

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA”- UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ALESSANDRO TRAMUJAS ASSAD

**PARADOXOS DO DIREITO PENAL NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

MARÍLIA  
2008

ALESSANDRO TRAMUJAS ASSAD

PARADOXOS DO DIREITO PENAL NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, para obtenção do Título de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:  
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior

MARÍLIA  
2008

ALESSANDRO TRAMUJAS ASSAD

PARADOXOS DO DIREITO PENAL NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Banca Examinadora da dissertação ao Programa de Mestrado da UNIVEM,/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: \_\_\_\_\_

ORIENTADOR: Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior

1 EXAMINADOR: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

2 EXAMINADOR: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

Marília, 13, de junho de 2008.

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Zamir (*in memoriam*) e Belmari, que desde cedo me apontaram o caminho do bem e foram determinantes para minha formação como homem e cidadão.

À minha querida esposa Thayssa e aos meus filhos Gabrielle e Arthur, pela paciência e tolerância, com que me permitiram subtrair-lhes parte do nosso convívio.

E ao meu avô Arthur Tramuja Filho (*in memoriam*), que me proporcionou as condições necessárias para minha graduação em direito.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por minha existência e por tudo que tenho vivido.

Aos meus irmãos Zamir Filho, Maurício e Gláucio, pela nossa união, amizade e por todos os momentos que passamos juntos em família.

Aos meus amigos, Fábio Stica, Antonio Nobles e Gilberto Giacoia, pessoas que motivaram os meus estudos antes mesmo do meu ingresso no Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM.

Ao Professor Oswaldo Giacoia Junior, cujo pouco tempo de convívio durante as aulas do mestrado e orientações, revelou não apenas ser um profundo conhecedor da filosofia contemporânea e do direito, mas também uma figura humana ímpar, pela sua simplicidade e pelo trato com seu semelhante.

Aos Professores Eduardo, Jayme e Edinilson, cujos ensinamentos, críticas e comentários, não só contribuíram para o presente trabalho, mas também para uma reflexão no modo da minha docência e na aplicação do direito.

Aos meus amigos do mestrado Lúcia Porcel, Vanderlei Portes e Bruno pela troca de idéias e o convívio durante o curso.

*O Direito Penal é o Direito à liberdade. É o conjunto de leis que estabelece o espaço de liberdade do indivíduo. O Direito Penal não pode ser utilizado como instrumento de solução dos problemas sociais: ele não pode distribuir riqueza. É preciso haver uma política social. Não peçam ao Direito Penal aquilo que ele não pode dar.*

*(Prof. José Francisco de Faria Costa<sup>1</sup>)*

---

<sup>1</sup> Excerto de anotações de aulas do Curso de Direito Penal Patrimonial Comercial ministrados no Curso de Pós-Graduação, USP, setembro de 1997, RT 747, p. 485)

ASSAD, Alessandro Tramuja. Paradoxos do direito penal no estado democrático de direito. 2008. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

## RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo os atuais paradoxos do direito penal no estado democrático de direito. Com o advento da modernidade, surge uma nova versão do direito penal, com promessas de conter os abusos do Estado e preservar os direitos e garantias individuais. A crise da modernidade, experimentada em todos os setores da sociedade, também é sentida no direito penal. A razão não consegue mais justificar o caos penal vivido nos dias atuais, pondo em xeque a ciência penal que fora forjada a partir do período Ilustrado. Com a junção dos conceitos de estado de direito e estado social, surge uma nova concepção de estado: o estado democrático de direito. Os discursos penais que mais se afinam com este novo modelo de estado são o minimalismo e o garantismo penal, alicerçados no postulado da intervenção mínima do direito penal. No entanto, na prática, o que se vê é a plena expansão do direito penal. Seja com a proliferação de bens jurídicos tutelados penalmente, seja pelas facilidades de penalizar. Propõe-se urgente modificação na postura dogmática, (re)colocando o direito penal nos trilhos democráticos.

Palavras-chave: Direito penal no estado democrático de direito. Penas alternativas. Dogmática penal.

ASSAD, Alessandro Tramuja. Paradoxos do direito penal no estado democrático de direito. 2008. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

### ABSTRACT

This present dissertation has as its study objective the current paradoxes of the penal law of the democratic rule of law state. With the advent of modernization, modern penal law emerges, with promises to contain the abuses of the state and to preserve individual rights and guarantees. The crises of modernity felt in all sectors of society are also felt in penal law. Reason can not justify the penal disorder we saw in a present day, put in doubt the penal science forged from the enlightenment period. With the union of the concepts of social State and state of law, a new concept emerges: the democratic state of law. The aspects of the penal body which is most affected by this new model of state are the minimalists and the combination of penal law and penal processes, embedded in the postulate of minimum intervention of penal law. However, in practice, what is seen is the full expansion of the penal law either with the proliferation of legal assets with titles acquired by penal means, or the facility to penalize. Urgent modification in the dogmatic position is suggested, (re) placing penal law in its democratic tracks.

Key-words: Penal law of the democratic rule of law state. Alternative penalties. Penal dogma.

ASSAD, Alessandro Tramuja. Paradoxos do direito penal no estado democrático de direito. 2008. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2008.

## RESUMEN

Esta disertación tiene como objeto de estudio las actuales paradojas del derecho penal de estado democrático del derecho. Con el advenimiento de la modernidad, surge el derecho penal moderno, con la promesa de frenar los abusos del estado y preservar los derechos y las garantías individuales. Las crisis de la modernidad, con impacto en todos los sectores de la sociedad, también es sentida en el derecho penal. La razón ya no consigue justificar las turbaciones penales vividas en la actualidad, poniendo en duda la ciencia penal que fuera forjada a partir del período por ora ilustrado. Con la fusión de los conceptos de estado de derecho y estado social surge una nueva concepción de estado: el estado democrático de derecho. Los discursos penales que más se ajustan con este nuevo modelo de estado son el minimalismo y el galantismo penal, fundamentados en el postulado de intervención mínima del derecho penal. Si embargo, en la práctica se aprecia su plena expansión, sea con la proliferación de bienes jurídicos tutelados penalmente, sea por las facilidades de penalizar con las penas alternativas. Proponemos una urgente modificación de esta postura dogmática de manera a corregir y situar el derecho penal en sus debidos rieles.

Palabras-clave: Lo derecho penal del estado democrático de derecho. Penas alternativas. Dogmática penal.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO .....   | 11  |
| PARTE I – MODERNIDADE E A FORMAÇÃO DO NOVO PARADIGMA PUNITIVO.....   | 15  |
| 1. Modernidade: os encantos e desencantos da razão .....   | 15  |
| 2. O paradigma punitivo da modernidade: a passagem do suplício à pena de prisão.....                                 | 23  |
| 3. O pensamento filosófico-jurídico penal dos tempos modernos: o surgimento das Escolas Penais.....                  | 36  |
| 4. O modelo de punição da modernidade brasileira.....  | 41  |
| PARTE II – CONSTITUCIONALISMO PENAL E AS SANÇÕES DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO.....                                 | 52  |
| 1. Constitucionalismo e direito penal: buscando limites para o poder punitivo do Estado Moderno. ....                | 52  |
| 2. Os princípios constitucionais relativos à pena e sua execução.....  | 59  |
| 3. As sanções penais do atual sistema punitivo brasileiro: previsão legislativa.....                                 | 69  |
| 4. panorama sobre a execução das penas no Brasil.....  | 80  |
| PARTE III – OS DISCURSOS PENAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SEUS PARADOXOS E A DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA..... | 88  |
| 1. O direito como controle social no Estado Democrático de Direito e os novos discursos penais.....                  | 88  |
| 2. O Minimalismo e o Garantismo: breve abordagem histórica e os seus principais fundamentos.....                     | 94  |
| 3. Os paradoxos do direito penal brasileiro frente aos discursos penais e às penas alternativas.....                 | 102 |
| 4. Crítica à dogmática penal brasileira: mudança de postura para concretização de um direito penal mínimo.....       | 112 |
| SÍNTESE CONCLUSIVA.....  | 118 |
| BIBLIOGRAFIA.....  | 122 |

## INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que o ramo do direito que mais intriga e desperta paixões é o direito penal, visto que se trata da sensível relação entre crime e castigo, liberdade e prisão – temas tão caros ao homem e a sociedade. Certamente, esta não é a primeira vez que o sistema penal (direito penal/pena) será objeto de estudo, mesmo porque não há como dissociar o direito da história, nem o direito penal da pena e das concepções políticas de uma determinada época.

O direito penal, em especial no Brasil, sempre tem sido tratado de forma casuística, chamado às pressas, na tentativa de solucionar os mais diversos problemas de segurança, violência e corrupção. As causas primárias desses eventos são sempre ignoradas pelos governantes. O cotidiano revelado pelos jornais aponta para o crescimento dos crimes contra a vida, a liberdade, os costumes, o patrimônio público e o privado. O direito penal liberal não tem conseguido atender boa parte dos ideais iluministas, especialmente no que diz respeito à promoção de um modelo de punição mais justo, igualitário e humano.

São constantes as rebeliões nas penitenciárias e o desprezo à dignidade humana. Casos como o do PCC no Estado de São Paulo (2006), do garoto João Hélio no Rio de Janeiro (2007) e, mais recentemente, da jovem menor de idade, colocada em uma cela juntamente com homens no Estado do Pará (2007), são exemplos concretos das atrocidades que têm ocorrido no campo penal Brasil afora.

O que não se compreende e tanto inquieta é que, mesmo não tendo dado conta de sua tarefa básica de tutelar os direitos individuais e conter a violência punitiva do Estado previstos no período iluminista, o direito penal tem sido convocado a proteger uma verdadeira

avalanche de novos bens jurídicos de cunho social e democrático (meio ambiente, consumidor etc.), porque simplesmente ganharam expressa relevância constitucional. Por sua vez, os discursos penais predominantes, e que mais se afinam com o direito penal do estado democrático de direito (Minimalismo e o Garantismo Penal), são convergentes em relação à adoção de um direito penal mínimo.

Assim, também não se compreende como a constituição federal fornece teoricamente as condições necessárias para um direito penal de intervenção mínima e, no entanto, na prática, tem contribuído sobremaneira para a proliferação de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, além de estimular, atabalhoadamente, ou desesperadamente, a adoção de penas alternativas que pouco ou quase nenhum efeito tem produzido na redução do cárcere ou nos abusos punitivos.

Para penalistas e profissionais que atuam direta ou indiretamente com o direito penal, as preocupações são atuais e concretas, pois a sociedade, independentemente das ações sociais que devem ser tomadas pelo Estado para combater as causas primárias das violências, aqui mencionadas, está a exigir sempre, ao menos, uma resposta penal razoável, no sentido de sentir-se mais protegida. A modernidade tardia ainda acredita na humanidade, motivo pelo qual devem prevalecer os discursos de preservação de direitos e garantias, inclusive para o sujeito condenado.

Quanto à composição, o trabalho encontra-se dividido em três partes, além da síntese conclusiva. Na primeira parte, sob o título “modernidade e a formação do novo paradigma punitivo”, far-se-á o recorte temporal da pesquisa, a partir do advento da modernidade. O período em que a Ilustração preconizou a emancipação do homem, que deveria ser regido pela

razão e não mais pela religião. Ademais, será retratada a crise da modernidade até os dias atuais, o que, paralelamente, também é sentido pelo direito penal, pois ninguém duvida da crise do sistema penal, nem de que a pena de prisão tem seus dias contados, muito embora não se possa saber se o que virá será melhor, ou pior do que ela. Em seguida, um esforço será feito para identificar a formação de um novo paradigma punitivo, compreendido na passagem do suplício para pena de prisão, valendo-se muito da historiografia crítica das punições, tal como a realiza Michel Foucault. Posteriormente, serão abordados o pensamento filosófico-jurídico penal dos tempos modernos (*Escolas Penais*) e o modelo punitivo da modernidade brasileira, desde a condenação do inconfidente, Joaquim José da Silva Xavier, o *Tiradentes*.

Na segunda, sob o título “constitucionalismo penal e as sanções do sistema punitivo brasileiro”, demonstrar-se-á a forte relação do direito penal com as constituições dos Estados Modernos, inclusive do Estado brasileiro. No Brasil, desde a primeira Constituição Federal (1824), já se incluíam em seu texto vários princípios e regras ligados ao direito penal, condicionando o poder de punir do Estado. No entanto, é com a Constituição Federal de 1988 que o princípio da dignidade humana veio expresso pela primeira vez, como princípio fundamental, irradiando-se para os demais princípios penais. Aqui merecerão destaque apenas aqueles mais diretamente relacionados à pena e sua execução: da legalidade, da personalidade, da individualização, da humanidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. Em seguida, a dissertação assume um caráter dogmático, atendo-se às descrições de todas as sanções penais previstas na legislação infraconstitucional. Finalmente, nessa parte, far-se-á um breve panorama sobre a execução das penas, o último estágio do sistema punitivo do Estado.

E na terceira parte do trabalho, sob o título “os discursos penais do estado democrático de direito, seus paradoxos e crítica à dogmática penal brasileira” examinam-se os discursos penais supostamente mais adequados ao direito penal do estado democrático de direito, especialmente o minimalismo e o garantismo penal. Será também tematizada a junção do Estado Liberal com o Estado Social, e suas conseqüências para a concepção do direito penal vigente e sua aplicação. A atenção deve estar voltada para os paradoxos do direito penal brasileiro, observados nessa pesquisa, pois é o que mais intriga, seja pela proliferação de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, seja pelo uso indiscriminado das penas alternativas. Finalmente, cabe ainda uma crítica à dogmática penal brasileira, que não tem contribuído para a melhoria da aplicação do direito penal; mas, muito pelo contrário, tem servido de justificativa para manutenção do *status quo* em crise.

## **PARTE I – MODERNIDADE E A FORMAÇÃO DO NOVO PARADIGMA PUNITIVO**

- 1. Modernidade: os encantos e desencantos da razão.**
- 2. O paradigma punitivo da modernidade: a passagem do suplício à pena de prisão.**
- 3. O pensamento jusfilosófico e o moderno Direito Penal: o surgimento das Escolas Penais.**
- 4. O modelo moderno de punição no Brasil.**

1. Modernidade: os encantos e desencantos da razão.

Historicamente, procura-se situar a modernidade como período que vai da Renascença à Revolução Francesa e aos princípios da Industrialização em massa da Grã-Bretanha. Nesse aspecto, pode-se dizer que está situada em um calendário<sup>2</sup>, cronologicamente determinado, como um conjunto de traços característicos de uma época, de grandes transformações sociais, políticas, econômicas e culturais. Período marcado, especialmente, por todas as mudanças ocorridas no século XVIII, o chamado Século das Luzes, em que o homem liberou-se do refúgio da fé e passou a crer fortemente na razão.

