários.

A delinquência patrimonial leve constituiria, como ensinou SILVA-SANCHEZ, fenômeno de massa caracterizado pela reiteração múltipla, de forma que uma

¹¹⁷⁶ Nesse sentido, Caderno de Propostas Legislativas 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa. São Paulo, IBCCRIM, 2017.

solução que se proponha a evitar o encarceramento deve ser elaborada de forma a abranger as hipóteses de reincidência.¹¹⁷⁷

Além disso, considerando-se que no furto de coisa de pequeno valor a imposição de pena privativa de liberdade deve ser afastada por mostrar-se desproporcional à lesão do bem jurídico, não se justifica tratamento diferenciado ao reincidente, já que a reiteração criminosa não afeta o grau de lesão ao bem jurídico.

Quanto ao furto de coisa insignificante, a conduta deveria ser expressamente descriminalizada, excluindo-se do âmbito do direito penal a lesão inexpressiva do patrimônio.¹¹⁷⁸

A descriminalização concretizaria posição predominante na doutrina e jurisprudência, superando o descompasso entre o entendimento consolidado nos tribunais superiores e as práticas judiciais nas instâncias ordinárias, para assegurar a aplicação do princípio da insignificância sem necessidade de recursos especiais ou extraordinários ou sucessivos “habeas corpus”.

A medida garantiria, assim, a efetividade do princípio da insignificância, evitando o ajuizamento de inúmeras ações penais e a imposição desproporcional de prisão cautelar e penas criminais e uniformizando seus critérios de aplicação.

¹¹⁷⁷ Assim, por exemplo, o Projeto Alternativo sobre o furto em grandes estabelecimentos comerciais previa que, com a descriminalização do furto, caso cometidos dois fatos no prazo de dois anos, a terceira conduta seria punida penalmente. Outra solução foi adotada pelo legislador espanhol que estabeleceu, no parágrafo 2º do art. 234 do Código Penal, que a pena de furto será imposta a quem “em um prazo de um ano realize quatro vezes a ação descrita no art. 623, I daquele Código, sempre que montante acumulado das infrações seja superior ao mínimo da referida figura do delito. Sobre o tema ver SILVA-SANCHEZ, Jesús María. Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. Estudios penales y criminológicos. N. 25, p. 331-360. 2004. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1441547>>>. Acesso em 03 de dezembro de 2018.

¹¹⁷⁸ No sentido do texto, preconizando a descriminalização da criminalidade de bagatela, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Alternativas da Pena Privativa de Liberdade. Revista de Direito Penal. N. 29, p. 5 a 17.

Também aqui, caberia ao legislador o estabelecimento de critérios objetivos, notadamente em relação ao valor da coisa furtada, de forma a se evitar que as práticas judiciais venham a reduzir a efetividade da decisão legislativa, como ocorreu em relação às penas alternativas.¹¹⁷⁹

Seriam estabelecidos, portanto, dois marcos quantitativos, quais sejam 1) um, valor menor, acima do qual estaria configurado o de crime de furto de pequeno valor (hipótese na qual só seria possível a imposição de pena de multa; 2) um valor maior, acima do qual seria possível a imposição de pena de prisão, mantida a possibilidade, também nesses casos, de reconhecimento de lesão pequena ao bem jurídica, embora o valor da coisa ultrapasse o quantum fixado pelo legislador.

O modelo pode ser aprimorado, ainda, pela equiparação do furto de coisa de pequeno valor praticado em estabelecimento comercial, às hipóteses de furto de coisa insignificante, descriminalizando-se a conduta.¹¹⁸⁰

Para além da questão carcerária e do pequeno grau de lesão do bem jurídico, a descriminalização do furto de coisa de pequeno valor em

¹¹⁷⁹ Sobre o tema ver retro

¹¹⁸⁰ Nesse sentido ver HAMM, Rainer. Eigentum im Wandel der Zeiten. Eigentumshutz durg Strafrecht und Entkriminalisierung im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) Vol. 76, No. 2 (1993), pp. 213-226. Adotando a mesma concepção, a Ministra da Justiça da Baixa Saxônia NIEWISCH-LENNARTZ propôs a descriminalização do furto de coisas de pequeno valor, requalificando-se a conduta como violação da contra-ordenação, especialmente no caso de furto de alimentos. NIEWISCH-LENNARTZ, Antje. Herunterstufung der Bagatelldeliktet zur Ordnungswidrigkeit? Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 06/2014, S. 187. Contra, argumentando que a delinquencia patrimonial deve necessariamente permanecer no âmbito do direito penal, por importar violação de “elemento do núcleo de identidade normativa da nossa sociedade...” SILVA-SANCHEZ, Jesús-MARÍA. Delincuencia Patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. Estudios penales y criminológicos. N. 25,p. 331-360. 2004. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1441547>>>. Acesso em 03 de dezembro de 2018.

estabelecimento comercial poderia justificar-se, como observou VOEGLER, pelas especificidades dessa conduta, a qual, disse o autor, não se enquadraria na descrição típica do furto.

Como observou VOEGLER, o furto em estabelecimento comercial teria perdido, em razão do anonimato da vítima, o caráter de lesão imediata, assemelhando-se muito aos crimes contra a ordem econômica, na medida em que provoca prejuízo à coletividade pela acumulação de pequenas lesões.

A conduta diferiria, ainda, do conceito tradicional de furto, porque, no estabelecimento comercial, a propriedade é oferecida à apropriação em razão da forma de exposição à venda, tratando-se, não de um crime contra o património, de um abuso do autoatendimento.¹¹⁸¹

Trata-se, assim, de conduta cujo enquadramento como furto suscita dúvidas e questionamentos, recomendando-se a descriminalização em respeito ao princípio da intervenção mínima.

¹¹⁸¹ Sobre o tema, VOGLER, Theo. Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung. Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Giessen am 20. Mai 1977. No mesmo sentido asseverou HAMM, Rainer. Nesse sentido ver HAMM, Rainer. Eigentum im Wandel der Zeiten. Eigentumshchutz durg Strafrecht und Enkriminalisierung im Bereich der Eigentums-und Vermögensdelikte. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) Vol. 76, No. 2 (1993), pp. 213-226. Fundamento semelhante deu origem à modificação da legislação portuguesa, para se introduzir a ação penal privada nas hipóteses de furto de pequeno valor em estabelecimento comercial. Consta da Exposição de Motivos que, “importa distinguir as situações em que os ofendidos são proprietários de estabelecimentos comerciais, onde os produtos se encontram expostos ao público (devendo estes providenciar uma) adequada vigilância”. Assim, segundo NEVES, “ estaria subjacente uma ideia de aceitação do risco pela forma como os comerciantes expõe os seus produtos...” Sobre o tema ver NEVES, Alexandra Marques. Furtos em estabelecimentos comerciais. Reflexoes sobre o novo regime. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forentses. Universidade de Coimbra. Janeiro, 2016.p.15.

Além disso, a descriminalização justifica-se não só pela questão normativa, em observância do princípio da intervenção mínima, mas como parte importante da estratégia de redução da população carcerária.

A implementação das mudanças propostas implicaria a necessidade de uma adequação da sanção penal, devendo-se reduzir as escalas penais cominadas, mantendo-se a proporcionalidade entre os diferentes graus de lesão do bem jurídico.

A redução da escala penal do furto deveria inserir-se, porém, em uma ampla revisão das escalas penais de todos os crimes contra o patrimônio, voltada para a redução dos níveis de encarceramento como um todo, nos termos expostos acima.

8.2 Individualização Judicial: reforma das normas de determinação da pena

O modelo de determinação da medida da pena adotado no ordenamento brasileiro tem contribuído para o crescimento da população carcerária brasileira, como dito anteriormente, em razão da ampla margem de discricionariedade proporcionada ao juiz no que diz respeito aos critérios subjetivos de individualização judicial e às finalidades da pena.

Como apontado acima, tem se fundamentado decisões judiciais de fixação da pena acima da mínimo legal ou de regimes de execução mais severos, ou não aplicação de dispositivos despenalizadores, na avaliação negativa de critérios subjetivos ligados ao autor, notadamente, nas circunstâncias judiciais subjetivas enumeradas no art. 59 do Código.

Assim, faz-se necessária a revisão das normas de determinação de pena, de forma a reduzir-se a margem de apreciação judicial em relação aos elementos subjetivos ligados autor, ou seja, a personalidade, a conduta social e os antecedentes.

Além disso, a determinação da medida da pena deve ser desvinculada das finalidades preventivas ou retributivas da pena, ainda que se reconheça a proteção dos bens jurídicos como fundamento da imposição de sanção, desempenhada pelo sistema penal como um todo.

A revisão proposta deveria abranger todos os aspectos e etapas da determinação da pena, tarefa ampla e detalhada que extrapola os limites do

presente trabalho, limitando-se a proposta aqui apresentada a apontar algumas modificações pontuais necessárias, porém sem pretensão de esgotar o tema.

Propõe-se, assim, a proporcionalidade ao fato como parâmetro preferencial de determinação da medida da pena.

Nessa perspectiva, a questão da prevenção deve ficar restrita à decisão de criminalização, elaborando-se um modelo de determinação da pena que se aproxima da teoria da pena proporcional ao fato.

Como bem observado por TEIXEIRA, mesmo que se admita a prevenção como fundamento do exercício do poder punitivo por parte do Estado, as considerações teleológicas não necessariamente devem ser levadas em conta na individualização judicial da pena. Nas palavras do autor

(...) mesmo que se chegue à conclusão de que prevenir a prática de delitos futuros seja o fim que justifica a existência de um sistema criminal (prevenção geral e especial), disso não decorre forçosamente que considerações de prevenção devam ser levadas em conta pelo magistrado no momento da fixação da sanção no caso concreto.¹¹⁸²

Não se trata, porém de se estabelecer “um dever absoluto de imposição de penas proporcionais à gravidade do delito,” mas de excluir a utilização de razões de prevenção em desfavor do réu na individualização judicial.¹¹⁸³

Propõe-se, além disso, que a individualização judicial da pena seja exercida com ênfase nos aspectos objetivos e subjetivos do crime (não do autor), especialmente a gravidade do delito e a culpabilidade.

Assim, seria necessário alterar a atual redação do artigo 59 do Código Penal, para que passasse a constar a seguinte cláusula: Art. 59 – O juiz, atendendo à

¹¹⁸² TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.72.

¹¹⁸³ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 70

culpabilidade, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá.....¹¹⁸⁴:

É verdade que redação atual do dispositivo comporta interpretação restritiva no que se refere às circunstâncias judiciais subjetivas, podendo-se limitar a influencia da culpabilidade na medida da pena aos aspectos subjetivos da conduta, de acordo com os princípios penais constitucionais, como brilhantemente demonstrado por ROIG, CARVALHO e TEIXEIRA, entre outros.¹¹⁸⁵

Tendo em vista, entretanto, a tendência verificada nas práticas judiciárias de utilização da margem de apreciação judicial para a exacerbação do poder punitivo, especialmente no que se refere à individualização da pena, opta-se, neste trabalho, por sugestões a serem implementadas pela via da reforma legislativa.

Nessa perspectiva, deve ser adotado, como propôs TEIXEIRA, um conceito amplo no que se refere à culpabilidade para fins de determinação da pena, para que se leve em conta, além da culpabilidade em sentido estrito (imputabilidade reduzida, erro de proibição evitável ou inexigibilidade de conduta diversa) todo o injusto e “suas diversas formas de manifestação no caso concreto.”¹¹⁸⁶

¹¹⁸⁴ A redação proposta difere daquela sugerida por GRECO et al, vez que aqui foram excluídas, além das circunstâncias subjetivas relativas ao autor, as referencias expressas às finalidades da pena. Sobre a proposta mencionada ver GRECO, Luis et al.

¹¹⁸⁵ Sobre o tema ver por todos ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena. Limites, Princípios e Novos Paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.p.22-75. CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Fundamentos e Aplicação Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 332 e ss. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 131-133

¹¹⁸⁶ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 132.

Assim, deve o injusto culpável ser considerado o “critério central de aplicação da pena.”¹¹⁸⁷

A determinação da pena ficaria, portanto, desvinculada de termos vagos e fortemente associados às concepções positivistas, através dos quais tem ingressado no direito da pena a periculosidade, mesmo após adoção do sistema vicariante.

A exclusão dos antecedentes, por sua vez, visa a restringir o exame da culpabilidade ao crime praticado e suas circunstâncias, reduzindo as possibilidades de exacerbação do poder punitivo.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁷ O princípio orientou a redação do da norma de determinação de pena Código Penal Suíço de 2002. Assim, segundo o art. 47 1. O juiz fixa a pena de acordo com a culpabilidade do autor. Ele leva em consideração os antecedentes e a situação deste última, assim como as consequenciais da pena para o seu futuro. 2. A Culpabilidade é determinada pela gravidade da lesão ou da colocação em perigo do bem jurídico em questão, pelo caráter repreensível do ato, pelas motivações e objetivos do autor e pela medida em que este poderia ter evitado a colocação em perigo ou a lesão, tendo em conta a sua situação pessoal e as circunstâncias exteriores. No original em francês: “Art. 47 1. Principe1. Principe1 Le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir.2 La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures Segundo KUHN et al., a manutenção dos antecedentes na norma de determinação de pena se justifica em razão exclusão da agravante da reincidência. Sobre o tema ver PIGNAT, Cédric. La fixation de la peine avant et après la révision de 2002. in KUHN, André. Et al (ed). Droit des sanctions de l'ancien au nouveau droit. Bern : Stämpfli Verlag, 2004. p. 34.

¹¹⁸⁸ A influência dos antecedentes sobre a determinação da medida da pena foi afastada também no sistema Finlandês, sendo esse considerado um dos fatores que contribuiu para a redução da população carcerária. Sobre o tema ver TÖRNUDD, Patrik. Fifteen Years of Decreasing prisoner Rates in Finland: A report

A revisão da norma de determinação de pena (art. 59) implicaria a reforma também das normas que fazem referência expressa às circunstâncias judiciais subjetivas (como os dispositivos que disciplinam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, suspensão condicional do processo, entre outras), impactando assim, todo o sistema de individualização da pena, inclusive no âmbito da legislação especial, notadamente, a legislação de drogas.

Dessa forma, seriam afastadas as considerações relativas às circunstâncias subjetivas não só para a determinação da medida da pena, mas para todas as opções politico-criminais relativas à individualização da pena.

A revisão das normas de determinação de pena deve importar, ainda, a incorporação do critério relativo à capacidade dos estabelecimentos prisionais, de forma que a taxa de ocupação influencie diretamente a escolha da modalidade de pena (restritiva de direitos ou privativa de liberdade) ou a decisão de suspensão condicional da pena ou execução em prisão domiciliar.¹¹⁸⁹

presented to a Study Group from Western Australia in 1991 with a Postscript 5 November 1993. National Research Institute of Legal Policy. Research Communications, 1993. p. 11. Segundo JAREBORG, nem tudo que diz respeito à culpabilidade deve ser importante para a fixação da pena, sendo esse o caso dos antecedentes. JAREBORG, Nils. The Swedish Sentencing Reform. in CLARKSON, C.M.V.; MORGAN. R. The Politics of Sentencing Reform. New York: Clarendon Press, 1995. P.103. Diversamente, entendendo que os antecedentes devem ser levados em conta na avaliação da gravidade do crime. von HIRSCH, Andrew. Doing Justice: The Choice of Punishments. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976. p.69.

¹¹⁸⁹ A inclusão da ocupação como critério de determinação da pena poderia ser uma forma de concretização do princípio do “*numerus clausus*” preventivo, importando a vedação de novos ingressos no sistema, como preconizado por ROIG, com a transformação do encarceramento em prisão domiciliar. Sobre o tema ver ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição kindle.p. 1565.

8.3 Individualização Executiva: Livramento Condicional e Indulto

Tem sido frequentemente apontada a importância da utilização do livramento condicional como estratégia de redução da população carcerária.¹¹⁹⁰

Entretanto, vigora atualmente no Brasil um sistema de livramento condicional no qual são previstos diferentes requisitos objetivos para a aplicação do instituto, exigindo-se o cumprimento de um terço da pena para réus primários, metade para reincidentes e dois terços no caso dos crimes hediondos, desde que o condenado não seja reincidente específico em crime dessa natureza.

A atual disciplina tem reduzido a efetividade do livramento condicional como instrumento de controle do crescimento da população carcerária, principalmente no que se refere aos crimes hediondos, tendo em vista que o tráfico de drogas (equiparado a hediondo) representa grande parte da composição da população carcerária.

A revisão do requisito temporal no que se refere aos crimes hediondos, para reduzir o tempo de cumprimento efetivo da pena ao patamar adotado para os demais crimes (um terço), importaria efeitos imediatos sobre a população carcerária.

Também contribuiria para maior efetividade do instituto o tratamento igualitário entre primários e reincidentes, seguindo-se, assim, a orientação acima exposta no sentido de se ampliar ao máximo o acesso dos reincidentes aos institutos despenalizadores.

¹¹⁹⁰ Como foi observado do Livro Branco do Conselho Europeu sobre superpopulação carcerária, os altos índices de encarceramento são fortemente influenciados pelos dispositivos de liberação antecipada, notadamente o livramento condicional. Livre Blanc sur le Surpeuplemt Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018. O livramento condicional é apontado também como estratégia de redução no preâmbulo das Regras Penitenciárias Europeias de 2006. CONSELHO DA EUROPA. Regras Penitenciárias Europeias. Recomendação Rec (2006)2 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias. Disponível em << <https://rm.coe.int/16804c2a6e>>>. Acesso em 11 de dezembro de 2018.

Também os indultos coletivos têm sido apontados como importante estratégia de controle do crescimento da população carcerária, ainda que de forma provisória e temporária.¹¹⁹¹

¹¹⁹¹ GUEIROS, Artur. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal. Volume Único. São Paulo, Atlas, 2018. Edição Kindle. p. 460. No sentido do texto, sugerindo a utilização do indulto como instrumento de implementação do princípio do “*numerus clausus*”, ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição kindle.p. 1565. DOWNES, David. The Buckling of the Shields: Dutch Penal Policy 1985 -1995.in WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology. Routledge: London, 2013. p. 148. RODRIGUEZ, Maria Noel. Estrategias y Buenas PRácticas para reducir el Hacinamiento em las Instituciones Penitenciárias. Disponível em <<https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/12th_Congress/25Maria_Noel_Rodrigue_z.pdf>>. Acesso em 11 de dezembro de 2018. TONRY, Michael.(ed) Penal Reform in Overcrowded Times. New York: Oxford Universtity, 2001. p. 104. ALBRECHT, Hans-Jörg. Sanction Policies And Alternative Measures To Incarceration: European Experiences With Intermediate And Alternative Criminal Penalties.<<https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No80/No80_07VE_Albrecht.pdf>>. Acesso em 11 de dezembro de 2018. Para DIMOULIS, o indulto para fins de controle do efetivo carcerário se justifica na medida em que contribui para a prevenção negativa, por meio da redução dos índices de reincidência. DIMOULIS, Dimitri. Begnadigung in Vergleichender Perspektive. Berlim: Duncker & Humblot, 1996. p. 426. Diverge MAIELO, para quem a aplicação do indulto em situação de superpopulação somente se justifica caso o excesso tenha caráter duradouro, e, além disso, caso estejam em andamento projetos normativos visando a impedir a reprodução do problema. É imprescindível, ainda, na visão do autor, que o ato se restrinja a atingir sentenças com trânsito em julgado. MAIELLO Vincenzo. Clemenza e Sistema Penale: Amnistia e Indulto... Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2007. p. 430. Diversamente, igualando os atos de indulto para fins de controle da superpopulação carcerária àqueles editados em datas festivas, por constituírem violação ao princípio constitucional da igualdade. ZAGREBELSKY, Gustav. Amnistia, Indulto e Grazia: Profili Costituzionali. Milano: Giuffrè, 1974. No Relatório do Comité de Prevenção à Tortura (CPT) em seguida à sua visita à

Apesar de controverso, o instituto tem sido utilizado de forma eficaz na redução do encarceramento, mesmo que seus efeitos não sejam duradouros.¹¹⁹²

Geórgia, foi observado que os problemas de superpopulação carceral não podem ser enfrentados completamente e de forma durável mediante a adoção de medidas excepcionais como a graça coletiva. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <https://rm.coe.int/16806f993b> Acesso em 11 de novembro de 2018.

¹¹⁹² O indulto foi utilizado na Itália com a Lei 241 de 2006, tendo-se extinto a punibilidade em relação a todos os delitos praticados até o dia dois de maio de 2006, respeitado o limite de três anos para as penas detentivas e 10 mil euros para as penas pecuniárias. A amplitude da medida foi justificada expressamente pelo Legislativo com base na necessidade de reduzir a população carcerária, de forma que o poder público pudesse oferecer melhores condições de reinserção social aos condenados, embora se tenha incluído dispositivo afastando a execução de pena de multa. A lei de indulto foi aplicada em 44.994 casos, sendo que, em 27.607, foram extintas penas privativas de liberdade, enquanto nos demais foram extintas penas restritivas de direito. Segundo dados do Ministério da Justiça, as estatísticas sobre a população encarcerada na Itália sofreram forte variação entre o primeiro e o segundo semestres de 2006, por efeito da Lei 241, de 31 de julho de 2006. TORRENTE, Giovanni. *Attività di (non) governo e panico morale. Il caso del provvedimento di Indulto. Quaderno dei Lavori 2008. Centro Interuniversitario per le ricerche sulla Sociologia del Diritto, dell'informazione e delle Istituzioni Giuridiche.* O indulto foi abolido no ordenamento jurídico francês pela Lei Constitucional 08-724 de 2008, que alterou a Constituição para manter a graça na modalidade individual e excluir a possibilidade de exercício da modalidade coletiva. A abolição do indulto foi implementada em um contexto de reformas constitucionais destinadas a reduzir a área de atuação do Poder Executivo e, além disso, atendia às críticas sociais ao exercício reiterado da atribuição. Os atos de indulto eram publicados periodicamente desde 1945 até 1988, ressaltando-se períodos de interrupção mais ou menos longos. A partir de 1988, a edição se tornou anual, e assim permanece até sua abolição, com exceção do ano de 1990, em que não foi editado ato de indulto, e do ano 1999, em que foram editados dois atos. O âmbito de aplicação costumava variar, tendo permanecido no patamar de 5 a 15 dias de remissão por mês de pena

No Brasil, edita-se decreto de indulto, anualmente ou com mais frequência, desde o fim da República Velha, a pretexto da comemoração de datas religiosas, como o Natal, ou cívicas, como a Proclamação da República ou a inauguração de Brasília.