Japiassu e Marcondes (2001, p.185) afirmam que a modernidade também pode ser considerada como “nova forma de pensamento e de visão de mundo inaugurada pelo Renascimento e que se contrapõe à Escolástica e ao espírito medieval, desenvolvendo-se nos séculos XVI e XVII com Francis Bacon, Galileu e Descartes, dentre outros, até o Iluminismo do séc. XVIII, do qual é a principal expressão”.

---

<sup>2</sup> A idéia de calendário é no sentido dado por Foucault (2000, p.341).

O sociólogo inglês Anthony Giddens (1991, p.11) alude à modernidade como:

estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. Isto associa a modernidade a um período de tempo e a uma localização geográfica inicial, mas por enquanto deixa suas características principais guardadas em segurança numa caixa preta. [...]

Em qualquer sentido que seja utilizada a palavra modernidade, o fato é que ainda é tema freqüente, sobretudo, na Academia. Alain Touraine (1994, p.09) apresenta sua obra “Crítica da Modernidade”, afirmando que ela é tão central na teoria e na prática que, após mais de três séculos, ainda está em discussão, rejeitada ou redefinida, nos dias de hoje. Ademais, esclarece:

[a idéia de modernidade, na sua forma mais ambiciosa, foi a afirmação de que o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência cada vez mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se libertar de todas as opressões. [...] E a razão que anima a ciência e suas aplicações; é ela também que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas; é ela, finalmente que substitui a arbitrariedade e a violência pelo Estado de direito e pelo mercado. A humanidade, agindo segundo suas leis, avança simultaneamente em direção à abundância, à liberdade e à felicidade.]

Assim, é que a própria modernidade traz em si um novo paradigma – a razão –, baseada em uma racionalidade que prometia uma reciprocidade matemática às ações e intenções, contrapondo-se com a única justificativa que existia à época – o divino.

Segundo Cristóvão Buarque (1995, p.29):

Foi no século XVIII que surgiu de maneira consolidada a idéia de que todos os homens têm direitos iguais, sem separação entre bárbaros e civilizados, cristãos e hereges, aristocratas e servos. Foi um longo processo desde o tempo dos faraós, dos homens-deuses, dos reis-sol, dos sumo-sacerdotes, até afirmar-se de que os seres humanos teriam direitos equivalentes.

Hoje, independentemente de qual seja o real estado, se está se vivendo a modernidade ou a pós-modernidade, o que se sabe, e o que se sente é que se está em uma situação caótica. Segundo Sérgio Paulo Rouanet (1993, p.11), no Brasil e no Mundo, o projeto civilizatório da modernidade entrou em colapso, pois segundo ele não está havendo uma mera transgressão na prática de princípios aceitos em teoria, porque nesse caso não haveria crise de civilização. E acrescenta: “trata-se de uma rejeição dos próprios princípios, de uma recusa dos valores civilizatórios propostos pela modernidade. Como a civilização que se tinha perdeu sua vigência, e como nenhum outro projeto de civilização aponta no horizonte, está se vivendo, literalmente, num vácuo civilizatório”. O destacado diplomata brasileiro ainda arremata (1993, p.11-12):

[...] Há um nome para isso: barbárie. Pois o bárbaro, sem nenhum juízo de valor, no sentido mais neutro e mais rigoroso, é aquele que vive fora da civilização. Diante disso há três reações possíveis. Podemos deixar em paz os bárbaros, sem infernizar-lhes a existência com valores civilizados. Podemos partir para um modelo civilizatório antimoderno, que represente em tudo a antítese do projeto de modernidade. E podemos repensar a modernidade, em busca de uma alternativa neo-moderna, capaz de manter o que existe de positivo na modernidade, corrigindo suas patologias.

Diante de tantas incertezas quanto ao futuro, tem-se como mais plausível a terceira opção colocada por Rouanet: deve-se repensar a modernidade e buscar melhores alternativas para a civilização, pois não se pode desperdiçar, e nem se negar tudo aquilo de bom que foi conquistado pelo triunfo da razão, fundamentalmente, a autonomia individual do homem e o surgimento das garantias e proteção à dignidade humana.

Como fora mencionado, não o divino, mas a razão passou a justificar os acontecimentos para o homem, caracterizando uma mudança de paradigma. Entretanto, antes de prosseguir, convém fazer a seguinte indagação: o que é um paradigma? Saber o significado dessa palavra revela-se de extrema importância, especialmente para esta pesquisa, porque muitas vezes as palavras são utilizadas pelo senso comum; e parecem ter um sentido óbvio, pelo menos até o momento em que não se pára e reflete-se sobre elas. É o que ocorre, por exemplo, com as palavras crise e mundo, que podem possuir vários significados<sup>3</sup>.

No que diz respeito à palavra crise, seja qual for sua utilização, conforme assinala Roland C. de Albuquerque Corbisier (1978, p.188), o que há de comum entre suas diversas acepções, parece-se ser a idéia de ruptura, de corte, de desequilíbrio. O filósofo paulista assim fundamenta o seu raciocínio (1978, p.191):

Se comparássemos o mundo em que vivemos ao mundo medieval, por exemplo, verificaríamos que este se organiza a partir da convicção de que Deus existia e se havia encarnado na figura de Cristo, de que a vida humana transcorria sob o seu olhar e sua proteção, de que o resultado desse jogo repercutia na eternidade, levando-nos para o céu ou nos condenando aos infernos. Nesse contexto histórico ou nesse mundo, que chamamos de Idade Média, o ser humano vivia em função dessa crença que explica não só o prestígio do clero, do poder espiritual, mas as catedrais góticas, a proibição da usura, as procissões e a Divina Comédia de Dante Alighieri. A ruína dessa crença e a sua substituição por outra dá lugar a uma crise histórica que acostumamos chamar de Renascimento. Enquanto se perde a fé na religião revelada, forma-se uma outra fé, na razão lógico-matemática e em seu produto exemplar que é a ciência natural. O trânsito do cristianismo ao racionalismo culmina na Revolução Francesa, que institucionaliza as reivindicações do ‘iluminismo’ e destrói definitivamente o *ancien-regime*.

---

<sup>3</sup> Roland Corbisier esclarece que a palavra mundo tem vários significados, ora como totalidade conhecida e inventariável, por exemplo, o maior rio do mundo. Outro sentido quando empregada para significar o mundo da criança, o mundo moderno etc.

A palavra crise aqui pode ser definida em duas dimensões que não se contrapõem, sendo uma como profunda transição; e a outra como verdadeira ruptura da crença que fora estabelecida pelo ambicioso projeto da modernidade.

No que diz respeito propriamente à palavra paradigma, Oswaldo Giacoia Junior (2006, p.137) a compreende como:

Modelo, protótipo, figura ou esquema exemplar; termo difundido na epistemologia ou filosofia da ciência contemporânea por referência a obra de Thomas Kuhn, de acordo com a qual um paradigma é composto por premissas teóricas básicas e resultados fundamentais de pesquisa coletiva, que recebem a adesão de uma comunidade científica particular durante determinado período de tempo, de modo a constituir o fundamento da atividade científica ulterior. A ruptura com os paradigmas constitui uma transformação que, num dado de investigação, instala a atividade científica sobre novas bases, caracterizando aquilo que por Kuhn denomina de ciência revolucionária. [...]

Neste trabalho, a expressão paradigma será empregada como modelo-padrão. A transformação do paradigma punitivo com o advento da modernidade – o suplício deixa de ser o modelo genérico de punição, sendo substituído pela pena de prisão, como novo padrão punitivo.

O conflito em que se vive foi muito bem capturado por Boaventura de Souza Santos (1997, p.06) em “Um discurso sobre as ciências”. O sociólogo português afirma que “por um lado, as potencialidades da tradução tecnológica dos conhecimentos acumulados fazem crer no limiar de uma sociedade de comunicação e interativa, libertada das carências e

inseguranças que ainda compõem os dias de muitas pessoas: o século XXI a começar antes de começar”<sup>4</sup>.

Por outro lado, uma reflexão cada vez mais aprofundada sobre os limites do rigor científico, combinada com os perigos cada vez mais verossímeis da catástrofe ecológica ou da guerra nuclear, faz temer que o século XXI termine antes de começar. O autor ainda assevera: “estamos de novo perplexos, perdemos a confiança epistemológica; instalou-se em nós uma sensação de perda irreparável tanto mais estranha quanto não sabemos ao certo o que estamos em vias de perder”.

Ninguém duvida de que se está vivendo um período de transição. O referido autor lusitano (1997 p.09), lembrando Jean Jacques Rousseau, destaca a necessidade de novamente se perguntar pelas “relações entre a ciência e a virtude, pelo valor do conhecimento dito ordinário ou vulgar que nós, sujeitos individuais ou coletivos, criamos e usamos para dar sentido às nossas práticas e que a ciência teima em considerar irrelevante, ilusório e falso”; e tem-se finalmente que perguntar pelo papel de todo o conhecimento científico acumulado no enriquecimento, ou no empobrecimento prático das nossas vidas, ou seja, pelo contributo positivo ou negativo da ciência para nossa felicidade.

É difícil compreender como o sonho iluminista pôde ser tão gravemente desviado, escravizando o homem, cegando-o pela técnica e a ciência, produzindo novas formas de dominação. O sonho, que chegou com a modernidade, logo acabou sendo envenenado pela razão instrumental e seus adereços, causando a perda da liberdade e o mal-estar que ora se vive. Nesse ponto, a experiência histórica revela que o capitalismo exerceu papel

---

<sup>4</sup> A primeira edição da obra um discurso sobre as ciências foi publicada em julho de 1987.

predominante para a formação do paradigma dominante, levando o plano econômico, de forma quase sem limites, ao mercado liberto de compromissos éticos e sociais, utilizando o pensamento para fins de acumulação desenfreada e dominação econômica individualizada, e, o que pior, para poucos. A globalização está aí, como nova roupagem do capitalismo, mais para atender aos interesses dos donos do mundo, do que propriamente integrar e fortalecer todos os habitantes da terra.

Segundo Cristóvão Buarque (1995, p.19), no caminho pelos anseios preconizados pela modernidade, “subestimou-se a capacidade do homem para o avanço técnico e superestimou-se a capacidade para o uso correto de tal avanço. Deixou-se de utilizar o progresso científico para a construção de uma civilização utópica fundada na liberdade e igualdade”.

Outra vez alude-se a Boaventura Souza Santos (1993, p.69), trazendo à reflexão algumas questões por ele propostas, e que até hoje não se têm as respostas, nem sequer se tem a previsão para obtê-las. Aliás, cada uma delas pode ser considerada como verdadeiro problema-tese:

Por que é que a roda do desenvolvimento produz simultaneamente a riqueza e a miséria? Por que é que as mais nobres lutas contra a opressão e as concepções oligárquicas do poder desembocaram em soluções políticas autoritárias, com forte dinâmica de exclusão? Por que é que o progresso científico esta cada vez mais intimamente ligado aos aparelhos militares e projetos bélicos e, portanto, a política de destruição? Por que é que sabemos cada vez mais a respeito do que nos é supérfluo e cada vez menos do que é estritamente necessário a nossa sobrevivência? Por que é que se passou, nas cidades contemporâneas, da gestão do tempo a gestão da falta de tempo? Por que é que perdemos mais tempos nos transportes quanto mais rápidos eles são? Por que é que as possibilidades de estar doente aumentam na proporção direta do aumento dos profissionais de saúde teoricamente a nosso dispor? [...].

No Brasil, a crise de paradigma também é sentida em todos os setores da vida humana. Virgínia Machado (sd), professora do Departamento de Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, revela que a crise dos paradigmas, discutida na academia com este nome, vem sendo experimentada também pelo senso comum nas religiões, embora perigosamente, pois estas últimas em sua maioria ainda se encontram medievais e “modernas<sup>5</sup>”. Ou seja, discutem a crise moral com base em preceitos antigos. Talvez se pudesse afirmar que nunca as igrejas estiveram tão lotadas. Além disso, o número de religiões aumenta da mesma forma que os partidos políticos no final do século passado no Brasil, impulsionados por aquela racionalidade salvadora dos oprimidos, e, projetista de um sistema perfeito de sociedade previsível. A professora gaúcha ainda destaca que:

[os pensadores do mundo iniciaram sua análise crítica e a configuração da crise dos paradigmas na segunda metade do século passado, identificando seus causadores, mas estes não cessaram sua corrida, apesar da denúncia. **O poder político e econômico e a ciência e a tecnologia continuaram sua corrida e a despeito das quedas ideológicas e estatais, provocadas em algumas sociedades, continuam esgotando o que resta das energias utópicas plantadas na modernidade.] (grifo nosso)**

No entanto, uma coisa é certa, o paradigma instituído pela modernidade decretou o fim do modo de viver do antigo regime e proporcionou várias mudanças no mundo. Contudo, agora já não consegue mais justificar ou explicar os problemas, o que indica estar perto do seu fim ou, pelos menos, em estado de falência quase irreversível. Pode-se dizer que se está em estado de transição paradigmática, provocada pelos excessos e déficit do cumprimento das promessas da modernidade<sup>6</sup>; e não se sabe ao certo como será, ou qual será o novo paradigma que se possa levar ao mundo melhor. Tal situação reflete-se também na ciência penal, particularmente, no objeto de exame deste trabalho.

---

<sup>5</sup> A autora identifica a atual fase como pós-moderna.

<sup>6</sup> Boaventura Souza Santos esclarece que tanto o excesso como o déficit de cumprimento das promessas históricas explicam a nossa situação presente, que aparece, à superfície, como um período de crise, mas que, a nível mais profundo, é um período de transição paradigmática. p.49

Boaventura de Souza Santos (1993, p.66) afirma que não há meio científico de prever aonde vamos porque a utopia é constitutiva de qualquer pensamento de transformação social. Segundo ele (1997, p.23), “os sinais nos permitem tão-só especular acerca do paradigma que emergirá deste período revolucionário, mas que, desde já, se pode afirmar com segurança que colapsarão (sic) as distinções básicas em que assenta o paradigma dominante [...]”.

Diante de tantas transformações, descortina-se o espaço para compreensão das mudanças no direito penal a partir da modernidade, mais precisamente da pena, objeto de constantes preocupações dos filósofos, sociólogos e juristas. A pergunta é inevitável: Como está o direito penal? Tem ele ou a própria pena correspondido às nossas expectativas? Numa visão garantista e realista, a resposta só pode ser negativa.

## 2. O paradigma punitivo da modernidade: a passagem do suplício para pena de prisão.

“A história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou” (Noronha, 2000, p.20).