Em que pese a carência de dados que permitam avaliar a real efetividade dos decretos de indulto, os níveis crescentes de encarceramento demonstram que a influencia exercida pelo instituto não é significativa.¹¹⁹³

fixada, e, embora alcançasse também os condenados não encarcerados, a medida era utilizada como forma de contornar o problema da superpopulação carcerária. Os efeitos das medidas sobre a execução das penas privativas de liberdade podem ser aferidos por meio da análise dos resultados de pesquisas realizadas. A primeira foi realizada em um universo de 2.654 indivíduos condenados à pena de prisão de pelo menos três anos e libertados em 1982. Ficou demonstrado que o tempo de prisão foi reduzido em 7,6% em virtude de medida de indulto. TORTERAT, Jeremie et al. *L'exécution des peines d'emprisonnement fermé*. Infostat Justice. Juillet 2005, Número 83. Paris: Ministère de la Justice. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/infostats-justice-10057/infostat-n-83-11854.html>. Acesso em 05 maio 2011. Também na Alemanha o indulto é utilizado para enfrentar o problema da superpopulação carcerária, permitindo-se que os órgãos encarregados da execução penal e diretores de estabelecimentos penais suspendam a execução da pena privativa de liberdade em caso de excesso de presos. Neste caso, após determinado período de suspensão, costuma-se conceder indulto aos presos libertados. Assim, em 1979, o Ministro da Justiça do Estado de Hesse persuadiu os diretores das unidades prisionais a libertar todos os presos que tivessem cumprido metade de sua pena, desde que essa fração alcançasse, no mínimo, seis meses e que, além disso, demonstrassem boa prognose de não reincidência. Embora tenha recebido severas críticas, a medida consistia, na verdade, na instauração de inúmeros procedimentos individuais para averiguação do cabimento do indulto no caso concreto. SCHÄTZLER, Johann-Georg. *Handbuch des Gnadenrechts*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992. p. 46.

¹¹⁹³ Uma avaliação mais precisa a respeito do exercício da atribuição de indulto e seus efeitos deve ser baseada em dados estatísticos, para avaliar se e em que

Embora os sucessivos decretos tenham ampliado o âmbito de incidência da medida, prevendo sua aplicação em caso de penas cada vez mais altas, a tendência de crescimento da população carcerária brasileira não tem apresentado sinais de reversão, nem mesmo temporária, como ocorreu, por exemplo, nos casos da Itália e da França.

A ineficácia do indulto no caso brasileiro pode estar relacionado ao caráter sistêmico e estrutural da superpopulação carcerária, podendo-se observar que o crescimento acelerado e acentuado do encarceramento demanda estratégias de longo prazo, mais abrangentes e complexas.

Entretanto, os níveis de ocupação dos estabelecimentos brasileiros demandam atuação com urgência, por meio de medidas que reduzam a população carcerária em curto prazo, vez que implicam graves violação de direitos humanos, sem prejuízo da adoção das necessárias reformas estruturais, cujos resultados seriam obtidos em prazo mais longo.

Assim, as estratégias propostas no presente trabalho não excluem a necessidade absoluta de utilização do indulto como medida de urgência a ser

medida o indulto influencia na execução da pena privativa de liberdade. Em princípio, seria necessária, segundo DIMOULIS, uma pesquisa quantitativa, para comparar, em um determinado período de tempo, o número de aprisionamento, o total de saídas do sistema penitenciário com o número de liberação por indulto. Para uma avaliação mais precisa, seria necessário, segundo o autor, ir além, ainda que em termos quantitativos, para determinar, em um determinado período de tempo, quantos dias de pena foram fixados (f), quantos dias de pena foram cumpridos (c), quantos dias de pena deixou-se de executar em razão das diversas hipóteses de não liberação antecipada (a) e quantos desses dias deixaram de ser executados em razão de indulto ou comutação (i). A relação entre (i) e (f), isto é, (i/f) e entre (i) e (a), ou seja (i/a), demonstraria, então, em que medida o indulto influi na execução da pena privativa de liberdade. Seria necessária, ainda, uma pesquisa qualitativa, para determinar, entre outros dados, os tipos de delitos atingidos, a faixa etária, a condição econômica, o grau de instrução dos destinatários e os índices de retorno ao cárcere. DIMOULIS, Dimitri. *Begnadigung in Vergleichender Perspektive*. Berlim: Duncker & Humblot, 1996. p. 485.

aplicada pelo poder executivo para a garantia dos direitos humanos no âmbito do sistema penitenciário.

O não exercício da atribuição pelo poder executivo implicaria, aliás, grave violação do dever do Estado de proteção de seus cidadãos, já que importaria a submissão das pessoas presas a tratamento em desconformidade com as normas internacionais de direitos humanos por omissão do Estado.

É preciso que a atribuição seja exercida, porém, de forma que efetivamente contribua para o enfrentamento da questão da superpopulação, sendo imprescindível a realização de estudos prévios de impacto que direcionem a atuação do Poder Executivo.

8.4 Considerações finais

Como dito acima, as estratégias propostas não excluem a adoção de outras medidas destinadas à redução da população carcerária, a quais não foram trazidas ao texto apenas porque extrapolariam os limites da proposta inicial do trabalho.

A efetiva implementação das apresentadas implica profundas alterações das normas penais, importando a revisão ampla e detalhada de todos os institutos relacionados à aplicação e execução da pena.

A necessidade de mudanças estruturais se justifica pelo caráter sistemático e estrutural do problema, não podendo se limitar as soluções a medidas episódicas de curto alcance.

A amplitude da reforma se justifica, ainda, pelo fato de que a Reforma Penal de 1984 limitou-se a modificar a parte geral, permanecendo a parte especial inalterada e, portanto, carente de revisão.

A necessidade de revisão da parte especial assentou-se ainda mais em razão da profícua e assistemática produção de leis penais especiais.

Trata-se, por conseguinte, de medidas a serem introduzidas em longo prazo, devendo sua efetiva implementação ser precedida de estudos de impacto e projetos piloto elaborados inicialmente em pequena escala.

Não obstante isso, é preciso ressaltar a importância da conjugação das medidas sugeridas com outras estratégias de curto prazo, tendo em vista os aspectos emergenciais do problema que se enfrenta.

De qualquer forma, é importante que seja elaborado um plano inicial que contemple a totalidade das modificações pretendidas, ainda que sua implementação seja realizada em etapas, de forma a evitar que mudanças pontuais sejam introduzidas de forma assistemática.

A elaboração de um planejamento único inicial não exclui eventuais alterações posteriores, em decorrência de estudos e avaliação de dados extraídos de projetos piloto, desde que sejam preservadas as diretrizes básicas do planejamento inicial.

CONCLUSÃO

Propôs-se, no presente trabalho, tratar do crescimento do encarceramento no Brasil, investigando a influência do modelo de individualização da pena e das teorias da pena a partir das quais o modelo foi desenvolvido sobre o crescimento dos índices de encarceramento brasileiro nas últimas três décadas.

Inicialmente, mostrou-se necessário o estabelecimento de algumas premissas básicas para o posterior desenvolvimento do tema, por meio de uma sucinta revisão bibliográfica, conduzida de forma a proporcionar uma visão geral do debate e do atual estágio da literatura sobre o tema.

Apontou-se, assim, que não há evidências conclusivas de uma correlação direta e automática entre os índices de criminalidade ou as ocorrências policiais e as taxas de encarceramento.

Observou-se, ainda, que, embora se reconheça a influência de fatores externos ao sistema penal sobre os níveis de encarceramento, as opções de política criminal concretizadas nas decisões produzidas nos diversos níveis do sistema penal constituem principal fator determinante para a redução ou expansão do encarceramento.

Nesse contexto, foi destacada a importante influência exercida pelas teorias da pena e modelos de individualização de penas delas decorrentes nos níveis de encarceramento.

Mostrou-se necessário, então, examinar a relação entre as teorias da pena e as teorias de determinação da pena, inserindo-se nessa etapa uma célebre digressão sobre a função da culpabilidade na justificação e limitação do exercício do poder punitivo.

A partir desses pressupostos, iniciou-se o exame do caso brasileiro, com uma análise dos levantamentos e dados estatísticos disponíveis.

Apesar da escassez de pesquisas quantitativas, foi possível observar que a tendência de crescimento mais acentuado dos níveis de encarceramento teve seu marco inicial em meados da década de 1980.

Verificou-se, ainda, uma relação de continuidade entre esse momento inicial do crescimento intenso da população carcerária nos anos 1980 e a expansão acentuada do encarceramento nas décadas seguintes.

Também pode ser observado, mesmo que os dados utilizados sejam precários e fragmentados, que não há indícios de uma correlação direta e automática entre crescimento dos índices de criminalidade da década de 1980 e a expansão do encarceramento no mesmo período.

Diante disso, mostrou-se necessária a análise da influencia das decisoes político criminais produzidas no âmbito do sistema penal sobre o crescimento da população carcerária no período em questão.

Tendo em vista a coincidência temporal entre o marco inicial da tendência de crescimento e a entrada em vigor das modificações introduzidas pela Reforma Penal de 1984, optou-se por examinar, inicialmente, as características da transição entre o sistema de penas e medidas de segurança do Código Penal de 1940, ou seja, o modelo do duplo binário, e o novo modelo vicariante introduzido com a Reforma.

Verificou-se, nessa breve análise, que o legislador reformador introduziu a vedação de aplicação de medidas de segurança aos imputáveis, vinculando a determinação da pena aos critérios relacionados à culpabilidade, restringindo a periculosidade aos inimputáveis.

Também observou-se a introdução ou ampliação e sistematização de diversos institutos despenalizadores (penas alternativas e sistema progressivo de execução), de forma a restringir os níveis de imposição de penas de prisão.

Verificou-se, porém, que embora o conjunto de modificações tenha se voltado, segundo os objetivos declarados pelo legislador, para uma redução nos níveis de encarceramento, o exame dos novos dispositivos revela que foram mantidas as principais características do sistema anterior.

Assim, mesmo se adotando o sistema vicariante, excluindo-se a aplicação de medidas de segurança vinculada a critérios de periculosidade para imputáveis, assegurou-se a permanência de juízos próximos da periculosidade para a determinação da pena, por meio da previsão expressa, na norma de determinação de pena, das circunstâncias judiciais subjetivas.

A predominância dos critérios subjetivos na determinação da pena foi reforçada, ainda, pela referencia explícita, na norma de determinação da pena, das finalidades retributiva e preventiva.

Observou-se, além disso, que a subjetividade das circunstâncias judiciais foi reproduzida em todos os dispositivos despenalizadores, condicionando toda a efetividade do modelo adotado ao exercício da discricionariedade judicial.

Verificou-se, outrossim, que o modelo influenciou a elaboração da legislação introduzida posteriormente, nas décadas de 1990 e 2000, especialmente aquelas voltadas para a ampliação do âmbito de aplicação dos institutos despenalizadores (penas e medidas alternativas).

Também foram observadas as características acima apontadas na política criminal de drogas, notadamente na Lei 11.343/06, tendo em vista a predominância de critérios eminentemente subjetivos e ausência de parâmetros objetivos no que se refere à distinção entre os crimes de posse para uso próprio, posse para comércio e tráfico privilegiado.

Nessa perspectiva, foram examinados alguns estudos e pesquisas, cujos resultados demonstraram a tendência, nas práticas judiciárias, de exacerbação do poder punitivo, com a imposição de penas mais longas, no exercício da discricionariedade judicial, com base na avaliação negativa dos elementos subjetivos fornecidos pelo legislador.

Identificou-se, ainda, uma tendência de aplicação restritiva dos institutos despenalizadores, também com base na avaliação negativa das circunstâncias judiciais subjetivas.

Concluiu-se, dessa forma, que a Reforma Penal de 1984 introduziu uma política criminal bifurcada, prevendo a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos para as infrações de pequeno potencial ofensivo e impondo, ao mesmo tempo, o regime inicial fechado de execução de pena para o reincidente, independentemente da quantidade de pena fixada.

Por outro lado, ao condicionar a individualização da pena e a aplicação efetiva das alternativas penais à avaliação positiva das circunstâncias subjetivas no exercício da discricionariedade do juiz, o legislador assegurou a imposição da pena de prisão sem garantir a efetiva aplicação dos institutos despenalizadores, deixados no âmbito da margem de apreciação judicial.

A bifurcação político criminal foi reforçada pela Constituição de 1988, pela previsão, de um lado, dos juizados especiais criminais para as infrações de menor potencial ofensivo e, de outro, dos crimes hediondos, além dos controvertidos mandados de criminalização.

A legislação penal introduzida nas décadas seguintes, por sua vez, reproduziu o padrão instaurado pela Reforma Penal de 1984.

Assim, as Leis 9.099/95 e 9.714/98 ampliaram o âmbito de aplicação de penas e medidas alternativas, porém condicionaram a aplicação dos institutos nelas previstos à avaliação de circunstâncias subjetivas, nos moldes da norma de individualização da pena do Código Penal em vigor.

De forma semelhante, na nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) foi despenalizado o crime de posse para consumo, prevendo-se, ainda, a possibilidade de redução da pena para a hipótese de tráfico de pequenos delitos quando o réu for primário.

Entretanto, com o aumento da pena mínima para o crime de tráfico, reafirmou-se o caráter dicotômico da política criminal de drogas, vinculando-se, além disso, a distinção entre as condutas típicas a critérios eminentemente subjetivos.

Nesse contexto, a efetiva implementação das alterações introduzidas pela reforma e das leis introduzidas posteriormente resultou na fixação de penas mais longas, fator determinante para o crescimento da taxa de encarceramento.

Assim, embora não se disponha de dados estatísticos que permitam uma afirmação conclusiva da correlação direta entre a as normas de individualização da pena da Reforma Penal de 1984 e das demais leis examinadas e os índices de encarceramento, é preciso reconhecer que o modelo de determinação da pena instaurado pelo legislador reformador e reproduzido nas leis penais esparas subsequentes contribuiu para o aumento dos níveis de encarceramento.

Não se pretende com isso, afastar a contribuição das práticas judiciais para o quadro de expansão do encarceramento. Evidentemente, a margem de discricionariedade judicial poderia ter sido utilizada de forma diversa, importando redução nos índices de imposição de pena de prisão.

Entretanto, mostra-se necessário identificar no modelo de individualização adotado pelo legislador, especialmente na margem de discricionariedade judicial quanto às circunstâncias subjetivas, bem como na referência expressa às

finalidades retributivas e preventivas da pena, a origem do quadro de expansão do exercício do poder punitivo e, por consequência, do aumento do encarceramento.

Partindo desses pressupostos, foram apresentadas sugestões de estratégias voltadas para redução da população carcerária por meio de reformas legislativas.

Embora se reconheça a possibilidade de uma restrição nos níveis de imposição de penas de prisão nas práticas judiciárias, nos limites da margem de apreciação fornecida pela legislação em vigor, optou-se por propor modificações no nível legislativo, tendo em vista que foi verificada uma tendência de exacerbação do poder punitivo nas práticas do sistema penal, inclusive no que se refere às medidas despenalizadoras.

Além disso, embora o legislador disponha de considerável margem de liberdade, podendo promover, na sua atividade política, as mais diversas opções político-criminais, sua atuação deve ser exercida nos limites das normas e princípios constitucionais penais.

Entretanto, não foi apresentada uma proposta abrangente de revisão completa de todo o modelo de individualização da pena, mas apenas alterações pontuais em institutos e dispositivos que exercem influência importante na individualização da pena.

Assim, propôs-se uma ampla revisão das escalas de pena, na qual seriam incluídas diversas medidas, quais sejam:

- a) a descriminalização ou despenalização de determinadas condutas (especialmente o furto de coisa de valor insignificante, o furto de pequeno valor e o furto de coisa de pequeno valor praticado em estabelecimento comercial);
- b) a descriminalização do crime de posse de drogas para consumo próprio;
- c) a previsão de penas alternativas nos preceitos secundários das normas penais incriminadoras;
- d) o acréscimo de novas modalidades de penas alternativas;
- e) a abolição das penas mínimas, preservando-se apenas os limites máximos;
- f) a redução geral das penas máximas;
- g) a modificação das normas de determinação da pena, tanto na parte geral do Código Penal, quanto nas leis extravagantes, para que sejam excluídas da margem de apreciação judicial as circunstâncias subjetivas

relacionadas ao autor, vinculando-se a avaliação da culpabilidade aos aspectos objetivos e subjetivos da conduta, isto é, grau de lesão ou perigo e motivos e circunstâncias do crime, estabelecendo-se, sempre que possível, critérios objetivos;

- h) a exclusão da referencia a qualquer finalidade da pena nas normas de determinação de pena;
- i) a ampliação do âmbito de aplicação do livramento condicional, por meio da unificação do menor prazo para obtenção independentemente do crime;
- j) a utilização de indultos coletivos como forma de implementação do “númerus clausus”

Sugere-se, ainda, que a efetiva implementação das propostas apresentadas seja precedida da realização de estudos de impacto legislativo, bem como da introdução de projetos pilotos em pequena escala.

É preciso esclarecer que as propostas foram elaboradas de forma sucinta e superficial, tendo em vista os limites do tema proposto no trabalho, fazendo-se necessário posterior aprofundamento e desenvolvimento para fins de se garantir maior coerência e efetividade.

Além disso, eventual concretização demandaria um projeto amplo e abrangente, implicando a conjugação de outras reformas legislativas, de forma a se assegurar a sistematicidade e harmonia entre os diversos institutos do sistema penal, ainda que sua implementação ocorra por etapas.

Por fim, é preciso ter em mente que o crescimento da população carcerária resulta da interação complexa entre diversos fatores, dentre os quais o sistema de penas e medidas de segurança e, portanto, não se pretende com as propostas elaboradas apresentar uma solução definitiva e integral do problema, mas tão somente, contribuir para o enriquecimento do debate sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ADAMSON, Toward a Marxian Penology: Captive Criminal Populations as Economic Threats and Resources. *Social Problems*, San Francisco, Justice/Global Options, New York, Vol. 31, No. 4, April 1984.

AFROUKH, Mustapha. La Cour européenne des Droits de L'Homme et L'Execution de ses Arrêts. RDLF 2012, chron. N. 05. Disponível em <<http://www.revuedlf.com/cedh/la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-l%E2%80%99execution-de-ses-arrets/>>

AGUIAR Jr, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle.

ALAGIA, Alejandro et al. Derecho Penal: Alternativas à la prison. Ano 1. Numero 1. Buenos Aires Maio 2012. P. 115- 132.

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*, United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and Treatment of Offenders (UNAFEI), March 2011, April 2012.

_____. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*. Eine vergleichende theoretische un empirische Studie zur Herstellung un Darstellung des Strafmaßes. Berlin: Dunkler & Humblot, 1994.

ALEMANHA, *Strafgesetzbuch*. Berlin: Aegitas, 2018. Edição Kindle.

ALMEIDA, Laryssa Mayara Alves et al. O Monitoramento Eletrônico como Medida Restaurativa nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Enero 2016. Disponível em <<https://econpapers.repec.org/article/ervcoocss/y_3a2016_3ai_3a2016-01_3a20.htm>>.

ALVES, Gabriela Tavares et al. A Execução Penal das Penas Alternativas em Aracaju/SE. *Cadernos de Graduação. Ciências Humanas e Sociais*. Aracaju v. 1 n. 17. p. 85-98. Outubro 2013.

ANDENAES, Johannes. *Punishment and Deterrence*. Ann Arbor: THE University of Michigan Press, 1974.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli et CIFALI, Ana Claudia. Política Criminal e Encarceramento no Brasil nos Governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-liberal. *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 105-127, jan.-mar. 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. Alternativas penais no Brasil após 1984 e seus efeitos: uma análise a partir de discursos sobre crime e punição. *Contemporânea*. V. 5.n.1.p. 69-92. Jan.- jun.2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Menna. *Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

BATISTA, Nilo. Cem Anos de Reprovação. In NASCIMENTO, André (org). *Cem Anos de Reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Merci, Loïc! In BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Edição Kindle.

_____. *Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 36.

BATISTA, Vera Malaguti (Org.) *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Edição Kindle.

_____. ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito*, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMER, Terry L et MAXFIELD, Eletronic Monitoring. In TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*. Boston: Northeastern University Press, 1995.

BAURMANN, Michael. Kriminalpolitik ohne Mass – zum Marburger Programm Franz von Liszts. *Liszt der Vernunft. Kriminal Soziologische Bibliografie*. Vol.11, Heft. 42, p. 54-79, 1984.

BAUWENS, Aline & ROBERT, Luc & SNACKEN, Sonja. (2012). *Conditional Release in Belgium: How Reforms Have Impacted Recall*. *European Journal of Probation*. Vol. 4., N.1, p. 19-33, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BECKET, Katherine. *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics (Studies in Crime and Public Policy)*. New York: Oxford University Press, 1997. Edição Kindle.

_____; WESTERN, Bruce. *Governing Social Marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. Punishment and society*. Vol 3, Issue 1, p.43-59, 2001.

BENTHAM, Jeremy. Belo Horizonte: Autêntica, Edição Kindle, 2013. 2973 p.

BILES, David. Crime and the Use of Prisons. *Federal Probation*, Vol.43, N.2, p. 39-43, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLUMSTEIN, Alfred. Planning for Future Prison Needs. *University of Illinois Law Review*, Illinois, Volume 1984, Issue 2, p. 207-230, 1984.

_____. *Prison Populations: a System out of Control? Crime and Justice*. Chicago: The University of Chicago Press. Vol. 10, p. 231-266, 1988.

_____. COHEN, Jacqueline. A Theory of The Stability of Punishment. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Northwestern University School of Law. Vol. 64, N. 2, 1973

_____, NAGIN, Daniel. The Dynamics of a Homeostatic Punishment Process. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Chicago: Northwestern University School of Law, Vol. 67, n. 3, Winter 1977.

_____. BECK, Allen J Beck. Population Growth in U. S. Prisons, 1980s -1996. In TONRY, Michael; Petersilia, Joan. (Ed.) *Prisons*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

du BOIS-PEDAIN, Antje. The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State. In *Liberal criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart, 2014.