É importante deixar claro que não se tem aqui a pretensão de retratar o histórico evolutivo da pena como costumeiramente observa-se na maioria dos trabalhos acadêmicos e nos manuais de direito penal. Refere-se àquela história contada por fases – desde a vingança dos tempos antigos até a mais republicana das penas. Nada contra eles, pois esta forma de contar a história também tem sua utilidade. Por isso, repisa-se que o recorte temporal desta

pesquisa é o direito penal a partir da modernidade, sem desconectá-lo do meio social, político, econômico e cultural de sua época.

Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2007, p.29) argumenta que a história do direito penal costuma ser tratada, tradicionalmente, como um percurso contínuo de progresso jurídico-filosófico. De modo caricato, o jovem autor ilustra que:

o passado do direito penal é tratado como produto da ignorância e atraso das sociedades pré-iluministas; e que tão logo as idéias evoluíram, o direito penal acompanhou essa evolução e por isso ele é hoje produto de toda a sabedoria que acumulamos desde os tempos remotos. É como se vê uma concepção darwiniana de evolução do saber jurídico-penal: do direito penal *neandertal* ao direito *homo sapiens*.

E, mais adiante, alerta (2007, p.39):

A concepção do presente como progresso do passado despreza a riqueza jurídica das sociedades que nos precederam. Assim como nós criamos o direito em atenção à nossa realidade presente, as gerações passadas também assim o faziam. As sociedades antigas não são antecedentes simplificados das complexas sociedades modernas; elas também tinham – o que não implica serem elas mais atrasadas. Compreender o direito do passado é tomá-lo em sua própria conjuntura, e não encará-lo como um estágio embrionário do direito do presente.

Constatou-se que a modernidade, a partir do século XVI, provocou grandes mudanças no espírito humano. Negou-se o divino, e o homem, guiado pela razão, passou a ser o construtor do mundo. No entanto, os anseios e ideais da modernidade ocidental foram limitados logo quando ela desembocou na trajetória do capitalismo, componente que acelerou a racionalidade instrumental, fazendo o homem pensar que estava liberto e, ao mesmo tempo, oprimindo-o com maior vigor, condicionando-o a fortes regras de produção, técnica e rigor científico. Parecem inexistir limites para o aprimoramento de tais regras.

Assis e Pozzoli (2005, p.508) afirmam que a era moderna rompeu com as eras passadas, fazendo com que o direito, a moral, a ciência e a religião fossem vistos de modo autônomo. A sociedade moderna, por sua vez, regida sob a égide do capitalismo, também rompeu com seu passado, esquecendo ou negando as premissas que lhe deram origem, tais como: liberdade, igualdade e fraternidade.

Oswaldo Giacoia Junior (2005, p.136) aduz que os pensadores daquela época acreditavam que “a razão, com base na ciência e na técnica que dela decorre, poderia enfrentar e resolver com sucesso os mais importantes problemas humanos, de modo a garantir o domínio sobre as forças da natureza, assim como de realizar a justiça nas relações entre os homens”. E, realmente, os pensadores acreditavam também nos ideais do neófito direito penal liberal para equalização dos problemas da justiça penal.

É nesse período que ocorre a passagem do castigo – antes concebido como suplício (espetáculo público e teatral) – e, a partir de então, como condenações aos cárceres economicamente produtivos e politicamente discretos (Vera Andrade, 2003, p.196), caracterizando uma verdadeira transição do paradigma punitivo, ainda que com interesses velados.

Em tempos passados, a punição sempre foi marcada por sua violência, sendo a pena de morte utilizada com muita frequência. Eram comuns, durante a Idade Média e quase toda a Idade Moderna, as punições mais cruéis possíveis, pois nessas épocas não bastava expor o homem à dor física, era preciso também humilhá-lo. Michel Foucault (2005, p.09-42) afirma que esse modo de punição consistia em um direito do soberano, similar àquele de guerrear contra seus inimigos: o direito de espada, o poder absoluto de vida ou de morte de que tratava o direito romano ao se referir ao *merum imperium*. Era mais uma forma do soberano reafirmar

o seu poder – *deixar viver ou fazer morrer* –, bem retratada quando cita a condenação de *Damiens*:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e as partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Na Inglaterra, sob o império do estado absolutista, a pena de morte ainda persistiu por um longo período sendo a principal forma de punição:

No século XVIII havia na Inglaterra 313 ou 315 condutas capazes de levar alguém à forca, ao cadafalso, 315 casos punidos com a morte. Isso tornava o código penal, a lei penal, o sistema penal inglês do século XVIII um dos mais selvagens e sangrentos que a história das civilizações conheceu. (Foucault: 2003, p.80)

Segundo Assis e Pozzoli (2005, p.152), durante o predomínio do estado absolutista, o direito de punir identificava-se com o poder pessoal do soberano. O crime atingia tanto a vítima como o soberano pessoalmente, havendo a necessidade do suplício como uma cerimônia de reconstrução da soberania lesada. Era necessário marcar o corpo do condenado para reativar o poder.

Juarez Cirino do Santos (1981, p.50-51), sob influência do pensamento de Foucault, também descreve o suplício do corpo, como uma espécie de ritual público de dominação pelo

terror, devendo o povo ser chamado a testemunhar a vitória do soberano sobre o criminoso, o rebelde que ousou desafiar o poder.

Já se mencionou que a modernidade tem sua maior expressão no Iluminismo. O próprio Michel Foucault (2005, p.12-13) ressalta que as punições em forma de suplício começam a desaparecer e o espetáculo de horror começa a apresentar um cunho negativo, pois o rito algumas vezes superava a brutalidade do próprio crime, igualando-se o carrasco ao criminoso, os juízes aos assassinos e, contrariamente, o condenado a um objeto de piedade e admiração. Com a modernidade, a prioridade passa a ser o homem e não mais a divindade ou o Estado. Luis Flávio Gomes (2004, p.27) confirma que o movimento iluminista do século XVIII foi o coroamento do processo de humanização da pessoa humana (da civilização). Além de Cesare Bonesana (Marques de Beccaria) destacaram-se vários pensadores: Charles de Secondat (barão de La Brède Montesquieu), Jean-Jacques Rousseau, François-Marie Arouet (Voltaire), John Locke, Jeremy Bentham etc.

Foi para conter as agressões e injustiças praticadas pelo soberano em detrimento do indivíduo, que se fundou o direito penal moderno, tendo por base a defesa da liberdade individual e o respeito aos princípios da dignidade do homem. Não havia mais relação do direito com o divino. O crime já não era mais um pecado, mas sim algo que prejudicava a sociedade. Começavam então a surgir as seguintes preocupações: como lidar com aquele inimigo social, aquele que danificou a sociedade? Como reagir contra a infração praticada? Tais indagações deram origem a uma série de teorias que tentam justificar a finalidade da pena, como a teoria absoluta, relativa ou mista, já amplamente discutida pela academia e, que, por si só, poderiam ser objeto de um trabalho acadêmico específico.

Pode-se dizer que o direito penal liberal foi baseado numa igualdade total dos homens perante a lei penal, exprimindo efetivamente o pensamento do período ilustrado. Sergio Paulo Rouanet (1998, p.14) afirma que naquela ocasião o cosmopolitismo estóico e o conceito de fraternidade cristã foram levados às últimas conseqüências. Realmente, acreditava-se que todos os homens eram iguais, independentemente de fronteiras, culturas ou religiões.

Mas, enfim, diante de todas as transformações causadas pelo advento da modernidade, qual o modelo punitivo instalado a partir de então? A prática punitiva da modernidade configurou-se em prisão, especialmente a partir do século XIX, quando passou a ter maior destaque e aplicação. Isso não significa dizer que em tempos mais remotos nunca houve o aprisionamento ou algo parecido. O cárcere de uma forma ou de outra sempre existiu na civilização humana, muito embora não fosse utilizado como uma pena criminal puramente. A prisão situava-se em uma posição restrita e marginal no sistema punitivo. Michel Foucault (1997, p.28) esclarece que:

uma coisa é certa: a detenção, o encarceramento não faz parte do sistema penal europeu antes das grandes reformas dos anos 1780-1820. Os juristas do século XVIII são unânimes quanto a esse ponto: “a prisão não é vista como uma pena de acordo com nosso direito civil... por mais que os Príncipes, por razões de estado, se comportem muitas vezes de modo a infligir essa pena, trata-se de manifestações de autoridade, e a justiça ordinária não costuma usar esses tipos de condenações”. (Serpillon, Code criminel, 1767).

O crítico francês alerta que não se pode atribuir a pena de prisão aos reformadores. O próprio marquês de Beccaria (2003, p.58), combatente ferrenho dos suplícios, na sua obra “Dos delitos e das penas”, à época, já advertia:

Se a prisão é apenas um meio de deter um cidadão até que ele seja julgado culpado, como esse meio é aflitivo e cruel, deve-se, tanto quanto possível, suavizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão detido só deve ficar na prisão o tempo necessário para a instrução do processo; e os mais antigos detidos têm direito de ser julgados em primeiro lugar.

Para Michel Foucault (2003, p.98) a prisão que se generalizou como a grande punição do século XIX tem sua origem nas *Lettres de cachet*<sup>7</sup>, uma prática fora do âmbito penal que consistia na utilização do poder real pelo controle espontâneo dos grupos. Normalmente, o aprisionamento não tinha tempo definido e dependia da correção do indivíduo aprisionado (aprisionar para corrigir). Isso estaria fora dos ideais reformadores, fora da justiça, em “uma prática de controles sociais ou em um sistema de trocas entre a demanda do grupo e o exercício do poder”.

Em outra oportunidade, Michel Foucault (2003, p.83-84) menciona que o sistema de penalidade adotado pelas sociedades industriais em vias de formação fora totalmente diferente daquele idealizado por Beccaria, Brissot e outros reformadores do período ilustrado. E, mais uma vez, arremata: “A prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX como instituição de fato, quase sem justificação teórica”.

Ingenuamente, em especial, nos manuais de direito penal, tem-se que a prisão surgiu apenas como uma forma de humanização da pena. O que não pode ser simplesmente desconsiderado, por mais estranho que isso possa parecer, pois, ainda assim, a prisão seria uma punição bem mais suave do que as penas corporais até então dominantes na prática punitiva do passado. Este é o pensamento tradicional.

---

<sup>7</sup> Lettre-de-cachet não era uma lei ou um decreto, mas uma ordem do rei que concernia a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa.

Porém, há outras motivações para o surgimento ou fortalecimento da pena de prisão, devendo-se ressaltar que o direito penal é o ramo do direito que mais se aproxima da filosofia e da sociologia. E, para manter a coerência do trabalho, não há como apartá-lo do contexto político, social e econômico de uma determinada época. Assim, durante a consolidação do direito penal moderno, não se pode deixar de fazer referência às influências do capitalismo para sua formação. Cezar Roberto Bitencourt (2004, p.27-28) destaca os argumentos de Hans von Hentig e ainda complementa:

“os transtornos e mudanças socioeconômicas que se produziram com a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, e que tiveram sua expressão mais aguda nos séculos XV, XVI e XVII, tiveram como resultado a aparição de grande quantidade de pessoas que sofriam de uma pobreza extrema e que deviam dedicar-se à mendicância ou a praticar atos delituosos”. Houve um crescimento excessivo de delinquentes em todo o velho continente. A pena de morte caíra em desprestígio e não respondia mais aos anseios de justiça. Por razões penológicas era necessário procurar outras reações penais. “A pena privativa de liberdade – assinala – não tem uma longa história (...). Na segunda metade do século XVIII, o arco da pena de morte estava excessivamente tenso. Não tinha contido o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tampouco havia garantido a segurança das classes superiores. O pelourinho fracassava freqüentemente em se tratando de delitos leves ou de casos dignos de graça, uma vez que a publicidade da execução dava lugar mais à compaixão e à simpatia do que ao horror. O desterro das cidades e as penas corporais tinham contribuído para o desenvolvimento de um banditismo sumamente perigoso, que se estendia com a impetuosa rapidez quando as guerras e as revoluções haviam desacreditado e paralisado os velhos poderes. A pena privativa de liberdade foi a nova grande invenção social, intimidando sempre, corrigindo amiúde, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrotá-lo, no mínimo, cercá-lo entre muros. A crise da pena de morte encontrou aí o seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupava o seu lugar, [...].

O pensamento do autor permite destacar que o ingrediente sócio-econômico relaciona a pena de prisão com o capitalismo, o qual, tal como a pena de prisão, também não fora um fenômeno estritamente moderno, ou seja, não nasceu, pura e simplesmente, com a modernidade. Segundo Max Weber (2005, p.27), o capitalismo existiu em todos os países

civilizados do planeta, até onde a documentação econômica permite avaliar; isso na China, na Índia, na Babilônia, no Egito, na Antiguidade Mediterrânea e na Idade Média, tanto quanto nos tempos modernos.

No entanto, a racionalidade da era moderna imprimiu-lhe um novo caráter, priorizando-se excessivamente a técnica e os cálculos econômicos em detrimento do bem-estar do homem, o que foi decisivo para que o sonho do moderno-iluminista logo se tornasse um pesadelo. O referido sociólogo ainda assevera que o capitalismo moderno veio para dominar a vida econômica, educar e selecionar os sujeitos de quem precisa, mediante o processo de sobrevivência econômica do mais apto.

Sob essa perspectiva, é possível dizer que o direito penal moderno logo foi vilipendiado pelas intenções capitalistas, ou seja, desviando-se daqueles ideais iluministas, para não ser mais aplicado a todos os indivíduos indistintamente, mas sim para aqueles considerados excluídos pela classe dominante.

As mudanças ocasionadas pela produção capitalista acarretaram a concentração de bens de produção e o conseqüente aumento da população nas cidades. As pessoas pobres com a necessidade de emprego nas fábricas se sujeitavam a oferecer sua força de trabalho, apenas em troca de sustento. Mesmo assim, ainda havia excesso da oferta de mão-de-obra, crescia o desemprego e com ele a criminalidade, pois essa enorme quantia de gente sem atividade estava em contato físico com as novas riquezas (estoques, máquinas, matérias-primas etc.). A igualdade para todos os homens apregoada pela razão não existia, e ainda hoje não existe, fazendo com que o que nada tivesse pudesse oferecer a única coisa que possuía – o seu trabalho. Antes mesmo de Michel Foucault, esta linha de pensamento crítico (trabalho e pena)

foi reconhecida nos estudos de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, com a obra “Punição e estrutura social”<sup>8</sup>.

Atribui-se a generalização da prisão, de um modo especial, à nova forma assumida pela produção. A riqueza das nações passa a ser gerada pela mais-valia, cujo fenômeno foi muito bem capturado por Marx e, que, didaticamente, foi descrito por Leo Huberman (1986, p.219-220):

O sistema capitalista se ocupa da produção de artigos para a venda, isto é, de mercadorias.