BOITEUX, Luciana. Drogas e Cárcere: Repressão às Drogas, Aumento da População Penitenciária brasileira e Alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas uma nova Perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

_____. Modelos de Controle de Drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In INSTITUTO DE SAÚDE, São Paulo, 2017. P.183-199.

_____. et al. Drogas e Constituição. Série Pensando o Direito. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, No, 1, 2009.

_____. PÁDUA, João Pedro. A Desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da Atual Política no Brasil. *Revista Sur* • v.12. N. 21. Ago. 2015. sur.conectas.org. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/282985921_Revista_Internacional_de_Direitos_Humanos_-_Sur>>

BONDSON, Ulla V. Levels of Punitiveness in Scandinavia: description and explanations. In PRATT, John et al. *The New punitiveness: Trends, Theories, perspectives*. London: Routledge, 2011.

BOSCHI, Paganela. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo. Cautelares: Superação da medíocre dicotomia. *Boletim do Instituto brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ago.2010.

BOURDIEU, Pierre (coord.) *A Miséria do Mundo*. Petrópolis: Vozes, 1997.

BOWKER, Lee H. Crime and the Use of prisons in the United States: A Time Series Analysis. *Crime & Delinquency*, Thousand Oaks, Vol.27 N.2, p.206-212, April 1981.

BOX, Steven; HALE, Chris. Economic Crisis and the Rising Prisoner Population in England and Wales. *Crime and Social Justice*, San Francisco, No. 17, p. 20-35, Summer 1982.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984.

_____. Lei 7.209 de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13, jul. 1984.

_____. Ministério da Justiça. Censo Penitenciário de 1995, Brasília, 1997.

_____. Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas. Brasília, 2010.

_____. DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Junho 2016. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf

_____. Implementação das Audiências de Custódia. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo.

BRODEUR, Jean-Paul. Réforme et déformités pénales. *Déviance et Société*. Vol 14. No.2. p. 133-156. 1990.

_____. Comparative Penology in Perspective. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2013.

BRUNO, Aníbal. Das Penas. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade do “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In AMBOS,

Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMPBELL, John L. Neoliberalism's penal and debtor states. *Theoretical Criminology* Vol. 14, Issue I, p. 59-73, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o Fortalecimento de seu Mecanismo de Proteção. Texto da Conferência proferida pelo Autor no Seminário "A proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil", realizado no Auditório do STJ, em Brasília, no dia 07 de outubro de 1999. Disponível em <https://www.google.fr/search?q=CAN%C3%87ADO+TRINDADE%2C+Ant%C3%B4nio+Augusto.+O+Sistema+Interamericano+de+Direitos+Humanos+no+Limiar+do+Novo+S%C3%A9culo&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&oq=CAN%C3%87ADO+TRINDADE%2C+Ant%C3%B4nio+Augusto.+O+Sistema+Interamericano+de+Direitos+Humanos+no+Limiar+do+Novo+S%C3%A9culo&aqs=chrome..69i57.257j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

_____. Le Développement du Droit International des Droits de L'Homme à Traversa L'Activité et la Jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de L'Homme. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 6. Vol. 6. Número 6- 2005.

CASTILHO, Ela Viecko Wolkmer. *O Controle da Legalidade na Execução Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAVADINO, Michael et al. *Penal Systems: A Comparative Approach*. Londres: Sage, 2009. Edição Kindle.

_____. DIGNAN, James. Penal Policy and political economy. *Criminology & Criminal Justice*. London, Vol. 6, Issue 4, p. 435-456, Nov. 2006.

_____. DIGNAN, James, MAIR, George. *The Penal System: An Introduction*. London: Sage Publications, 2013. Edição Kindle.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima, *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo (coord.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In ABRAMOVAY, Pedro Vieira, BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. O Papel dos Atores do Sistema Penal na era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico Dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB. Ano 1. Vol. 1 n. 1 Junho 2013.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. Alguns Aspectos da Lei 6415/77. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 15, n. 59 jul./set/ 1978.

CHELIOTIS, Leonidas K. e XENAKIS, Sappho. ¿ Qué tiene que ver el neoliberalismo con esto? Hacia una economía Política del Castigo en Grecia. in SÁNCHEZ, Egnacio Gonzales (Ed.) *Teoría Social, Marginalidad Urbana y Estado Penal: Aproximaciones al trabajo de Loïc Wacquant*. Madrid: Dykinson, 2012.

CHIRICOS, Theodore G.; DELONE, Miriam A. Labor Surplus and Punishment: a Review and Assessment of Theory and Evidence. *Social Problems*, New York: Oxford University Press, Vol. 39, No. 4, November 1992.

CHRISTIE, Nils. Changes in Penal Values. In BONDESON, Ulla. *Crime and Justice in Scandinavia*. Hopenhagen: Thomson, 2005.

_____. *Crime Control as Industry: Towards Gulagas, Western Style*. London: Taylor and Francis, 2000. Edição Kindle.

CLOWARD, Richard A. *Regulating the Poor: The Functions of Public Welfare*. New York: Vintage Books, 1993. Edição Kindle p. 604.

COELHO, Edmundo Campos. A Criminalidade Urbana Violenta. in COELHO, Edmundo Campos. *A Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CONCIL OF EUROPE. Compendium of Conventions, Recommendations and Resoltions Relating to Prisons and Community Sanctions and Measures. Disponível em <https://rm.coe.int/compendium-e-2018/16808ae2cf>. Acesso em 11 de novembro de 2018.

CORBETA, Stefano. La Cornice Edittale Della Penal e il Sindacato di Legittimità Costituzionale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, Anno XL, p. 134 - 174,1997.

CORREA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e otros v. Trinidad y Tobago, 2002. Caso Fermin Ramirez v. Guatemala, 2005. Caso Tibi v. Ecuador, 2004.Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e otros v. Trinidad y Tobago, 2002. Caso Caesar v. Trinidad e Tobado, 2005.Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela, 2006.Caso López Álvares v. Honduras, 2006. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela, 2006.Caso Lori Berenson Mejia v. Perú, 2004. Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala, 2005. Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, 2006. Yvon Neptune v. Haiti,

2008. Caso Fleury e otros v. Haití, 2011.Caso Pacheco Teruel e outros v. Honduras, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 36/07. Petição 1113-06. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade nas Celas da 76ª Delegacia de Polícia de Niteroi v. Brasil. 21 de julho de 2007.

_____. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011.

_____. Informe n. 34/14 Petição 495-07. OEA/Ser/L/V/II.150. Doc. 38 4 de abril de 2014

COMITÉ DES MINISTRES (Conseil d'Europe). Action Report (13/04/2018). Communication from Greece concerning the case of SIASIOS and Others v. Greece. Disponível em [http://www.revuedlf.com/cedh/la-cour-europeenne-des-droits-de-l-%E2%80%99homme-et-l-%E2%80%99execution-de-ses-arrets/](http://www.revuedlf.com/cedh/la-cour-europeenne-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-l%E2%80%99execution-de-ses-arrets/)

CONSEIL D'ETAT. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE. Avis sur un projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022. Disponível em << <http://www.senat.fr/leg/pjl17-463-avis-ce.pdf>>>.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS. (CDPC). Livre Blanc sur le Surpeuplement Carcéral. Disponível em <<https://rm.coe.int/16806f993b>>

CONSEIL D'EUROPE. Commentaire de la Recommandation Rec (2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes. Disponível em <https://rm.coe.int/16806ab9b6>. Acesso em 11 de novembro de 2018.

CONSELHO EUROPEU. Recomendação CM/REC (2017) 3 Relativa às Refras europeias sobre as sanções e medidas aplicadas na comunidade, adotada pelo Comité de Ministros em 22 de março de 2017.

_____. Regras Penitenciárias Europeias. Recomendação Rec (2006)2 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias. Disponível em << <https://rm.coe.int/16804c2a6e>>>

COSTA, Helena Regina Lobo da. Do furto. In REALE Jr., Miguel. (coord). Direito Penal. Jurisprudência em Debate. São Paulo: Saraiva, 2016.

COUR EUROPÉENNE DE DROITS DE L'HOMME. Bragadireanu v. Romania. Caso 22088/04. Disponível em <<https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22bragadireanu%22%5D,%22EXECDocumentTypeCollection%22:%5B%22CEC%22%5D,%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-12985%22%5D%7D>>

_____. Case of Neshkov and Others v. Bulgaria. Final Judgement. Strasbourg 27 January 2015. Dispnível em <<https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECDocumentTypeCollection%22:%5B%22CEC>

[%22\],%22EXECAppno%22:\[%2241035/98%22\],%22EXECIdentif%22:\[%220043589%22\]}>.](#)

_____. DH-DD (2018)690 : Varga and others v. Hungary. Communicaton from Hungary. Revised Plan of the Government of Hungary. 15 June 2018.

_____. Vasilescu v. Belgique. Caso 64682/12. Disponível em [_____. Affaire Ananyev et otre c. Russie. Caso 42525/07. Disponível em \[_____. Règlement de la Cour. Disponível em \\[https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf\\]\\(https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf\\).\]\(https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22ananyev%22\],%22EXECIdentif%22:\[%22004-14143%22\],%22EXECDocumentTypeCollection%22:\[%22CEC%22\]}></p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22vasilescu%22],%22EXECDocumentTypeCollection%22:[%22CEC%22],%22EXECIdentif%22:[%22004-1262%22]}></p>
</div>
<div data-bbox=)

_____. Fiche Thématique – Les arrêts pilotes. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf.

CULLEN, Francis T. et all. Public Opinion about Punshment and Corrections. *Crime and Justice*, Vol. 27, p. 1-79, 2000.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, *Constituição e Crime: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Ed., 1995.

DARRELL J. Steffensmeier et al. Age and the Distribution of Crime. *American Journal of Sociology*, Vol. 94, no. 4, p. 803-831, Jan.1989.

DEBUYST, Christian et al. *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine: La Rationalité Pénale et la Naissance de la Criminologie*. Bruxelas: Larcier. 2008.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Outubro de 2016. Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/142f742dbd134f48924d4c4c74f41832.pdf>.

DEL OLMO, Rosa. *A Face Oculta da Droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*. Salamanca: Universidad Salamanca, 1999.

DICKENS, Charles. *Bleak House*. London: Bentley Loft Classics, 2001. Edição Kindle.

DICKENS, Charles. *Great Expectations*. London, Collectors Library, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *Begnadigung in Vergleichender Perspektive*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y limites. La experiencia italiana. *Revista Penal*. N. 08, p. 24-38, 2001.

DOTTI, René Ariel. Os caminhos da Reforma e o direito a construir. *Revista de Informação legislativa*. Brasília. A. 15. N. 59 jul./set/ 1978.

_____. A Reforma do Sistema de penas – antigos e novos desafios 20 anos depois. *IBCCRIM, Boletim* 140 – Julho Esp./2004.

DOWNES, David. *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in the Netherlands and England and Wales*. Oxford: Clarendon, 1988. p. 99.

_____. The Buckling of the Shields: Dutch Penal Policy 1985 -1995. in WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*. Routledge: London, 2013. p. 160

_____. The Origins and Consequences of Dutch Penal Policy Since 1945: a Preliminary Analysis. *The British Journal of Criminology*, Vol. 22, No. 4, 1982.

_____. Visions of Penal Control in the Netherlands. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

_____. van SWAANINGEN, René. The Road to Dystopia Changes in the Penal Climate of the Netherlands. *Crime and Justice in the Netherlands*. Vol 35, No.1, p. 31-71. 2007.

DÜNKEL, Frieder. *Der deutsche Strafvollzug im internationalen Vergleich*. Palestra no evento “Das Gefängnis als lernende Organisation”, Baden Baden, 27 de novembro de 2002.

DÜNKEL et al. *Les Prisons en Europe*. Paris: L’Hartman, 2005.

Strafrechts Im Drogenbereich.” *Zeitschrift Für Rechtspolitik*, vol. 25, no. 7, 1992, pp. 247–251.
DÜNKEL, Friedrich.. (2005) Das Gefängnis: ein absurdes System? Wie die Gefängniskapazitäten in Deutschland um 25.000 Haftplätze reduziert werden könnten!. In: Pecher W., Rappold G., Schöner E., Wiencke H., Wydra B. (eds) ... die im Dunkeln sieht man nicht. Studien und Materialien zum Straf- und Maßregelvollzug, vol 20. Centaurus Verlag & Media, Herbolzheim! Qualitätsverbesserung un Erfüllung verfassungsrechtlicher Vorgaben durch Reduzierung der Gefängnisbelegung.

DURKHEIM, Emile. *Duas Leis de Evolução Penal*. São Paulo: Primeiros Estudos, n. 6, p. 123-148, 2014.

DURLAUF, Steven N.; NAGIN, Daniel S. Nagin. Imprisonment and Crime: Can both be reduced? *Criminology & Public Policy*. American Society of Criminology, Vol. 100, Issue 1., jan. 2011.

ESMPU/UNB/MPDFT/ Relatório de Conclusão da Pesquisa “A Eficácia Concreta das Medidas Alternativas.” Brasília, 2008

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1990. p. 29.

EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT). 2nd General Report n the CPT’s Activities covering the period 1 January to 31 December 1991. Disponível em <https://rm.coe.int/1680696a3f> Acesso em 09 de novembro 2018.

FEEST, Johannes. HARTMUT-MICHAEL, Weber. Germany: Ups and Downs in the Resort to Imprisonment - Strategic or Unplanned Outcomes. In WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems*. Toward a Comparative and International Penology. London: Routled.

FELDENS, Luciano, A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controlo de Normas Pen ais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade Culpa Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 93-105.

_____. Culpa e Personalidade. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechswissenschaft*. Vol. 95, Heft . p. 220-290,1983.

_____. *Direito Penal: Parte Geral- Tomo 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.244.

_____. *Direito Penal Português: As Consequencias Jurídicas do Crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993.

FIGUEIREDO, Isabel et al. A Lei dos Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal. São Paulo: Ilanud, 2005.

FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. Audiência de Custódia e seus (in)sucessos: Breves Críticas a seus Descompassos Práticos. *Revista Lliberdades*. Edição n. 24, Jul. 2017.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FRAGOSO, Heleno. Subsídios para a História do Novo Código Penal. *Revista de Direito Penal*, n. 03, p. 07-12, 1976.

_____. *Lições de Direito Penal. A nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Pena e Culpa. Comunicação apresentada ao Colóquio Internacional realizado em Santiago do Chile sob os auspícios do Instituto de Ciencias Penales.

_____. Sistema do duplo binário: vida e morte. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. N. 32, Rio de Janeiro, julho - dezembro 1981, p. 5-21.

FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires: IBdeF, 2002.

FRANKEL, Marcel. Lawlessness in Sentencing. *Cincinnati Law Review*, Volume 41. No. 1, 1972.

FRASE, Richard. *Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System*. New York: Oxford University Press, 2013.

_____. Limiting Retributivism. in MORRIS, Tony.(Ed.) *The Future of Imprisonment*. New York: Oxford University Press, 2004. Edição Kindle. p. 1273

_____. Proportionality and Desert. in PETERSILIA, Joan; REITZ, Kevin R., Michael.(ed) *The Oxford Handbook in Sentencing and Corrections*. New York: Oxford University Press, 2011.

_____. (Ed.) *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001.

FREIBERG, Arie. Prison Population Up, Sentencing Policy Harsher in Australia. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

GALLUT, Solène. L'Efficacité des Mesures Juridiques Italiennes en Mises en Œuvre à La Suite de L'Arrêt Pilote Torreggiani. *AJ Pénal*. Juillet/Août 2018.

GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: A study in Social Theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

_____. *Punishment and Welfare: a History of Penal Strategies*. Hants: Ashgate, 1985.

_____. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Edição Kindle.

GAUCHER, Bob; LOWMAN, John. Canadian Prisons, in WEISS, Robert P.; SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*. London: Routledge, 2013. Edição Kindle.

GIORGI, Alessandro de. Punishment and Political Economy. In: SIMON, Jonathan et SPARKS, Richard (Ed.) *The Sage Handbook on Punishment and Society*. London: Sage, 2013. Edição Kindle.

GODEFROY, Thierry; LAFFARGUE, Bernard. *Changements Economiques et Repression Penale: plus de chômage, plus d'emprisonnement?* Paris: Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Penales, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Tráfico ou usuário de droga: depende do caso concreto. Disponível em <<http://www.lfg.com.br> - 08 de dezembro de 2010.

GONZALEZ SÁNCHEZ, Ignacio. Redefiniendo la pobreza y la penalidad: la formación del Estado neoliberal. *Revista Española de Sociología*. nº 15, Primer Semestre 2011.

GOTTSCHALK, Marie. *The Prison and the Gallows: The Politics of Mass Incarceration in America*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

GRAHAM, John. Decarceration in the Federal Republic of Germany: How Practitioners are Succeeding Where Policy-Makers Have Failed. *British Journal of Criminology*, Vol 20, N. 2, Spring 1990.

GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In GRECO, Luís; MARTINS Antônio. *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 263-279.

_____. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

_____. Tipo de autor e Lei de Tóxicos, ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12562-12563-1-PB.pdf>.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Niterói: Impetus, 2017.

GREENBERG, David F. Penal Sanctions in Poland: a Test of Alternative Models. *Social Problems*, Vol. 28, No. 2, p.194-204, December, 1980;

_____. F. The Dynamics of Oscillatory Punishment Processes. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol.68, Issue 4, p.643-651, December 1977;

_____. F; WEST, Valerie. State Prison Populations and their Growth, 1971-1991. *Criminology*. Vol. 39, N. 3, 2001.p. 615-654, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>. Acesso em 03 de junho de 2018.

HAAN, Willem de. *The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition*. London: Unwin Hyman, 1990.

HALE, Chris. Economy, punishment and imprisonment. *Contemporary Crises*, Vol. 13, Issue 4, p. 327-349, Dec. 1989.

HAMM, Rainer. Eigentum im Wandel der Zeiten. Eigentumshchutz durg Strafrecht und Entkriminalisierung im Bereich der Eigentums-und Vermögensdelikte. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* Vol. 76, No. 2 (1993), pp. 213-226.

HASSEMER, Winfried. "Entkriminalisierung Im Betäubungsmittelstrafrecht." *Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft (KritV)*, vol. 76, no. 2, 1993, pp. 198–212.

_____. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HATHAZI, Paul C. *European Review of Latin American and Caribbean Studies / Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, No. 95, p. 5-25, October 2013.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 187.

HELLEBRAND, Johannes. "Große Jagd Auf Kleine Fische: Überlegungen Zum Sinnvolleren Einsatz Des Strafrechts Im Drogenbereich." *Zeitschrift Für Rechtspolitik*, vol. 25, no. 7, 1992, pp. 247–251.

HINKKANEN, Ville; LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Sentencing Theory, Policy, and Research in the Nordic Countries. University of Chicago, *Crime and Justice* Vol. 40, 2011.

von HIRSCH, Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1986.

HÖRNLE, Tatjana. *Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche Deutsche Diskussion*. In von HIRSCH, Andreas; et al. *Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht*. Baden Baden: Nomos, 2011. p. 11-12.

_____. *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.p.

_____. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Ducker & Humblot, 1999.

HUCKLESBY, Anthea et al. Creativity and Effectiveness in the use of electronic monitoring: a case study of five jurisdictions. *Journal of Offender Monitoring*, 27(2), 6-31. [1].

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume III, Artigos 75 a 101. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HUNGRIA, Nelson. *Cometários ao Código Penal. Volume VII.* Rio de Janeiro: Forense, 1955.

IBCCRIM. *Decisões Judiciais nos crimes de Roubo em São Paulo. A lei, o direito e a Ideologia.* São Paulo: IBCCRIM, 2005.

IBGE. *Estatísticas do Século XX. Presos.* Disponível em <<https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/justica/775-presos>>

IGNATIEFF, Michael. *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850,* Prescott: Peregrine Books, 1989.

_____. *State, Civil Society and Total Institutions: A critique of Recent Social Histories of Punishment.* The University of Chicago Press: Crime and Justice, Vol. 3, pp. 153-192, 1981.

ILANUD. *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. Relatório Final de Pesquisa.* Brasília, 2006. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/penasalternativasilanudcompleto.pdf>.

_____. *A Lei dos Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal. Relatório Final de Pesquisa.* São Paulo – julho 2015.

ILARIA, Zoda. *La Deflazione Penale in Italia.* Tese de Doutorado 2008.. Università degli Studi di Ferrara.

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. Disponível em <http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2018/03/RELATO%CC%81RIO-Pesquisa-Audie%CC%82ncias-de-Custo%CC%81dia-IBADPP-1-1.pdf>

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo.* Maio 2016. Disponível em <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>> Acesso em 10 de outubro de 2018.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Apreensões de Droga no Estado de São Paulo. Um raio-x das Apreensões de drogas segundo ocorrências e massa.* São Paulo, 2018. Disponível em <http://soudapaz.org/upload/pdf/drogas_e_policia_no_estado_de_sp.pdf>

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLÍNICA, Harvard Law School, October, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>>.

IPEA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa.* Rio de Janeiro, 2015.

ITURRALDE, Manuel. O Governo Neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. In BATISTA, Vera Malaguti. Loïc WACQUANT e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Ebook Kindle.

JAKOBS, Günther. El principio de Culpabilidad. In GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*,. p.1074-1083, 1992

_____. *La pena estatal: significado e finalidad*. Madrid: Civitas, 2006. p. 134

JANKOVIC, Ivan. Labor Market and Imprisonment. San Francisco: Social Justice/Global Options, *Crime and Social Justice*, no. 8, p. 17-31, fall-winter 1966..

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 170, jan. 2007.

_____. (coord.). *O Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, Vol. 1, n.1, Junho 2013.

_____. Le placement sous surveillance électronique au Brésil », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 82, n. 1, p. 219-232, 2011.

_____. Alternativas a la prisión en Brasil: ¿Instrumentos para la reducción de la población carcelaria o para la ampliación del control estatal. *Revista Derecho Penal*. Año I, N. 1. Ediciones Infojus, p. 115, 2012.

_____. FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Le Contrôle de L'Execution des Peines et le Droit à la Santé: L'Experience Brésilienne. In: CERÉ, Jean-Paul. (Org.). *Le Droit à la santé et la prison Quelle protection, quels enjeux*. 1ed.Paris: L'Harmattan, 2017, v. 1, p. 1-.