O valor de uma mercadoria é determinado pelo tempo de trabalho socialmente encerrado na sua produção.

O trabalhador não possui os meios de produção (terras, ferramentas, fábricas, etc).

Para viver, ele tem que vender a única mercadoria de que é dono, sua força de trabalho que pertence ao capitalista.

(...) Os salários que lhe são pagos, portanto, serão iguais apenas ao necessário à sua manutenção.

Mas, esse total que recebe o trabalhador, pode produzir em parte de um dia de trabalho.

Isso significa que apenas parte do dia de trabalho o trabalhador estará trabalhando para si.

O resto do tempo estará trabalhando para o patrão.

A diferença entre o que o trabalhador recebe de salário e o valor da mercadoria que produz é a mais-valia.

A mais-valia fica com o empregador – o dono dos meios de produção. É a fonte do lucro, dos juros, das rendas – a renda das classes que são donas.

A mais-valia é a medida da exploração do trabalhador no sistema capitalista.

---

<sup>8</sup> Coleção Pensamento Criminológico. Obra Punição e Controle Social. Rusche, Georg e Kirchheimer, Otto. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

A partir das transformações da prática capitalista, observa-se que a riqueza advinda do lucro passa a depender da massa de trabalhadores e de sua força de trabalho. O homem, aliás, o seu corpo, passou a ser valorizado como foco gerador de riqueza. É preciso então fixar os operários ao aparelho de produção, onde quer que sejam necessários, no ritmo em que for preciso, para garantia da força do trabalho – um corpo concentrado, aplicado, ajustado ao tempo da produção e que ainda aceite um contrato social fundado em uma suposta igualdade, que, na verdade, nunca houve e nem seria possível existir.

É sob este ângulo que ganha importância o trabalho de Michel Foucault. Ele não se limita à concepção liberal e nem à visão marxista que reduz a prática punitiva apenas ao modo de produção capitalista. O filósofo francês aborda o aspecto da prisão como uma tática política de dominação – uma tecnologia de punição para criar corpos dóceis e úteis, atendendo aos interesses da nova sociedade. Em suas aulas no *Collège de France* o autor (1997, p.41) trata da sociedade punitiva e chega às seguintes conclusões:

1. [...] Foi um problema de corpo e de materialidade – uma questão de física – que proporcionou uma grande renovação da época: nova forma de materialidade tomada pelo aparelho de produção, novo tipo de contato entre esse aparelho e o que o fez funcionar; novas exigências impostas aos indivíduos como forças produtivas. A história da penalidade, no começo do século XIX, não diz respeito essencialmente a uma história das idéias morais; é um capítulo na história do corpo. [...] Pode-se compreender daí: que a prisão tenha se tornado a forma geral de punição e tenha substituído o suplício. O corpo não precisa mais ser marcado; deve ser adestrado, formado e reformado; seu tempo deve ser medido e plenamente utilizado; suas forças devem ser continuamente aplicadas ao trabalho. A forma-prisão da penalidade compreende à forma-salário do trabalho.

2. A transformação da penalidade não diz respeito unicamente a uma história dos corpos, mas, mais precisamente, a uma história das relações entre o poder político e os corpos, seu controle, sua sujeição, a maneira como esse poder se exerce direta ou indiretamente sobre eles, a maneira como são dobrados, fixados, utilizados por ele encontra-se no princípio da transformação estudada. Seria preciso escrever uma ‘Física’ do poder, e mostrar como ela foi modificada em relação às suas formas anteriores, no começo do século XIX, no momento do desenvolvimento das estruturas estatais.

Uma nova ótica, em primeiro lugar: órgão de vigilância generalizada e constante; tudo deve ser observado, visto, transmitido: organização de uma polícia, instituição de um sistema de arquivos (com fichas individuais), estabelecimento de um panoptismo.

Uma nova mecânica: isolamento e agrupamento dos indivíduos; localização dos corpos; utilização máxima das forças; controle e melhoramento do rendimento; em suma, estabelecimento de toda uma disciplina da vida, do tempo, das energias.

Uma nova fisiologia: definição das normas, exclusão e rejeição daquilo que não lhe for conforme, mecanismo de estabelecimento de normas por intervenções corretoras que são, de um modo ambíguo, terapêuticas e punitivas.

O panoptismo<sup>9</sup>, a disciplina e a normalização caracterizam esquematicamente essa nova investida do poder sobre os corpos, efetuada no século XIX. [...]

3. Nessa “física”, a delinquência desempenha um papel importante. Mas é preciso que se entenda o termo delinquência. Não se trata do delinquente, como um tipo de mutante psicológico e social, que seria o objeto da repressão penal. Por delinquência é preciso entender o duplo sistema penalidade-delinquente. A instituição penal, com a prisão no seu centro, fabrica uma categoria de indivíduos que entram num circuito junto com ela: a prisão não corrige, ela chama incessantemente os mesmos; ela constitui, pouco a pouco, uma população marginalizada, utilizada para fazer pressão sobre as irregularidades ou os ilegalismos que não se pode tolerar. [...]

Assis e Pozzoli (2005, p.154), fazendo referência à condição de criminoso e à pena, asseveram que:

O caráter corretivo da pena – não se mutila mais o criminoso – aparece também com o objetivo de aprimorar e adestrar a força de trabalho, tornando o criminoso mais dócil. Do ponto de vista do cálculo econômico, é mais rentável adestrar do que mutilar. Vale dizer, com a sociedade industrial desenvolve-se uma nova estratégia sobre o corpo humano, não mais para expô-lo ou mutilá-lo, mas para aprimorá-lo, recuperá-lo e adestrá-lo como força de trabalho imprescindível à produção capitalista.

Essa nova tendência no sentido de organizar uma sociedade disciplinada, conforme os interesses da nova classe dominante (a burguesia), já era manifesta no pensamento cartesiano, do qual se pode inferir a concepção do “homem-máquina” capaz de funcionar em harmonia com o

---

<sup>9</sup> O panoptismo funciona como uma espécie de laboratório de poder, utilizando-se de um sistema arquitetural que permite a total visibilidade dos submetidos. Um mecanismo de disciplina aplicado na construção de um novo tipo de sociedade, em penitenciárias, fábricas, escolas etc.

todo. Na obra de Descartes, o corpo humano e suas funções orgânicas são equiparados às funções de uma máquina.

A idéia de disciplina e de organização espalha-se por todo o tecido social, nessa trilha, o internato aparece como modelo exemplar de educação. A fábrica constitui-se como uma fortaleza, uma cidade fechada, um modelo de racionalização e de produtividade do trabalho. Surgem os quartéis como unidades fechadas e, conseqüentemente, todo um regime disciplinar rígido. Tem-se, pois, um estrito e eficaz controle da atividade, em que o horário, a disciplina, a ordem, a vigilância procuram constituir um tempo integralmente útil.

Assim sendo, a nova distribuição espacial dos homens (aglomerações em centros urbanos) e a distribuição das riquezas transformaram totalmente a forma de controle social antes muito vinculada à fé e ao divino. O poder muda de mãos – sai do clero e da nobreza e passa para a burguesia, a classe industrial, os proprietários, pois são eles que passam a ter o poder político e econômico, preocupando-se em impor um sistema de controle e de proteção próprio. Eles elegem o panóptico de Bentham como a forma ideal para protegerem seus bens, pois é preciso vigiar, controlar e corrigir aqueles que põem em risco a sociedade. Assim, a prisão em relação ao criminoso, torna-se o campo fértil para o exercício desse novo poder sobre a alma e os corpos dos indivíduos.

Esse é o contexto da sociedade contemporânea, a que Michel Foucault (2003, p.79) denomina por sociedade disciplinar. Desde então, a pena de prisão, tornou-se o paradigma dominante de punição, ou seja, a pena da modernidade e da sociedade capitalista.

É importante reafirmar, que foi a partir da modernidade, sob inspirações iluministas, que se aprofundaram os estudos do direito penal. Nesse tempo, surgiram as correntes filosóficas preocupadas não só em como justificar a sanção penal, mas também melhorar o combate à crescente criminalidade. Surgiram, então, as chamadas Escolas Penais.

### 3. O pensamento filosófico-jurídico penal dos tempos modernos: o surgimento das Escolas Penais.

Aníbal Bruno (2003, p.48) assinala que “os tempos modernos viram nascer essas correntes do pensamento filosófico-jurídico em matéria penal, as chamadas *Escolas Penais*, que se formaram e distinguiram-se uma das outras, como corpos de doutrina mais ou menos coerentes sobre os problemas em relação ao fenômeno do crime e, em particular, sobre os fundamentos e objetivos do sistema penal”. Nelas também está presente o caldo da cultura iluminista.

Embora não possam penetrar na dogmática, é indubitável que as *Escolas Penais* impulsionaram a moderna dogmática penal. Entre elas, destacaram-se a Escola Clássica e a Escola Positiva. A primeira, concebida por um conjunto de idéias, teorias políticas, filosóficas e jurídicas, sobre as principais questões penais, formada por pensadores iluministas que lutavam contra o Estado absolutista. Tem na obra de Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764)<sup>10</sup> o seu caminho aberto e, após vasta produção jurídica, pode ser sintetizada nos seguintes pressupostos:

- a) O crime resulta ser, essencialmente, um ente jurídico, segundo a fórmula de CARRARA. Não uma ação, mas uma infração; não um fato do homem, na sua realidade fenomênica, definido pelos fatores que o condicionem, nem no seu conceito criminoso como um ser natural, mas como um ser moral.
- b) Fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre-arbítrio, supondo sempre a existência de uma vontade inteligente e livre, o que torna fundamental no sistema a distinção entre imputáveis e inimputáveis.
- c) A pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível – o mal justo que se contrapõe à injustiça do mal praticado pelo agente.

---

<sup>10</sup> Idéia extraída do livro Direito Penal – Tomo I, de Aníbal Bruno (2003, p.49-55)

Além de Cesare Beccaria (1738-1794), outros renomados pensadores se alinharam a tal pensamento, como Jeremy Bentham (1748-1832), Gaetano Filangieri (1752-1788), Paul Johan Anselm von Feurbach, Giandomenico Romagnosi (1761-1835), Giovanni Carmignani (1768-1847) e, em especial, Francesco Carrara (1805-1888), considerado o grande líder da Escola Clássica.

Passados os problemas com o Estado Absoluto, com que tanto lutaram os defensores da Escola Clássica, muda-se o embate. Não seria mais tão necessário impor limites ao poder de punir, pois os ordenamentos já compreendiam sistematicamente as garantias dos direitos humanos, a nova luta passa a ser contra a criminalidade. Por força dessas mudanças práticas e científicas, surge a Escola Positiva, “no contexto de um acelerado desenvolvimento das ciências sociais (antropologia, psiquiatria, psicologia, sociologia, estatística etc).”<sup>11</sup>. Assim, pode-se dizer que a Escola Positiva consistiu no embrião da criminologia. Por essa corrente, o crime passou a ser objeto de investigação científica pelos psicólogos, psiquiatras, médicos de manicômios e prisões, observando-se a criminalidade, não em abstrato, mas em concreto, o homem criminoso. Segundo Aníbal Bruno (2003, p.67), os pensadores do positivismo criminológico tinham por base os seguintes pressupostos:

- a) fazer partir o Direito Penal da consideração do homem criminoso, na sua realidade biológica e social;
- b) tomar o crime como realidade fenomênica, fato do homem em sociedade, episódio de comportamento, condicionado por fatores antropológicos, físicos e sociais, e sobre essa concepção biológica e sociológica basear a sua concepção jurídica, sendo certo que o crime será sempre para o jurista uma infração do direito;
- c) basear a responsabilidade penal na responsabilidade social (Ferri), ou, conforme a mais recente orientação, na perigosidade criminal do agente, como critério segundo o qual não só se justifica, mas se especializa a sanção oposta ao crime;

---

<sup>11</sup> Extraído da obra Tratado de direito penal, de Cezar Bitencourt (2006, 68)

d) fazer da sanção anticriminal, não castigo de culpabilidade, segundo a antiga exigência de retribuição, mas instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela sua segregação, nos casos de desajustes invencíveis.

Não menos renomados são os defensores dessa corrente de pensamento, destacando-se Cesare Lombroso (1836-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Rafael Garofalo (1851-1934). Para eles, o delito não era um ente jurídico como defendiam os autores da Escola Clássica, mas um fato humano, que deveria ser estudado à luz da criminologia, ou mais precisamente, pela antropologia e sociologia.

Posteriormente, surgem as Escolas Ecléticas, procurando conciliar os extremos e as filosofias bem definidas pelas duas escolas anteriores. A primeira foi a Terceira escola (*Terza scuola*), também denominada Positivismo Crítico, tendo como defensores Aliena, Carnevale e Impallomeni. Roberto Lyra, *apud* Magalhães de Noronha (2003, p.39), aponta os fundamentos dessa corrente filosófica:

- a) respeito à personalidade do direito penal, que não pode ser absorvido pela sociologia criminal;
- b) inadmissibilidade do tipo criminal antropológico, fundando-se na causalidade e não-fatalidade do delito;
- c) reforma social como imperativo do Estado, na luta contra a criminalidade.

Outra corrente filosófica mista foi a denominada Escola Moderna Alemã, capitaneada pelo vienense Franz von Liszt (1851). Ela também recebeu outras denominações, como Positivismo crítico, Escola sociológica ou Escola de Política Criminal e teve, entre outros, discípulos de peso como M. E. Mayer e Radbruch. A moderna escola de Von Liszt

considerava o crime como um fato jurídico, mas não deixava de lado os aspectos humano e social, pois admitia a real influência de causas individuais e externas – físicas e sociais – com predominância das econômicas. Destacam-se suas principais características:

a) adoção do método lógico-abstrato e indutivo-experimental - o primeiro para o direito penal e o segundo para as demais ciências criminais (criminologia, sociologia, antropologia etc.);

b) distinção entre imputáveis e inimputáveis – o fundamento dessa distinção, contudo, não é o livre-arbítrio, mas a normalidade de determinação do indivíduo. O imputável – a pena. Para o perigoso, a medida de segurança;

c) o crime é concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico;

d) função finalística da pena – a sanção retributiva dos clássicos é substituída pela pena finalística, devendo ajustar-se à própria natureza do delinqüente;

e) eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração, dando início a política criminal liberal.