_____. MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária (Ministério da Justiça) (Org.). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2. sem. 2008, p. 13-35

JAREBORG, Nils. The Swedish Sentencing Reform. In CLARKSON, C.M.V. ; MORGAN, R. *The Politics of Sentencing Reform*. New York: Oxford University Press, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal Parte Geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2010

JOHNSON, Elmer H. The Japanese Experience: Effects of Decreasing Resort to Imprisonment. in WEISS, Robert P. et al. *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*. London: Routledge, 2013. Edição Kindle. p. 341, 344

JOHNSON, Rucker; RAPHAEL, Steven. How Much Crime Reduction Does the Marginal Prisoner Buy? *Journal of Law and Economics*, Vol. 55, No. 2, p. 275-310, May 2012.

JUNGER-TAS, Josine; JUNGER, Marianne. The Dutch Criminological Enterprise. *Crime and Justice*, Vol. 35, 2007.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 175-176.

KENSIE, Annie; TOURNIER, Pierre. French Prison Number Stable, since 1988, but populations changing. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

KUHN, André. Étude Des Fluctuations de da Population Carcérale Allemande. *Déviance et Société*, Vol. 20, No 1, 1996.

LACEY, Nicola. Differentiating among Penal States. *The British Journal of Sociology* 2010 Volume 61 Issue 4. pp. 778 – 793;

_____. *The prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LEA, John et al. Bringing the state back in: understanding neoliberal security. In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalisation and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.23

LANGAN, Patrick A. Crime and Punishment in the United States: 1981-1999. *Crime and Justice*, Vol. 33, Crime and Punishment in Western Countries 1980-1999, p. 123-159, 2005.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Imprisonment and Penal Policy in Finland. *Scandinavian Studies in Law*. Vol. 45. 333-380, 2009;

_____. Penal Policy in Scandinavia. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 238-239.

_____. *Regulating the Prison Population: Experiences from a Long-Term Policy in Finland*. National Research Institute of Legal Policy Research Communications 38. Helsinki, 1998.

LAQUEUR, Hannah. Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal. *Law and Social Inquiry*. Vol. 40, Issue 3, Summer 2015, 746-781.

LEMGRUBER, Julita et al. Usos e abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro: avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: ARP/CESeC, 2013.

_____. Monitorando a aplicação da Lei das Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. São Paulo, Instituto Sou da Paz, 2015.

_____. BOITEAUX, Luciana. O fracasso da Guerra às Drogas. In LIMA, Sérgio Renato et al. *Crome, Polícia e Justiça no Brasil*. (orgs.). São Paulo: Contexto, 2014. P.358-362

LETURCQ, Fabrice. Peines plancher: application et impact de la loi du 10 août 2007. *Infostat Justice*. Numero 118. Octobre 2012. Disponível em << http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_infostat_118_20121017.pdf>>

LEVY, René. Pardons and Amnesties in France. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 551-590.

LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traduzido da 20ª ed. Alemã por Luis Jimenez de Asua. Madrid: Reus, 1927. t. II, p. 376.

LOBATO, José Danilo Tavares. Überlegungen über die Krise des brasilianischen Strafvollzugssystems. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n. 2, p. 122-128, 2018.

LOPES JUNIOR., Aury. *Prisões Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*. São Paulo, IBCcrim, n. 17, p. 11-23, set./dez. 2014.

LOPES, Tarcila Maia. Um Ano de Audiência de Custódia na Justiça Federal do Recife: Uma Visão a partir dos Casos da Defensoria Pública da União. *Revista da Defensoria Pública da União*. Brasília, n. 10, p. 1-504, jan-dez. 2017.

LUISE, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003

LYNCH, James P. ; PRIDEMORE, William Alex. Crime in International Perspective. in WILSON, James Q; PETERSILIA, Joan. *Crime and Public Policy*. New York: Oxford University Press, 2011.

LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II, Artigos 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MACHADO, Maíra Rocha et al. Penas Alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 8, No. 1, Abr. 2018.

_____. A complexidade do Problema e a Simplicidade da Solução: A questão das penas mínimas. *Série Pensando o Direito* n. 17/2009. Ministério da Justiça, 2009.

MAIELLO Vincenzo. *Clemenza e Sistema Penale: Amnistia e Indulto...* Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2007.

MANAS, Carlos Vico. Princípio da Insignificância: Excludente da Tipicidade ou Ilicitude? In *Escritos em homenagem a Alberto Sila Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 142-144

MARQUES, Mateus e ANDRADE, Mauro Fonseca. Primeiras Impressões sobre a Audiência de custódia no Rio Grande do Sul. *Boletim do instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Boletim 282, São Paulo, – Maio 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini e BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição Kindle.

MARTINS, Leonardo. (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

MARTINSON, Robert What works?—questions and answers about prison reform. *The Public Interest*: p 22–54, Spring 1974.

MAURACH Reinhart et ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte general*. 1. Buenos Aires: Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994. p. 519-520.

MAYER, Margit. Punishing the Poor – a debate: Some questions on Wacquant's theorizing the neoliberal state. *Theoretical Criminology*. Vol. 14. N.1, p. 93-103, 2010.

MELOSSI, Dario. An introduction: Fifty years later, Punishment and Social Structure in comparative analysis. *Contemporary Crises*, Vol.13, p. 311-326, 1989.

_____. Gazette of Morality and Social Whip: Punishment, Hegemony and the Case of the USA. *Social & Legal Studies* . Vol. 2, p. 259-279, 1989.

_____. *Georg Rusche: a Biographical Essay*. *Crime and Social Justice*, Vol. 14, Winter 1980.

_____. L'hégémonie et les vocabulaires de la motivation punitive: la gestion discursive des cries sociaux. *Criminologie*. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, Vol. 25, no.2, p. 93-114, 1992.

_____. Mercato del Lavoro. In RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Struttura Sociale*. Bologna: Il Mulino, 1978.

_____. *Overcoming the Crisis in Critical Criminology: Toward a Grounded Labeling Theory*. *Criminology*, American Society of Criminology, Vol. 23, p.193-208, 1985.

_____. Prefacio. In GIORGI, Alessandro de. *A Miséria Governada Através do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDES, Soraia da Rosa e LONGO, Carolina F. A Mão que Balança do Berço: audiência de Custódia e proteção Insuficiente pelo STJ. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, IBCcrim, Boletim 287, Out. 2016.

MIOTTO, Bergamini Armida. A reforma do sistema de Penas. A lei 6. 416 de 1977 – Circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e sua elaboração; outras considerações. *Revista de Informação Legislativa* a. 14 n. 54 abr./jun. 1977.

MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. In *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal* (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

_____. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.

MIRAVALLE, Michele. SCANURRA, Alessio. Il Carcere che non cambia : Tendenze e numeri del sistema penitenziario italiano allá vigilia di un'importante stagione mancata, di riforma. In ANTIGONE, Un anno in carcere XIV rapporto sulle condizioni di detenzione. Disponível em < <http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/numeri-e-sovrappollamento/>>.

MORRIS, Norval. *The Future of Imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1974.

MÜLLER, Markus-Michael. The Rise of the penal state in Latin America. *Contemporary Justice Review*, Vol. 15, Issue 1, 57-76, 2010.

_____. The Universal and the particular in Latin American penal state formation In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalization and Advanced marginality*. Critically exploring the work of Loïc Wacquant. Bristol: The Policy Press, 2012.

MUNOZ CONDE, Introduccion. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981. p. 19.

NAGIN, Daniel. *Deterrence in the Twenty-first Century: a Review*. Carnegie Mellon University Research Showcase, p. 27-29, 2013.

NAGEL, William G. On Behalf of a Moratorium on Prison Construction. *Crime and Delinquency*. Thousand Oaks, 23:154-172, April 1977.

NELKEN, David. Denouncing the Penal state. *Criminology & Criminal Justice*. Vol 10, Issue 4, p. 331-340, 2010.

NEVES, Alexandra Marques. Furtos em estabelecimentos comerciais: Reflexões sobre o novo regime. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses na Universidade de Coimbra. Janeiro/2016

NEWBURN, Tim. Tough on crime: Penal Policy in England and Wales. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 425–465.

NORONHA, Magalhães. Direito Penal: 1º Volume. São Paulo: Saraiva, 1974.

OLIVEIRA, Patrícia Fonseca Carlos Magno. Encarceramento Feminino: Um Olhar sobre Mulheres e Medidas de Segurança. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Dezembro 2016.

PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal: Um estudo comparado. Curitiba: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. Offensività e Ragionevolezza nel Controllo di Costituzionalità sul Contenuto delle Leggi Penali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Anno XL, p. 350 - 384, 1998.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAVARINI, Massimo. *Governare la Penality: Struttura Sociale, Processi Decisionali e Discorsi Pubblici sulla Pena*. Bologna: Bononia University Press. p. 55

_____. *Un Arte Abjecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PIRES, Álvaro P. La réforme pénale au Canada: l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Criminologie*, 20(2), 11–55. <https://doi.org/10.7202/017250ar>.

PITTS, John. The third time as a farce: whatever happened to the penal state? In SQUIRES, Peter et al.(ed) *Criminalization and Advanced marginality: Critically exploring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.66.

PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Boletim 276, Nov. 2015.

PRADO, Geraldo. A Transação Penal quinze anos depois. Disponível em <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Transa%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf>

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRATT, John. The International diffusion of punitive penalty: or, penal exceptionalism in the United States? *Wacquant v Whitman*. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 44. n.1, p. 116-128, 2011.

PRATT, Travis. *Addicted to Incarceration: Corrections Policy and the Politics of Misinformation in the United States*. Los Angeles: Sage, 2009.

PROTAIS, Caroline. « Réprimer ou soigner ? Les législations européennes en matière de stupéfiants : état des lieux et évolutions », *Psychotropes*, vol. vol. 22, no. 2, 2016, pp. 41-60.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RASSI, João Daniel, GRECO FILHO, Vicente. *Lei De Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva, 2009. Ed. Kindle.

RAUPP, Mariana Mendonça. *La reforme pénale de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Ciências Sociais de Ottawa, Canadá, 2015.

REALE JUNIOR, Miguel et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. Tentativa de Eliminação do Critério Periculosidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCrim*. São Paulo, Bol. 40, Julho Esp. 2004.

RÍO, Miguel Ángel Iglesias. PARENTE, Juan Antonio Pérez La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. In FUNDACION KONRAD-ADENAUER. OFICINA URUGUAY. *Anuário de Derecho Constitucional Latino Americano 2006*. Disponível em <<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-2006.pdf#page=345>>>

RIO DE JANEIRO (Estado).Tribunal de Justiça. Resolução 29/2015, publicada no DJERJ de 26 de agosto de 2015.

ROBERT, Aglaé. Justice et Surpopulation Penale : La mise en cause recorrente de la France par les juridictions françaises et européennes. *Regar européen*. Colloque de l'Anjap. Paris, 4 avril 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 153.

_____. Superpopulação Carcerária. Controlo da Execução e Alternativas. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, Vol. 1, no 1, Junho 2013.