Grande importância teve para evolução do direito penal o pensamento introduzido pela Escola Alemã. Porém, em 1905 surge o chamado tecnicismo jurídico-penal, como forte reação às interferências de outras ciências no estudo do direito penal. Para Arturo Rocco, fundador da Escola Técnico-Jurídica, sendo o direito uma ciência normativa, outro não poderia ser seu método de estudo, senão o técnico-jurídico ou lógico-abstrato. Este pensamento influenciou o Código Penal italiano, o Código Penal brasileiro de 1940 e a doutrina penal de outros países. Cezar Roberto Bitencourt (2006, p.78) aponta seus principais pressupostos:

a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social;

b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), como função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis;

- c) a medida de segurança - preventiva – deve ser aplicável aos inimputáveis;
- d) responsabilidade moral (vontade livre);
- e) método técnico-jurídico;
- f) recusa o emprego da filosofia no campo penal.

Além de Arturo Rocco, destacaram-se outros adeptos dessa doutrina penal como Manzini, Massari e o alemão Karl Binding.

Posteriormente, a corrente de pensamento que mais se destacou foi a chamada Defesa Social, que apareceu no final do século XIX com a revolução positivista. Pretendia ela renovar os meios de combate à criminalidade, substituindo o direito penal por um direito de defesa social, consistente na adaptação do indivíduo à ordem social, destacando-se o belga Adolphe Prins e o italiano Felippo Grammatica. No entanto, segundo César Roberto Bitencourt (2006, p.80), somente com Marc Ancel, em 1954, surge a Nova Defesa social, marcando fortemente esse pensamento filosófico, como uma doutrina humanista de proteção social contra o crime, baseada nos seguintes princípios:

- a) – filosofia humanista, que prega a reação social objetivando a proteção do ser humano e garantia dos direitos do cidadão;
- b) – análise crítica do sistema existente e, se necessário, sua contestação;
- c) – valorização das ciências humanas, que são chamadas a contribuir, interdisciplinarmente, no estudo do problema criminal.

É claro que o pensamento do direito penal não se resume apenas às *Escolas Penais*, aqui destacadas, mas é certo dizer que, pelo menos, até meados do século XX, elas exerceram grande influência no direito penal vigente. No capítulo a seguir, será objeto de análise o padrão punitivo da modernidade brasileira, com as circunstâncias políticas e econômicas da época, bem como as influências das *Escolas Penais*, especialmente no momento histórico da consolidação do Código Penal de 1940 até a grande reforma penal da Parte Geral ocorrida em 1984.

#### 4. O modelo de punição da modernidade brasileira.

Pode-se afirmar que o descobrimento do Brasil e o advento da modernidade são praticamente contemporâneos. Nossa história jurídica, especialmente no campo penal, é muito recente, já “que as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o país em nada influíram, nem então, nem depois, sobre a nossa legislação penal”. (Aníbal Bruno, 2003, p. 97).

Por mais de 300 anos, até o fim do domínio das terras brasileiras pelos portugueses, vigeram em nosso país as chamadas Ordenações portuguesas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). Esta última foi bastante aplicada no período colonial do Brasil, destacando-se o Livro V em matéria penal, marcado por punições muito duras, com intimidação e terror, com morte mediante enforcamento, fogo, mutilações, açoites e confiscações de bens. Tal como *Damiens* citado por Michel Foucault, no Brasil, temos a punição imposta a Tiradentes, conforme relata René Ariel Dotti (1998, p.47-48):

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

Gilberto Giacoia (2001, p.107) assinala que as Ordenações ainda refletiam um modelo de justiça medieval, sendo o crime confundido com o pecado e a pena executada em forma de castigo, com requintes de crueldades. Adverte o referido autor que a morte era a pena comum e sua aplicação persistiu mesmo após a independência, até o advento do nosso primeiro Código Penal, em 1830.

Realmente, mesmo com o rompimento dos laços com a Coroa portuguesa em 1822, as Ordenações continuaram a ser aplicadas. No entanto, o Brasil não mais colônia, mas Império, logo sentiu a necessidade de editar suas próprias leis, pois havia muita repulsa em aceitar as regras de Portugal, que tiveram vigência até a proclamação da primeira Constituição brasileira (1824). A referida Carta constitucional sofreu grande influência do clima europeu da época, que ainda respirava os ares dos ideais iluministas e da Revolução Francesa, prevendo muitos princípios constitucionais de natureza penal, e procurando preservar alguns direitos e garantias dos cidadãos. Foi esta Constituição que em seu bojo determinou a

organização urgente de um código criminal “fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade<sup>12</sup>”.

O Código Criminal do Império veio a ser sancionado por D. Pedro I, em 16.12.1830, sendo considerado por muitos uma legislação de vanguarda. Logo foi prestigiado por juristas europeus, como belga Haus e o alemão Mittermayer, os quais segundo Aníbal Bruno (2003, p. 103) acabaram aprendendo português para lerem o homenageado texto sem tradução. Este diploma legal serviu de modelagem não só para o código espanhol de 1848, 1850 e 1870, como para vários códigos penais da América latina. Com ele não se aboliu totalmente a pena de morte, mas fez-se uma drástica redução em sua hipótese de incidência. Segundo René Ariel Dotti (1998, p.52), enquanto nas Ordenações Filipinas a pena de morte era cominada em mais de 70 (setenta) casos, o Código Imperial, por sua vez, previa apenas 03 (três) situações com a referida modalidade punitiva (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio).

A pesquisa até aqui desenvolvida, permite afirmar que o paradigma punitivo brasileiro começou a mudar a partir da Constituição de 1824, e com a edição do Código Criminal do Império em 1830. Aos poucos a punição através do suplício foi desaparecendo das práticas punitivas do nosso país. Mais tarde, sobreveio a proclamação da República e um novo código<sup>13</sup> foi preparado, sujeitando-se às severas críticas em face da rapidez com que foi elaborado e pelas várias falhas e lacunas apresentadas. Ele não veio com o brilho da legislação criminal do Império. Houve até quem lhe atribuisse o título de “o pior de todos os códigos conhecidos”<sup>14</sup>. No entanto, apesar das imperfeições anotadas ainda assim foram

---

<sup>12</sup> A Constituição brasileira de 1824, art. 179, n18 estabeleceu premissas para o novo regime punitivo.

<sup>13</sup> Código Penal de 1890, o primeiro Código Penal da República não foi tão feliz quanto seu antecessor conforme assinala Aníbal Bruno (2003, p. 104).

<sup>14</sup> João Monteiro, citado por Magalhães de Noronha (2003, p. 59)

produzidas modificações decorrentes da abolição da escravidão (1888), bem como abolição da pena de morte.

Diante de tantas críticas que recebeu, logo surgiu a idéia de ser realizada mais uma reforma penal. Porém, o país vivia conturbado momento histórico provocado por tensões políticas e econômicas, especialmente entre os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, na época da Primeira República. Primeiro foi a vez de João Vieira de Araújo (1893), professor da Universidade de Recife, que apresentou dois projetos, mas nenhum deles chegou até o fim. Em 1913, após provocação do então Ministro Esmeraldino Bandeira, veio o projeto apresentado por Galdino Siqueira, mas que também não foi adiante e nem objeto de consideração pelo parlamento. Entre os anos de 1927, 1928 e 1935 foi elaborado um projeto de Código Penal pelo Desembargador Virgílio de Sá Pereira, que fora aprovado pela Câmara, mas interrompida sua apreciação pelo Senado em face do Golpe de Estado, ocorrido em 10.11.1937<sup>15</sup>. Durante a era Vargas procura-se romper com o liberalismo instituído pela República Velha, substituindo-o por formas intervencionistas de governo e de Estado. Do outro lado do mundo, na Europa, assistia-se ao fortalecimento do fascismo e do nazismo, regimes considerados totalitários, que exerciam, naquele momento, grande influência sobre os governos da América Latina.

Se por um lado a Constituição de 1934 ainda mantinha um cunho liberal e social, com a formação do Estado Novo implantado pelo Governo Vargas, sobreveio uma Constituição (1937) com caráter extremamente fascista e autoritário, estabelecendo a total supremacia do Poder Executivo. A inversão da ordem política e da ideologia liberal provocou novas mudanças nas áreas da educação, cultura, economia, desenvolvimento e,

---

<sup>15</sup> Extraído da obra Manual de direito penal brasileiro – parte geral – I de Eugenio Raul Zaffaroni e Jose Henrique Pierangeli, (2005, p. 190-191)

conseqüentemente no campo do direito. Surge, então, a necessidade de um novo direito, conforme assinala Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2007, p.117):

Aos olhos dos juristas de Vargas, o direito da República Velha não servia adequadamente aos propósitos do novo regime, pois, construído em grande medida sobre bases liberais, resumia as relações entre Estado e cidadãos aos direitos dos últimos em face dos primeiros; faltava-lhe, portanto, a dimensão dos deveres dos cidadãos em face do Estado. Era necessário, assim, encontrar um equilíbrio ótimo entre esses direitos e deveres – justamente o que o governo tentou fazer a partir de 1937.

O referido autor ainda cita um trecho da entrevista de Getúlio Vargas ao periódico *Paris Soir*, em que se fala sobre a mudança de orientação em face do modelo político-administrativo imposto pelo Estado Novo.

“No regime atual, as relações entre o indivíduo e o Estado estão nitidamente definidas, num conjunto de direitos e deveres. Nem o indivíduo se opõe ao Estado, no velho conflito, que degenera frequentemente em agitações demagógicas, da concepção liberal clássica, nem o Estado o reduz à posição de escravo, segundo algum das fórmulas extremadas dos tempos modernos. Toda originalidade do Estado brasileiro reside na sábia dosagem de um sistema de direito e deveres recíprocos” (ibidem, 2007, p.118).

Sob efeito do novo Governo, o projeto de Código Penal elaborado por Sá Pereira já podia ser descartado, motivo pelo qual o Ministro da Justiça Francisco Campos, encarregou Alcântara Machado para elaborar um novo projeto, que sofreu forte influência do Código Rocco. A missão foi cumprida durante o ano de 1938, mas o projeto ainda foi submetido a uma comissão revisora, formada por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Viera Braga, além da colaboração de Costa e Silva. O projeto definitivo somente foi apresentado em 04 de novembro de 1940 e, no dia 07.12.1940, mediante o Decreto-Lei 2848, tornou-se o Código Penal.

É claro que o referido Código Penal de 1940, sendo constituído sob a égide da Constituição de 1937, fruto de um período marcado pelo autoritarismo no Brasil, mas que também recebia irradiações do momento histórico em que vivia o continente europeu, especialmente na Alemanha e Itália, não poderia deixar de ser bastante rigoroso, voltado à severa repressão. Pode-se constatar que através dele o paradigma punitivo da modernidade brasileira foi consolidado, ou seja, o modelo de punição geral passou a ser o da pena de prisão. Seja qual for sua espécie, reclusão, detenção ou prisão simples, observa-se nos textos legislativos, que a pena de prisão passou a ser a sanção de excelência, o centro da gravidade dos esquemas político-criminais no Brasil.

Apesar de ser elaborado em período constitucional considerado como um retrocesso, o Código não deixou de apresentar algumas virtudes, em especial, no aproveitamento equilibrado das mais modernas tendências penais daqueles últimos anos. Rica fonte para interpretação das regras estabelecidas pelo Código Penal de 1940 é a Exposição de Motivos firmada pelo Ministro Francisco Campos, estabelecendo as vigas mestras do novo ordenamento. Merece destaque a abertura de seu comentário sobre a parte geral (1980, p. 412):

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. Nele os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.

É por isso que Magalhães de Noronha (2003, p.62) sustenta que o Estatuto Penal de 1940 acende uma vela para Francesco Carrara, jurista representante da Escola Clássica,<sup>16</sup> e outra para Enrico Ferri, representante da Escola Positivista<sup>17</sup>.

Gilberto Giacóia (2001, p.112) destaca o caráter eclético do Código Penal de 1940, “por superar diferentes teorias entre as escolas penais e tendências daquela época, baseada principalmente nos Códigos Suíço e Italiano (Código Rocco – 1930), um direito penal com características fascistas, em vigor desde 1942 até os dias atuais, ainda que parcialmente reformado”.

O magistrado José Henrique Ursulino (2003, p.43), em sua dissertação de Mestrado, defendida no UNIVEM, apontou aspectos importantes dos dispositivos contidos no Código Penal de 1940;

- (a) respeito aos princípios da legalidade e da anterioridade;
- (b) retroatividade da lei posterior de efeitos mais benéficos para o agente;
- (c) previsão mais elaborada das causas de justificação do crime – legítima defesa própria e de terceiro, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito;
- (d) especificação bastante clara das circunstâncias caracterizadoras da inimputabilidade e da semi-imputabilidade;
- (e) divisão das penas em principais e acessórias, aquelas compostas pelas penas de reclusão, detenção e multa, e estas da perda da função pública, interdições de direitos e publicação da sentença;

---

<sup>16</sup> Escola clássica foi a denominação pejorativa dado pelos próprios positivistas à corrente de juristas ligados ao pensamento filosófico de orientação humanitária ou liberal em relação ao direito penal. O crime seria um ente jurídico (Magalhães de Noronha – 2003, p. 30).

<sup>17</sup> Escola positivista se dizia socialista. O direito era resultante da vida em sociedade e sujeito a variações no tempo e no espaço, consoante a lei da evolução. O crime não é um ente jurídico, mas sim um fato humano, oriundo de fatores individuais, físicos e morais. Enrico Ferri é o criador da sociologia criminal (Magalhães de Noronha – 2003, p. 36).

- (f) regulamentação mais objetiva das ações penais pública e privada.

Mas, passado o período ditatorial, o retorno da democracia foi concretizado com a edição da Carta Constitucional de 1946, ordem recheada de princípios fundamentais de justiça e de política social. As idéias que dominaram o cenário europeu e expandiram-se para outros países periféricos acabaram não mais se prevalecendo em face da derrota do nazi-facismo. Houve considerável avanço na esfera dos direitos e garantias individuais, pois a legislação pós-guerra foi caracterizada pela preocupação em tutelar as liberdades da pessoa humana, e limitar o poder punitivo do Estado.

No entanto, o Código Penal de 1940 continuava em vigência, apesar de a doutrina e a jurisprudência reconhecerem deficiências na execução das penas privativas de liberdade. Em 1963, Nelson Hungria apresentou novo projeto para substituição do Código Penal de 1940, mas, logo no ano seguinte, instalou-se rigorosa ditadura militar através do Golpe de 1964. O Congresso Nacional foi fechado, e iniciaram-se milhares de prisões e acusações por motivos políticos, fazendo com que alguns dos membros da comissão revisora do anteprojeto se desligassem da missão a que lhes fora incumbida. Somente em 1969, pelo governo militar, o diploma legal foi sancionado, mantendo-se a previsão de penas graves e medidas de segurança. Ironicamente, o Código Penal de 1969 foi derogado pela Lei 6578, de 11.10.1978 sem ter, por um dia, sequer estado vigente.