_____. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

_____. Consensualismo y Prisión: Nuevos Desafíos. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. La Mancha: Ediciones Universidad Salamanca, 2001. Disponível em <www.cienciaspenales.net> Acesso em 24 de abril de 2018.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. *Bem Jurídico-Penal Tributário: A legitimidade do sistema punitivo em material fiscal*. Porto Alegre: Nubia Fabris: 2013. p.46-47

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013. Edição Kindle.

_____. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. Dinâmica Histórica da Aplicação da Pena Privativa de Liberdade no Brasil: Análise Crítica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 117, novembro-dezembro 2015.

ROTHMAN, David J. *Conscience and Convenience: The Asylum and Its Alternatives in Progressive America*. London: Taylor and Francis. Edição Kindle. p. 919-921.

_____. *The Discovery of the Asylum*. Boston: Little Brown, 1971;
ROTMAN, Edgardo. The Failure of Reform: United States, 1865-1965. in MORRIS, Norval; Rothman, David J. *The Oxford History of the Prison: The Practice of Punishment in Western Society*. New York, 1998. p. pag. 154-155.

ROXIN, Claus. Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol.59, 1983.

_____. *Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal*. Madrid: Reus S.A., 1981 p. 50

_____. Determinación de La Pena a La Luz de La teoria de Los Fines de la Pena. In _____. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.99.

_____. Prevención e Determinación de la Pena. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.p.142

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986. p.54-55.

_____. Reflexiones Politico-criminales sobre el Principio de Culpabilidad. In ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal*. Madrid: Reus S.A., 1981

_____. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 72

RUSCHE, Georg. Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice. *Crime and Social Justice*. Social Justice, No. 10, p. 2-8. Fall-Winter 1978.

_____. KIRCHHEIMER, Otto. *Pena e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____, Otto. *Punishment and Social Structure*. New York: Russel Russel, 1939.

RUTHERFORD, Andrew. *Prisons and the Process of Justice: The Reductionist Challenge*. London: Heineman, 1984.

_____. The English Penal Crisis: Paradox and Possibilities. In RIDEAOUT, R; JOWEL, J. *Current Legal Problems*. London: Stevens, 1988. p. 93-113.

SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: As políticas Penitenciárias em São Paulo Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1. Edição 1. 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Provimento Conjunto n. 03/2015 Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Publicado no DJE de 27 de janeiro de 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. in SHÜNEMANN, Bernd. (Ed.). *Grundfragen des Modernen Strafrechtssystem*. Berlin: De Gruyter, 1984. E-book.

_____. Plädoyer für eine Neue Theorie der Strafzumessung. In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg: Max-Plank Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987.

SCHILLING, Mario Florentino de la Hoz. Latin America's New Discourse towards Drug Policies. The Role of Cannabis Legalization in Uruguay. Den Haag: Universitât Leiden, 2015. Disponível em <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/33373/Latin%20America%20New%20Discourse%20Towards%20Drug%20Policies%2c%20The%20Role%20of%20Cannabis%20Legalization%20in%20Uruguay.pdf?sequence=>>

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para sua Aplicação e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988

_____. Tolerância Zero. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 165-176, outubro/2009.

_____.JUNIOR, Alceu Corrêa. *Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *La Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): um primer esbozo*. Barcelona: Indret 2./2007. Disponível em <<
http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf>> . Acesso em 28/03/2018.

S, Jesús-María. Delincuencia Patrimonial leve: uma observación del estado de cuestión. p. 350 : Estudios penales y criminológicos, Nº. 25, 2004, págs. 331-360

SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007. Edição Kindle.

_____. *Rise of the Carceral State*. Social Research, Vol. 74. No. 2, p. 471-508, Summer 2007.

SNACKEN, Sonja. Analyse des Mécanismes de La Surpopulation Pénitentiaire. In GRUPE EUROPÉEN DE RECHERCHERS SUR LA JUSTIÇA PÉNALE. La Surpopulation Pénitentiaire em Europe. Bruxelles: Bruylant, 1999.

_____. A Reductionist Penal Policy and European Human Rights Standards. *European Journal of Criminal Policy Research*, Vol. 12, Issue 2, p. 143-164, June 2006.

_____. et al. Changing prison populations in Western countries: fate or policy? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Joint Research Centre on International Crime: Milano. Vol. 3, Issue 1, p. 18-53, 1995;

_____. Penal Policy and Practice in Belgium. In TONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

_____. BEYENS, Kristel. Sentencing and Prison Overcrowding. *European Journal on Criminal Policy and Research*, Joint Research Centre on International Crime: Milano, Vol. 2, Issue 1, p. 84–99, March 1994.

SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. *Globalizacao e sociedade de controle: as cultura do medo e o mercado da violência*. 2007p. 267f. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007.

SOUTH, Nigel. *Comparing Prison Systems: Toward a Comparative and International Penology*. Routledge: London, 2013.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. A Teoria da Ação na Doutrina de Juarez Tavares: a Construção de um Direito Penal de Garantia. In GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (org.). *Direito Penal Como Crítica da Pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 287-289

_____. *Presos Estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Volume Único*. Rio de Janeiro: Atlas, Edição kindle, 2018.

SQUIRES, Peter et al. (Ed.) *Criminalisation and Advanced marginality: Critically expolring the work of Loïc Wacquant*. Bristol: The Policy Press, 2012. p.2.

STERN, Vivien. The International Impact of U.S. Policies. In MAUER, Marc et al. *Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment* . New York: New Press, 2002. Edição kindle.

STOCO, Tatiana. *Personalidade do agente na Fixação da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STOLL, Michael. *Do Prisons Make us Safer: The Benefits and Costs of Prison Boom*. New York: Russel Sage Foundation, 2009.

TAK, Peter J. P. Sentencing Punishment in the Netherlands. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001. p.156-161;

TORTERAT, Jeremie et al. L'exécution des peines d'emprisonnement fermé. Infostat Justice. Juillet 2005, Numéro 83. Paris: Ministère de la Justice. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/infostats-justice-10057/infostat-n-83-11854.html>.

VALENÇA, Manuela Abath et al. Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bol. 280, Março 2016.

Van KALMTHOUT, Anton M; TAK, Peter J. P. New Sanctions Proliferating in the Netherlands. In TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford Universtity, 2001.

TANGERINO, David. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEIXEIRA, Alessandra. *Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009.

TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TONRY, Michael. Determinants of Penal Policies. In TONRY, Michael. *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press. p.16-17.

_____. Introduction: Penal Policies at the Beginning of the Twenty-First Century. in TONRY, Michael.(ed) *Penal Reform in Overcrowded Times*. New York: Oxford University, 2001.

_____. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: Oxford University Press, 2016. Edição Kindle.

TÖRNUDD, Patrik. *Fifteen Years of Decreasing prisoner Rates in Finland: A report presented to a Study Group from Western Australia en 1991 with a Postscript 5 November 1993*. National Research Institute of Legal Policy. Research Communications, 1993.

TRAVIS, Jeremy et al. *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D. C.: The National Academies Press, 2014.

UNITED NATIONS, Department of Peacekeeping Operations. *Sustainable Peace through Justice and Security*. Volume 2. October 2010. Disponível em <<https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/corrections2010.pdf>>. Acesso em 03/04/2018.

UNODC. The use of electronic monitoring bra bracelets as an alternative measure to imprisonment in Panama Technical Advisory Opinion No. 002/2013, addressed to the Public Ministry and the Ministry of Government of Panama. Disponível em <<https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_2/Advisory_Opinion_002-2013_ENGLISH_FINAL.pdf>>.

_____. The history of European prison law and Policy. In van ZYL SMITT, Dirk et. SNACKEN, Sonja. *Principles of European Prison Law and Policy, Penology and Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2011. E-book. p. 98.

VANNESTE, Charlotte. *Les Chiffres des Prisons: Des Logiques économiques à leur traduction pénale*. Paris, L'Harmattan, 2001.

VOEGLER, Theo. *Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung*. Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Giessen am 20. Mai 1977.

von HIRSCH, Andrew. *Censure and Sanctions*. New York: Oxford University Press, 1995.

_____. *Past or Future Crimes: Deservedness and DAngerousness in the Sentencing of Criminals*. Oxford: The Alden Press, 1986.

_____. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1976.

_____. Sentencing guidelines and penal aims in Minnesota. *Criminal Justice Ethics*, Vol.13, Issue 1, p. 39-49. Winter/Spring, 1994;

_____. ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 5.

Von LISZT, Franz. *La Teoria dello Scopo nel Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 49.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009.

_____. The Militarization of Urban Marginality: Lessons from the Brazilian Metropolis. *International Political Sociology*, Vol. 2, p. 56-74, 2008.

_____. Rumo a uma ditadura sobre os pobres? In _____. *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001;

_____. Mister Bratton comes to Buenos Aires... In *Las Cárceles de la Miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2004.

WALLACE, Don. The Political Economy of Incarceration: Trends in Late U.S. Capitalism: 1971-1977. *Critical Sociology*, Los Angeles: Sage, Vol. 10-11, Issue 4-1, p. 59 – 65, 1981.

WANG, Yu. Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis: Ein deutsch-chinesischer Rechtsvergleich. *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft* Bd. 19, 2014.

WEBSTER, Cheryl Marie ; DOOB, Anthony N. Punitive Trends and Stable Imprisonment Rates in Canada. In ONRY, Michael. (org). *Crime Punishment And Politics In Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

WEIGEND, Thomas. Sentencing and Punishment in Germany. in TONRY, Michael; FRASE, Richard S. (Ed). *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. New York: Oxford University Press, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma:1956.

_____. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo: Julio César Faira, 2004. p. 115-116.

WESTERN, Bruce. Governing Social Marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. *Punishment and society*. Vol 3, Issue 1, p.43-59, 2001.

WILL, Richard. Intensive Supervision. TONRY, Michael, HAMILTON, Kate. Intermediate Sanctions in Overcrowded Times. Boston: Northeastern University Press, 1995.

YOUNG, Jock. Cannibalism and bulimia: Patterns of social control in late modernity. *Theoretical Criminology*. London: Sage Publications. Vol. 3, p. 387-407, 1979.

YOUNG, Warren; BROWN, Mark. Cross National Comparisons of Imprisonment. *Crime and Justice*. Chicago, Vol. 17, p. 1-49, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1 Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustav. Amnistia, Indulto e Grazia: Profili Costituzionali. Milano: Giuffrè, 1974

ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. *Stanford Law Review*, Vol. 323, p. 323-338, 2005.

ZIMRING, Franklin E. The Scale of Imprisonment in The United States: Twentieth Century Patterns and Twenty-First Century Prospects, 100 *J. Crim. L. and Criminology* 1225 (2010). ZIMRING, Franklin E. Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience. *Stanford Law Review* 323 (2005). p. 323-338.

_____. HAWKINS, Gordon. *The Scale of Imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

ZIPF, Heinz. Mögliche Auswirkungen des Neoklassizismus auf die Deutsche un Österreichische Kriminalpolitik. In ESER, Albin; CORNILS, Karin. *Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Freiburg: Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987.

Van ZYL SMIT, Dirk et al. *Release from Prison: European Policy and Practice*. New York: Routledge, 2011. Edição Kindle.

_____. Long-Term imprisonment at home and abroad. Disponível em <<https://www.rsj.nl/binaries/Van_Zyl_compleet_tcm26-25977.pdf>>. Acesso em 25/09/2017.