Não obstante certo avanço na proteção do indivíduo contra o Estado a partir da Constituição de 1946, René Ariel Dotti (1998, p.70) constata que as penas privativas de

liberdade foram mantidas por muito tempo como a espinha dorsal do sistema punitivo brasileiro. O referido autor ainda destaca (1998, p.72):

Pode-se afirmar que tal panorama se conserva até os dias presentes<sup>18</sup>. Ao longe de 40 anos mantém o nosso Código Penal a pena de prisão como a defesa avançada da sociedade. Aproximadamente 260 (duzentos e sessenta) infrações (sem contar as formas qualificadas e de especial diminuição ao penal) recebem a cominação de perda da liberdade, com maior número para a detenção. A multa é prevista cumulativamente em diversas situações e de modo alternado em numero menor de vezes.

Na Lei de Contravenções Penais existem 69 (sessenta e nove) tipos de ilicitude; a prisão simples é cominada 50 (cinquenta) vezes e a multa é prevista autonomamente, em 19 (dezenove) casos.

A mesma situação ocorre na legislação especial e extravagante.

Nenhuma garantia mais específica em torno dos direitos da pessoa presa foi estabelecida e a legislação não contém sanções adequadas a reprimir as violações.

Com o fim do regime militar, o clima torna-se bastante favorável para mais uma reforma penal, alcançando inclusive a elaboração de uma Lei de Execução Penal. Em 1980, foi institucionalizada a comissão de reforma da parte geral do Código Penal, com a participação de renomados professores e juristas, entre eles: Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Hélio da Fonseca. Em 1981, foram encaminhados ao Ministro da Justiça os anteprojetos que reformavam a parte geral do Código Penal, bem como o da Lei de Execução Penal, sendo submetidos à revisão que fora concluída somente no ano de 1982. Devidamente aprovados pelo congresso, na mesma data (11.07.1984) ambos foram convertidos em lei – a Lei 7209 (Código Penal) e a Lei 7210 (Lei de Execução Penal) –, entrando em vigor no dia 13.01.1985.

---

<sup>18</sup> A obra de René Ariel Dotti foi concebida originariamente como tese de Concurso para Professor Titular e com ela obteve a cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em 1980.

A Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, firmada pelo então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, procura dar novo sentido à prática punitiva em nosso país. É de suma importância para o presente trabalho destacar algumas diretrizes sobre as penas:

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

27. As críticas que em todos os países se tem feito à pena privativa de liberdade fundamentam-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 empregado 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 da aptidão para o trabalho.

28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma procura mundial de soluções alternativas para os infratores que não põem em risco a paz e a segurança da sociedade.

29. Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o Projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional de pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no Código Penal de 1940, é um quase nada jurídico.

[...]

40. Adota o projeto as penas restritivas de direitos, substitutivas da pena de prisão, consistentes em prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana, fixando o texto os requisitos e critérios norteadores da substituição.

Os novos textos legislativos, que posteriormente vieram, passaram a sinalizar o caminho para formação de um novo paradigma de punição no Brasil, pelo menos no campo teórico – especialmente em relação à adoção das penas alternativas. Tanto a reforma penal dos anos 80, como a Lei de Execução Penal (7210/84) reforçam a tentativa de mudança no panorama punitivo brasileiro, com importantes referências aos direitos do preso, previstas em tratados, convenções e códigos internacionais.

Topograficamente, poderia ser dada continuidade a retrospectiva legislativa do direito penal brasileiro positivado, pois outras importantes legislações, como a Lei 9714/98 (Penas Alternativas) sucederam-se, apontando para novas práticas punitivas. Porém, como foram editadas após a Constituição Federal de 1988, serão examinadas noutra parte do estudo, quando serão descritas todas as penas do sistema punitivo brasileiro, logo após a constitucionalização do direito penal e os princípios relativos à pena, que serão vistos a seguir.

## **PARTE II – CONSTITUCIONALISMO PENAL E AS SANÇÕES DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO.**

- 1. Constitucionalismo e direito penal: buscando limites para o poder punitivo do Estado Moderno.**
- 2. Os princípios constitucionais relativos à pena e sua execução.**
- 3. As sanções penais do atual sistema punitivo brasileiro: previsão legislativa**
- 4. Panorama sobre a execução das penas no Brasil.**

1. Constitucionalismo e direito penal: buscando limites para o poder punitivo do Estado Moderno.

São inegáveis as transformações decorrentes do advento da modernidade, e muito já foi dito sobre a mudança de paradigma – Deus perde o seu sentido medievo e o homem passa reger seus próprios interesses e decisões. Destarte, os indivíduos deixam de ser escravos da fé e se apegam a outra crença para solução de seus problemas – à razão. Surgem os Estados Modernos e com eles uma forte característica, consubstanciada na adoção de constituições escritas, objetivando limitar o poder estatal, muitas vezes, despótico, arbitrário e injusto. Luigi Ferrajoli (2006, p.327) anota que:

na formação dos modernos Estados constitucionais, o direito positivado foi influenciado pelo jus-naturalismo racionalista e iluminista. O princípio da igualdade, o do valor da pessoa humana, dos direitos civis e políticos e, ademais, quase todas as garantias penais e processuais de liberdade e de certeza foram consagrados nas modernas Constituições.

No constitucionalismo moderno podem ser destacados dois grandes acontecimentos: a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, após a independência das 13 Colônias americanas, e a da França em 1791, depois da Revolução Francesa (1789), ambas marcadas pela organização do Estado e pela limitação do poder estatal, através da previsão de direitos e garantias fundamentais. Aliás, aqui, mais uma vez, deve ser reconhecida a importância que teve o pensamento filosófico do período Ilustrado no combate ao Estado absolutista e, conseqüentemente, na elaboração das novas constituições e preceitos do direito penal moderno.

De forma clara e precisa, Rodrigo C. Rebello Pinho (2007, p.10) descreve o conteúdo normativo que deve estar presente na Lei Maior:

A Constituição é a lei fundamental de organização do Estado, ao estruturar e delimitar os seus poderes políticos. Dispõe sobre os principais aspectos da sua estrutura. Trata das formas de Estado e de governo, do sistema de governo, do modo de aquisição, exercício e perda do poder político e dos principais postulados da ordem econômica e social. **Estabelece os limites da atuação do Estado, ao assegurar respeito aos direitos individuais. O Estado, assim como seus agentes, não possui poderes ilimitados.** (grifo nosso)

É importante deixar claro que a constitucionalização do direito penal não se originou de ato único e isolado, no tempo e no espaço, mas sim de um longo processo evolutivo histórico, político, econômico e social, muito próprio dos Estados Modernos. Inevitavelmente, as constituições modernas passaram a apresentar princípios e regras ligados ao direito penal, condicionando o poder punitivo do Estado. Afinal, o direito penal pensado pela modernidade, antes de servir a qualquer outro propósito, deveria, ao menos em tese, conter as injustiças e práticas punitivas excessivamente violentas do Antigo regime.

Penalistas como Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p.119) assinalam que:

a relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

Logo, a Constituição Federal, além de consistir no padrão de validade das normas penais, pois estas devem estar em consonância com a Lei Maior no sentido bem kelseniano, limita o poder punitivo do Estado.

Assim, diante do estreito elo que une esses dois ramos do direito<sup>19</sup>, torna-se imprescindível, antes de qualquer crítica em relação às penas aplicadas no Brasil, conhecer melhor o arcabouço jurídico-penal ora vigente em nosso país, a partir de sua mais recente Constituição – promulgada em 05 de outubro de 1988. Nem por isso, serão ignoradas as constituições que a antecederam, uma vez que todas elas, de uma forma ou de outra, sempre dispuseram de preceitos de ordem penal, especialmente sobre os tipos de sanções penais não admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo precisos limites ao poder punitivo do Estado. A justa retrospectiva será breve, sem a pretensão de realizar profundo estudo comparativo das cartas constitucionais brasileiras.

Começa-se a partir da primeira Constituição, promulgada ainda na época do Império e recheada dos ideais liberais que ardiavam em toda a Europa. Pode-se verificar que na Constituição de 1824 já havia dispositivo relativo ao princípio da igualdade (art. 179, XIII),

---

<sup>19</sup> O direito constitucional e o direito penal.

livre expressão do pensamento (art. 179, IV), e liberdade de religião (art. 5 e 179 V). Sobre sanção penal, especificamente, o art. 179, inciso XX, vedava o confisco de bens, bem como a impossibilidade da pena passar da pessoa do delinqüente.

Em 1891, com a primeira Carta republicana, aboliam-se a pena de galés, de banimento e a pena de morte, ressalvadas as disposições militares (art. 72 §§ 20 e 21 da CF/1891). Em 1934, as penas de caráter perpétuo é que não foram admitidas (art.113, 29 da CF/1934). Em 1937, sob um governo autoritário, houve um retrocesso em relação à pena de morte, mas, mesmo assim, garantiu-se o princípio da não retroatividade da lei penal (art. 122, 12 da CF/1937). Em 1946, apesar de ser considerada uma Constituição democrática, estipulou-se que a lei poderia dispor sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (art. 141 § 31 da CF/1946). As constituições de 1967 e 1969 também mantiveram disposições semelhantes (arts. 150, § 11 e 153, § 11) sobre as penas, apesar de serem elaboradas durante o regime militar<sup>20</sup>.

Feito justiça aos ordenamentos constitucionais do passado, merece agora registro a Carta Magna de 1988, pois foi ela que deu maior destaque aos direitos fundamentais<sup>21</sup>, marcando, pela primeira vez, de modo expresso, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, inciso III, da CF/1988). Este princípio, por sua vez, constitui o sustentáculo jurídico, a estrutura de todos os demais direitos fundamentais perseguidos pelo Estado, independentemente do *status* do indivíduo. É uma

---

<sup>20</sup> Retrospectiva das constituições a respeito das penas não admitidas em nosso direito foi retirada do quadro comparativo da obra Teoria Constitucional Moderno-Contemporânea e a Positivização dos Direitos Humanos nas constituições brasileiras. Pilau, Newton César. Passo Fundo: UPF, 2003.

<sup>21</sup> Vide o art. 5º da CF/1988.

espécie de fio condutor dos direitos fundamentais, devendo nortear toda e qualquer interpretação jurídica<sup>22</sup>. Eis o preceito descrito:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania

II – a cidadania

III – **a dignidade da pessoa humana** (grifo nosso)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

V – o pluralismo político

O professor Oscar Vilhena Vieira (2006, p.63) observa que “a expressão não volta mais a aparecer no texto como direito subjetivo expressamente reconhecido”. Prossegue ainda dizendo:

Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. Nesse sentido a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988.

É muito difícil estabelecer uma definição precisa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Mesmo ciente de tão dura missão, Ingo Wolfgang Sarlet ousou em propor uma conceituação sobre o que vem a ser dignidade da pessoa humana. Diz o autor (2006, p.60):

---

<sup>22</sup> Expressão fio condutor foi extraída da introdução da obra: o direito à vida digna, sob a coordenação de Carmem Lucia Antunes Rocha.

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como lhe venham garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Realmente, a dignidade da pessoa humana compreende a conjugação de vários direitos fundamentais. De certa forma, unifica todos os direitos e garantias previstas na constituição, legitimando os direitos fundamentais. Assim, dada a sua relevância constitucional, o princípio que visa garantir condições básicas para um viver humano digno impõe ao Estado o dever de viabilizar e concretizar os direitos fundamentais do cidadão. É preciso sempre recordar que o Estado existe em função das pessoas; e não estas em função daquele.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja incidência não se limita às questões penais, a Lei Maior prevê uma série de outros dispositivos pertinentes à matéria penal, delineando o sistema punitivo brasileiro, com regras e princípios norteadores para melhor elaboração, aplicação e execução das sanções penais.

Os incisos XLVI e XLVII do artigo 5º da CF/88 permitem visualizar quais são as penas admitidas e as não admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro:

**XLVI** – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) – privação ou restrição de liberdade;
- b) – perda de bens;
- c) – multa;
- d) – prestação social alternativa;
- e) – suspensão ou interdição de direitos;

**XLVII** – não haverá penas:

- a) – de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art. 84, XIX;
- b) – de caráter perpétuo;
- c) – de trabalhos forçados;
- d) – de banimento;
- e) – cruéis.

Os dois dispositivos constitucionais evidenciam claramente limites ao poder do Estado na escolha de suas práticas punitivas. Será visto mais adiante que as penas previstas na legislação ordinária brasileira, mais precisamente aquelas estabelecidas no Código Penal de 1940, mesmo confeccionadas em período pouco democrático de nossa história<sup>23</sup>, foram, em grande maioria, recepcionadas pela ordem constitucional ora vigente. Note-se que o inciso XLVII, do referido artigo, além de vedar expressamente a pena de morte<sup>24</sup>, determina que as novas formas de punição não sejam de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou de crueldade. Tais preceitos, aliados aos princípios que se verá a seguir, demonstram o firme propósito de estreitar o poder e o livre-arbítrio do legislador no momento da criação de outras sanções penais.

---

<sup>23</sup> Foi no período denominado por Estado Novo da era Vargas, sob a vigência da Constituição Polaca.

<sup>24</sup> Veda a pena de morte, ressalvada a exceção em caso de guerra.

## 2. Os princípios constitucionais relativos à pena e sua execução.

Para Guilherme de Souza Nucci (2005, p.25), “princípio, no sentido jurídico, significa uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando o alicerce para interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo”. Assim, os princípios jurídicos servem para facilitar o estudo e a análise de certos fundamentos estanques do direito, balizando não só o procedimento do legislador, mas também do magistrado, do promotor de justiça e de todos operadores do direito<sup>25</sup>. São eles que acabam limitando e inspirando os intérpretes da lei e da própria doutrina.

Por sua vez, os princípios penais constitucionais, além do conteúdo acima descrito por Nucci, constituem limitações ao poder punitivo do Estado. São princípios garantidores, característicos do Estado Liberal, relacionados às garantias humanas fundamentais e às regras entre o sujeito e o Estado no âmbito penal.

Sem a pretensão de esgotar todos os preceitos constitucionais, permitem-se destacar apenas os princípios relativos à pena com maior relevância para o direito penal pátrio. São eles: da legalidade, da personalidade, da individualização, da humanidade, da proporcionalidade e da culpabilidade.

### 2.1 - Princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88 – art. 1º do CP)

*Nullum crimen, nulla poena sine praevia legem* (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) - esta expressão foi cunhada por Paul Anselm

---

<sup>25</sup> Extraído da obra Introdução ao Estudo do Direito Penal por Sirvinskas (2003, p.90).

Von Fierbach no início do século XIX. O princípio da legalidade constitui verdadeira garantia para o indivíduo, uma vez que limita com clareza o poder punitivo do Estado. Para Sergio Salomão Shecaira (2002, p.70) e boa parte da doutrina contemporânea, o princípio da legalidade engloba os seguintes princípios: o da reserva legal, o da anterioridade e o da taxatividade.

O princípio da reserva legal deve ser entendido como exigência de lei para definir condutas criminosas ou impor sanções penais. Somente as leis – escritas e abstratas – é que podem prescrever crimes e cominar sanções. É de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas” (2003, p.23 – grifo nosso) importante lição a esse respeito e ainda bastante válida para os dias atuais:

[...] **é que só as leis podem fixar as penas** de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode, com justiça, infligir a outro membro dessa sociedade **uma pena que não seja estatuída pela lei**; e, no momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

O princípio da anterioridade (art. 5º, XL, da CF/88 – art. 2, do CP) também é conhecido por irretroatividade da lei penal. Este princípio, que integra as garantias do princípio da legalidade, assegura que o cidadão não pode vir a ser punido por sua conduta mediante uma lei posterior que venha a considerá-la como crime, bem como não pode ter agravada sua pena por uma previsão futura. Por outro lado, tanto o dispositivo constitucional quanto o parágrafo único do art. 2º do Código Penal fazem ressalva que a norma posterior

poderá retroagir para beneficiar o agente, ou seja, a lei mais benéfica pode voltar no tempo se for para favorecer o réu.

O princípio da taxatividade também é denominado por princípio da determinação ou determinação taxativa, constituindo uma garantia ao cidadão na medida em que ele precisa saber exatamente o crime e a respectiva pena que lhe é imputada para poder melhor se defender<sup>26</sup>. Logo, as normas penais devem ser claras e objetivas, devendo ser evitadas formulações vagas e imprecisas. Do contrário, nada adiantaria a anterioridade da lei se ela não fosse certa e precisa, pois o cidadão novamente estaria exposto ao arbítrio judiciário tão subserviente no Estado Absoluto. Aliás, esta é uma preocupação que o legislador penal sempre deve ter, quando da elaboração de normas incriminadoras e das respectivas sanções penais, evitando a edição de normas penais abertas e que possam dar azo ao subjetivismo judicial. É preciso ter muita cautela, pois, quanto mais imprecisão houver na descrição penal, menor será a limitação do poder estatal de punir e, conseqüentemente, menor será ainda a garantia do cidadão.

## 2.2 – Princípio da personalidade (art. 5º, XLV, da CF/88).

Também conhecido por princípio da pessoalidade ou responsabilidade pessoal, mereceu lugar de destaque no texto constitucional, asseverando que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Embora exista polêmica quanto à referida extensão, não se

---

<sup>26</sup> Extraído da obra Introdução ao Estudo do Direito Penal por Sirvinskas (2003, p.109).

vislumbra qualquer incongruência na segunda parte da norma. A propósito, Sergio Salomão Shecaira (2003, p. 81) anota que:

A reparação do dano não se confunde com o pagamento da pena pecuniária, pois aquela não está contida no rol das sanções penais, não sendo então uma pena, mas sim efeito da condenação (art. 91, I, do CP). [...] Tais conseqüências da condenação, uma vez impostas e não possuindo a natureza de sanção penal, transmite-se, aliás, como reza o mandamento constitucional, aos sucessores do condenado até o limite do patrimônio transferido. [...] O legislador constituinte não abriu exceções ao princípio da personalidade, mas sim ressaltou as hipóteses dos efeitos da condenação que, por não possuírem natureza de pena criminal, e por visarem a finalidade diversas (reparação à vítima e apreensão de objetos ilícitos) das finalidades atribuídas às penas, podem atingir o patrimônio transferido aos herdeiros do condenado.

Em síntese, a pena deve ser aplicada tão somente àquele que praticou o delito, não podendo ser responsabilizados pelo crime os membros da família do agente delituoso ou qualquer outro parente como acontecia costumeiramente em tempos remotos. Repisa-se que o princípio da personalidade encontra-se no ordenamento constitucional brasileiro desde sua primeira Carta em 1824.

### 2.3 – Princípio da individualização (art. 5º, XLVI, da CF/88)

Segundo Luiz Luisi (2003, p. 52), por individualização da pena, deve-se entender o processo para – segundo a límpida e notória frase de Nelson Hungria – “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”. Este princípio visa à aplicação da pena na exata medida da personalidade do criminoso, pois se viu, anteriormente, que o magistrado não pode aplicar a lei (sanção) a seu bel-prazer, sendo necessário estar balizado por parâmetros legais previamente definidos - espécie e quantidade da pena.

O professor gaúcho ainda esclarece que o processo de individualização se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo.

Vejam-se:

Na primeira etapa através da lei – que fixa pra cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais a importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa. [...] Também prevê as espécies de pena e muitas vezes as prevê de forma alternativa, e mesmo, em outras ocasiões dispõe da sua aplicação cumulada. Em outros textos normativos viabiliza as substituições da pena geralmente as mais graves por espécies mais atenuadas. [...]

O segundo momento é o da individualização judiciária. Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.

[...]

Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. [...] Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização executória.

Assim sendo, individualizar, quer dizer especializar, particularizar, caracterizar, distinguir. É exatamente o que deve ser feito para o sentenciado quando da aplicação e execução de sua pena, tornando-o único. Nesse sentido são os argumentos de Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 31):

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

É por isso que o princípio da determinação a que se refere não pode aqui ser levado ao extremo, sendo imprescindível a presença do magistrado para que, em atividade discricionária vinculada,<sup>27</sup> possa estabelecer e fazer cumprir mais adequadamente a pena a ser imposta ao réu. Não se pode perder de vista que a aplicação da pena incide diretamente no homem, não ao contrário, abstrata e destinada a algo sem vida.

Logo, além dos parâmetros mínimo e máximo da quantidade da pena prevista para determinada infração, o julgador deve observar o que dispõe o art. 59 do Código Penal<sup>28</sup>, que apesar de conter elementos subjetivos e imprecisos, não constitui violação aos princípios do Estado Democrático de Direito, pois suas considerações precisam ser suficientemente fundamentadas conforme determina a Lei Maior (art. 93, IX, da CF/88). Infelizmente, não prática, esta devida fundamentação muitas vezes não ocorre, uma vez que nem todos os magistrados têm suficiente capacidade de fundamentação.

### 2.3 – Princípio da Humanidade

Já se mencionou que a Constituição Federal de 1988 deu maior relevo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). A tutela da pessoa humana é prioridade do Estado Democrático de Direito, portanto, nem mesmo o condenado perde sua condição de dignidade, devendo ser preservados todos seus direitos fundamentais que não atingidos pela condenação.

---

<sup>27</sup> A expressão em atividade discricionária vinculada é no sentido dado por Luiz Luisi - os princípios constitucionais penais, 2003.

<sup>28</sup> Art. 59, do CP – 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, dentro dos limites previstos; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Aludindo aos magistérios de Hans Heinrich Jescheck e do argentino Zaffaroni, Luiz Luisi (2003, p.46) argumenta que o princípio da humanidade é o postulado reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade e consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana.

Além das vedações contidas no inciso XLVII, do artigo 5º da CF/88, existem outros dispositivos constitucionais que revelam a importância desse princípio para o ordenamento jurídico nacional. O inciso XLIX, do mesmo artigo, por exemplo, assegura aos presos o respeito à integridade física e à moral. O inciso L, por sua vez, dirige-se às presidiárias, assegurando-lhes condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

É importante anotar que o referido princípio merece atenção tanto na fase de elaboração legislativa das sanções penais, uma vez que elas não podem apresentar aquelas características de crueldade, como também durante a fase de execução, por haver a necessidade de serem preservadas as condições de dignidade e respeito ao condenado. Aliás, aqui é o momento que o postulado deve ser mais exigido, devendo, por certo, estar conectado com o princípio da individualização da pena.

A individualização da pena encontra vínculo com o **princípio da humanidade**, especialmente no que concerne à individualização executória da sanção penal, pois não é segredo que as condições carcerárias no Brasil, são, em grande parte, deixadas ao abandono, gerando estabelecimentos infectos e lotados, sem qualquer salubridade, o que, na prática, não deixa de se configurar em autêntica crueldade. Cabe, pois, ao juiz da execução penal **zelar para que o cumprimento da pena se faça de modo humanizado**, podendo os excessos causados pelas indevidas medidas tomadas por ocupantes de cargos no Poder Executivo, encarregado de construir e administrar presídios.

Enquanto forem indispensáveis as penas privativas de liberdade, o que é realidade incontestemente atualmente, deve-se buscar, ao menos, garantir

condições dignas de sobrevivência no cárcere, não significando isso a manutenção, ao condenado, de um padrão de vida superior ao cidadão honesto que está fora do presídio, mas, em verdade, que possa deter seu *status* de pessoa humana, o que não ocorrerá se **o princípio da humanidade** ficar apenas na letra fria do papel da lei e da própria Constituição (Souza Nucci, 2005, p. 45 – grifo nosso)

#### 2.4 – Princípio da proporcionalidade

Embora se tenha notícia da proporcionalidade em tempos passados (Lei Talião), este postulado teve ampliado seu destaque e os contornos atuais somente após o movimento ocorrido no Século das Luzes. Este princípio, também denominado por princípio da razoabilidade ou da proibição de excesso, não consta de dispositivo constitucional expreso, sendo extraído do sistema de preceitos contidos na Lei Maior, o que não diminui sua importância para o direito e, especificamente, para o direito penal.

Semelhantemente ao princípio da individualização, o princípio da proporcionalidade deve ser observado em três momentos distintos: no momento legislativo de cominação da sanção penal, oportunidade em que o legislador deve considerar a conduta que está tipificando, e cominar uma pena proporcional à gravidade do delito; no momento judicial de aplicação da pena em concreto, pois o juiz deve considerar a conduta efetivamente praticada pelo agente e aplicar uma pena proporcional à gravidade objetiva do ato praticado; e, por último, no momento da execução da pena, relacionando-se com a determinação da duração da pena.

No entanto, estabelecer a proporcionalidade entre a pena e o delito não constitui tarefa fácil ou simplesmente matemática. O mestre italiano, Cesare Bonesana (2003, p.48/49), na sua clássica obra já advertia:

Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

[...]

Em primeiro lugar, é muito difícil estabelecer uma justa proporção entre os delitos e as penas; porque, embora uma crueldade industriosa tenha multiplicado as espécies de tormentos, nenhum suplício pode ultrapassar o último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e a organização do corpo do homem. Além desses limites, se surgirem crimes mais hediondos, onde se encontrarão penas bastante cruéis?

Com acerto, sintetizou Luiz Flávio Gomes (2004, p.119), no sentido de que toda intervenção penal somente se justifica quando adequada ao fim a que se propõe. Necessária (a menos onerosa possível), proporcional e equilibrada, na medida ou pena a ser aplicada, impondo-se um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade e o fim perseguido pela punição.

## 2.5 – Princípio da culpabilidade

Cesare Bonesana, expoente do período Ilustrado, já fazia o alerta de que o dano causado pelo crime e não a vontade do sujeito é que deveria ter maior significação:

“Erram”, escreveu o Marques italiano, - “os que acreditam que a verdadeira medida do delito deve ser a intenção de quem o comete”. E sustenta: “algumas vezes os homens com a melhor intenção fazem um grande mal à sociedade; e algumas vezes com mais torpe vontade lhe fazem o maior bem”. E ainda: “a verdade do delito está no dano, causado à sociedade”.

Não obstante sua relevância para o direito penal, o referido postulado também não se encontra de forma expressa na Constituição Federal. Ele acaba refletindo diretamente na

fixação da pena, pois o sujeito somente pode responder pelo delito se praticado com dolo ou culpa. É o que diz o brocardo latino *nullum crimen sine culpa*, ou seja, não há crime sem culpa. Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes (2004, p.119) assevera que o princípio da culpabilidade significa que “não há pena sem culpabilidade e que está proibida a responsabilidade penal de quem não podia agir de modo diverso”.

Por fim, resume César Roberto Bitencourt (2006, p.20): o princípio da culpabilidade implica ao menos três conseqüências: “a) – não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) – a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) – a culpabilidade é a medida da pena”.

É importante afirmar que todos os princípios aqui analisados, por se referirem aos direitos fundamentais democráticos e individuais, têm eficácia plena e aplicação imediata. José Afonso da Silva (1998, p.101) esclarece que as referidas normas constitucionais incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa e possuem aplicabilidade imediata, porque dotadas são de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade.

A seguir, o trabalho revela-se acentuadamente dogmático, pois serão descritas as penas positivadas na legislação penal ora vigente. O Código Penal de 1940, com a reforma de 1984, e as alterações resultantes da Lei 9714/98, que ampliou a aplicação das penas restritivas de direitos.

### 3. As sanções penais do atual sistema punitivo brasileiro: previsão legislativa.

Nos capítulos anteriores, pôde-se constatar a relação entre o direito constitucional e o direito penal. Não há dúvida quanto à importância da CF/88, como ordem jurídica suprema, na definição dos parâmetros do direito penal pátrio. Ela estabeleceu não só os vários princípios, como também outras modalidades punitivas (**art. 5º, XLVI**). É importante destacar que o dispositivo constitucional que se refere aos tipos de sanção não se exaure, tendo efeito meramente exemplificativo. Nada obsta o surgimento de novas modalidades punitivas, porém é preciso que seja observado o preceito previsto no art. 5º, inciso **XLVII**, da CF/88.

O Código Penal brasileiro, sem detrimento das leis penais extravagantes, contém a principal norma infraconstitucional responsável pela tarefa de prescrever os tipos penais, definir sanções e estabelecer outras regras para sua correta aplicação. Por isso, será objeto primeiro de exame o art. 32 do CP:

**Art. 32** – As penas são:

I – privativa de liberdade;

II – restritivas de direitos;

III – multa.

#### 3.1 - A pena privativa de liberdade: espécies e regras de aplicação positivadas na legislação.

Esta é a pena que se conhece como pena de prisão. Na primeira parte do trabalho, fez-se uma retrospectiva crítica sobre o seu surgimento, como se tornou o paradigma punitivo da modernidade. Objetivamente, a pena de prisão restringe ou impede a liberdade do indivíduo

condenado, fazendo com que ele permaneça em um estabelecimento prisional por um determinado tempo imposto por sentença judicial. É a modalidade punitiva, até bem pouco tempo atrás, mais utilizada pelo legislador brasileiro e sempre vem expressa no preceito secundário da norma.

O Código Penal prevê a existência de duas espécies da pena privativa de liberdade: reclusão e detenção. Mencione-se ainda uma terceira modalidade de pena privativa de liberdade, conhecida por prisão simples, prevista apenas na Lei de contravenções penais (artigo 5º, do Decreto-Lei 3688, de 3 de outubro de 1941)<sup>29</sup>. Aparentemente, do ponto de vista material, não há diferença alguma entre elas, pois todas consistem no aprisionamento. No entanto, extraem-se da própria legislação conseqüências práticas que acabam interferindo no rigor prisional a que estará sujeito o condenado. São as diferenças quanto aos regimes iniciais de cumprimento da pena e ao potencial ofensivo do crime, ao cabimento em relação às medidas de segurança, às hipóteses referentes à perda do pátrio-poder, tutela ou curatela, arbitramento de fiança e outras.

### 3.1.1. Os regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade.

O artigo 33 do Código Penal estabelece que somente as penas de reclusão poderão ser cumpridas em regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto que as de detenção devem ser cumpridas em regime semi-aberto ou aberto, excetuando-se hipótese em que seja necessária a transferência para o regime fechado. Isso porque pode ocorrer alguma situação em que o agente pratica um delito apenado com detenção e, no entanto, suas condições pessoais e circunstâncias não autorizam sua permanência em regime mais brando.

---

<sup>29</sup> Guilherme Souza Nucci, além das penas de reclusão e detenção, elenca a prisão simples destinada às contravenções penais.

No parágrafo primeiro do artigo 33, o legislador define os regimes de cumprimento da pena:

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

No segundo parágrafo, dispõe sobre o sistema progressivo da execução da pena privativa de liberdade, e impõe parâmetros ao juiz para fixação da pena:

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado.
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o principio , cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

No regime fechado, o condenado deve ser submetido a exame criminológico<sup>30</sup>, cujo objetivo é auxiliar na individualização da execução da pena. Fica sujeito ao trabalho durante o dia, em comum e dentro do estabelecimento prisional, de acordo com suas aptidões e

---

<sup>30</sup> Segundo Helio Tornaghi, o exame criminológico consiste na perquirição dos precedentes pessoais e familiares do condenado, sob os aspectos físico, psíquico, moral e ambiental, para obtenção de informações reveladoras de sua personalidade – Instituições de Processo Penal, 2 Ed. São Paulo, Saraiva, 1977, p.63.

ocupações anteriores. Durante a noite deve ficar isolado. O trabalho externo somente é permitido em serviços ou obras públicas (artigo 34 e §§ do CP).

No regime semi-aberto, o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o dia em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Permite-se o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes de instrução, segundo grau ou superior (art. 35 e §§ do CP).

O regime aberto, o mais brando entre os previstos na lei, baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Fora de estabelecimento prisional, e sem qualquer vigilância, o condenado deve trabalhar e freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. Se vier a praticar um crime doloso, descumprir os fins da execução da pena, ou não pagar a multa cumulativamente aplicada, ele será transferido de regime (artigo 36 e §§ do CP).

Sobre a progressão de regime, estabelece a Lei de Execução Penal, no seu artigo 112 *caput*, o seguinte<sup>31</sup>:

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

Por conseguinte, para a dita progressão são necessários dois requisitos, um objetivo (1/6 da pena) e o outro subjetivo (mérito do condenado). Recentemente, foi criado pela Lei nº

---

<sup>31</sup> A lei 11464/07, alterou o art. 2 da Lei 8072/90, permitindo expressamente a progressão de regime no caso de crime hediondo – cumprindo o requisito objetivo 2/5 para réus primários e 3/5 para réus reincidentes.

10792, de 1º de dezembro de 2003, o regime disciplinar diferenciado, denominado RDD. No entanto, ele não constitui propriamente um regime de cumprimento de pena, tratando-se de mero mecanismo disciplinar, que impõe ao condenado maior rigor dentro do estabelecimento prisional fechado (isolamento maior e restrições ao contato com o mundo exterior – art. 52 e incisos da Lei 7210, de 11 de julho de 1984).

Sobre a pena privativa de liberdade existem ainda alguns institutos que servem para reduzir o tempo de prisão imposto ao condenado, ou até impedir que a execução da pena se inicie propriamente. Na verdade, são benefícios concedidos aos condenados mediante o cumprimento de requisitos ou condições que podem permitir o abatimento da pena pelo trabalho (detracção/remição)<sup>32</sup>, a suspensão de sua execução (*sursis*)<sup>33</sup> e sua própria liberdade antes do término da pena (livramento condicional)<sup>34</sup>. Em síntese, também podem ser considerados como alternativas penais<sup>35</sup>.

A Lei penal – de forma expressa - em harmonia com os preceitos constitucionais, assegura ao preso a manutenção de todos os seus direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se às autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38, do CP). Também se estabeleceu um prazo máximo de cumprimento da pena de prisão para os crimes, que não pode ser superior a 30 (trinta) anos, ainda que a condenação ultrapasse o período (art. 75, do CP). No caso de contravenção penal, esse limite passa a ser 05 (cinco) anos (art. 10 da LCP).

---

<sup>32</sup> Detracção – art. 42 do CP e remição - artigo 126 da Lei 7210/84 (Execução Penal).

<sup>33</sup> *Sursis* – artigo 77 do Código Penal

<sup>34</sup> Livramento condicional – art. 83 do Código Penal.

<sup>35</sup> Alternativas penais no sentido lato, como medidas para amenizar ou evitar o tempo de prisão.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal também impõe limites ao poder punitivo do Estado, conferindo direitos aos presos, os quais devem ser observados durante toda execução da pena de prisão, com base no princípio da dignidade humana. São eles: o direito à alimentação, ao vestuário, ao trabalho e à recreação, além de assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa, à saúde e outros<sup>36</sup>.

Além do ordenamento jurídico nacional, inteiramente voltado à preservação dos direitos fundamentais, o Brasil ainda é signatário de tratados, pactos e convenções internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como “*Pacto de San Jose da Costa Rica*”<sup>37</sup>.

3.2. As penas restritivas de direitos previstas no Código Penal, com as alterações determinadas pela Lei 9714/98.

Pode-se dizer que as penas restritivas de direitos justificam-se pela falência do sistema punitivo baseado na privação da liberdade. É o que se verifica nos inflamados discursos oficiais. Desde a Reforma da Parte Geral do Código Penal (1984), o legislador optou pela adoção das penas restritivas de direitos, acompanhando a procura mundial por soluções alternativas para a punição privativa de liberdade<sup>38</sup>. Com a edição da Lei 9714, em 25 de novembro de 1998, houve considerável ampliação no rol das penas alternativas, bem como nos limites de sua aplicação, modificando-se alguns dispositivos penais até então já existentes. Permitiu-se, com a nova lei, a substituição da pena privativa de liberdade por

---

<sup>36</sup> Art. 41, da Lei de Execução Penal (7210/84)

<sup>37</sup> O Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos por Luiz Flavio Gomes e Flávia Piovesan (2000, p. 30)

<sup>38</sup> Vide item 27 e 40 da exposição de motivos da nova parte geral do código penal.

restritiva de direitos em certos delitos, desde que a pena não fosse superior a 04 (quatro) anos, e nem os crimes praticados com violência ou ameaça à pessoa.

As penas restritivas de direitos são autônomas e substitutivas em relação à pena de prisão<sup>39</sup>, não podendo ser aplicadas cumulativamente, salvo previsão legal em sentido contrário<sup>40</sup>. O seu tempo de duração é o mesmo tempo estabelecido para pena privativa de liberdade<sup>41</sup>.

Prescreve o atual artigo 43, do Código Penal:

Art. 43 – As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – (vetado)<sup>42</sup>
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.

A **prestação pecuniária** consiste no pagamento, em dinheiro, à vítima, a seus dependentes, à 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 conceito vem expresso no § 1º do art. 45 do Código Penal. O valor pago deve ser

---

<sup>39</sup> Art. 44, do CP.

<sup>40</sup> O Código de Defesa do Consumidor (art. 78, CDC) e o Código de Trânsito Brasileiro (art.292, do CTB).

<sup>41</sup> Art. 55, do CP.

<sup>42</sup> O dispositivo vetado no inciso III fazia alusão à pena domiciliar.

deduzido daquele imposto em virtude de eventual condenação no juízo cível. O parágrafo seguinte permite a prestação alternativa inominada, caso haja aceitação do beneficiário, não obstante haver entendimento doutrinário diverso<sup>43</sup>. Geralmente, a entrega de cesta básica tem por base a forma inominada de prestação.

A **perda de bens e valores** pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional. 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. É o que contém o § 3º do art. 45 do Código Penal. Esse tipo de pena tem causado polêmica na doutrina, especialmente quanto à extensão dos seus efeitos aos herdeiros (princípio da personalidade). No entanto, é preciso fazer uma prévia distinção entre a pena propriamente dita (perda de bens) e o confisco, como efeito da condenação (art. 91, II, do CP).

A perda de bens aqui não recai sobre os instrumentos ou produtos do crime, mas sim sobre o patrimônio do condenado (bens e valores) de origem lícita; diferentemente do que ocorre quando a perda se dá por efeito da condenação. Segundo Sergio Salomão Shecaira (2002, p. 220), o comando constitucional previsto no postulado da personalidade, não comporta qualquer exceção, referindo-se à reparação do dano (91, I do CP) e à perda de bens (91, II, do CP), não como penas, mas sim como mero efeito da condenação.

De qualquer modo, recai sobre ela a pecha de ser uma pena de confisco, há muito proscrita do direito nos países democráticos. César Roberto Bitencourt (2006, p.124) é quem critica de modo mais veemente essa forma de punição, acentuando que a expressão “perda de

---

<sup>43</sup> Luis Flavio Gomes entende que aceitação somente é necessária quando se trata de obrigação de fazer, pois tratando-se de cesta básica o consenso seria dispensável.

bens” foi mero disfarce, utilizado pelo legislador para possibilitar a aplicação do confisco como pena.

A **prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas** é a mais conhecida e utilizada pena alternativa, podendo ser considerada como pena restritiva de liberdade ou restritiva de direitos. Ela consiste na atribuição de tarefas, gratuitamente executadas, pelo condenado, podendo se dar em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. É o que estabelece o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 46 do Código Penal. Por ela, transforma-se a pena privativa de liberdade na proporção de uma hora-tarefa por dia de condenação. As tarefas atribuídas ao sentenciado, por força dessa punição, devem observar a sua aptidão, evitando que se transforme em medida humilhante ou cruel.

A **interdição temporária de direitos** está prevista no art. 47 do Código Penal e consiste na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; na proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e proibição de frequentar determinados lugares.

Por último, a **limitação de fim de semana**, contida no artigo 48 do Código Penal, consistindo na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 05 (cinco) horas diárias, em casa de albergado, ou outro estabelecimento adequado.

### 3.3. A pena de multa

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada como dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa<sup>44</sup>. O valor de cada dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.<sup>45</sup>

Estabelece ainda a lei penal que, na fixação da multa, o magistrado deve levar em consideração, preponderantemente, a condição econômica do réu, podendo ser aumentada até o seu triplo (art.60 e § 1º do CP).

Hoje não é mais possível a conversão da pena de multa em dias de prisão no caso de não haver o seu pagamento<sup>46</sup>. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa passa a ser considerada dívida de valor, sendo aplicáveis as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição<sup>47</sup>.

Em regra, o valor pago como pena de multa deve ser destinado ao FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional)<sup>48</sup>, mas nada impede que os Estados criem seus próprios fundos e destinem, a seu critério, os valores recolhidos como pagamento da pena de multa, como ocorre no Estado de São Paulo (Lei Estadual 9171/91 – FUNPESP).

### 3.4. Medidas de segurança: espécies e a adoção do sistema vicariante.

---

<sup>44</sup> Art. 49 do Código Penal.

<sup>45</sup> § 1º do art. 49 do Código Penal.

<sup>46</sup> A Lei 9268/96 revogou a hipótese legal que permitia tal conversão.

<sup>47</sup> Art. 51 do CP.

<sup>48</sup> Funpen – Fundo Nacional Penitenciário criado pela Lei Complementar n 79, de 7.1.94

Pode-se dizer que a medida de segurança – em sentido lato – seja uma sanção penal, tal como assinala Magalhães de Noronha (2003, p.313). Mas essa aceção não é pacífica, pois o projeto de reforma penal de 1984 procurou afastar qualquer caráter de punição para a medida de segurança, abolindo, inclusive, o sistema duplo-binário, que possibilitava a medida de segurança para o imputável, instituindo o sistema vicariante apenas para os loucos. Na Exposição de Motivos da Lei 7209/84, lê-se:

87. Extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiros. 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.

88. Para alcançar esse objetivo, sem prejuízo da repressão aos crimes mais graves, o Projeto reformulou os institutos do crime continuado e do livramento condicional, na forma de esclarecimentos anteriores.

89. Duas espécies de medida de segurança consagram o Projeto: a detentiva e a restritiva. A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando-se o prazo mínimo de internação entre 1(um) e 3 (três) anos. Esse prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada a cessação da periculosidade por perícia médica. A perícia deve efetuar-se ao término do prazo mínimo prescrito e repetir-se anualmente.

90. O Projeto consagra significativa inovação ao prever medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita.

Ainda sobre a natureza jurídica da medida de segurança, Zaffaroni e Pierangeli (2005, p.731) preferem afirmar que ela “não é propriamente penal, por não possuírem um conteúdo

punitivo, mas o são formalmente penais, e, em razão disso, são elas impostas e controladas pelos juízes penais”. Segundo os autores<sup>49</sup> :

Não se pode considerar penal um tratamento médico e nem mesmo a custódia psiquiátrica. Sua natureza nada tem a ver com a pena, que desta diferencia por seus objetivos e meios. Mas as leis penais impõem um controle formalmente penal, e limitam as possibilidades de liberdade da pessoa, impondo o seu cumprimento, nas condições previamente fixadas que elas estabelecem, e cuja execução deve ser submetida aos juízos penais.

A forma penal desta coerção compromete grandemente a liberdade das pessoas a ela submetidas. Preocupa, sobremaneira, a circunstância de não terem as medidas um limite fixado na lei e ser a sua duração indeterminada, podendo o arbítrio dos peritos e dos juízes decidir acerca da liberdade de pessoas que, doentes mentais ou estigmatizadas como tais, sofrem privações de direitos, ainda maiores do que aquelas que são submetidas às penas.

As medidas de segurança em vigor estão previstas nos incisos I e II do artigo 96, do Código Penal. Se, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o indivíduo, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, estaria ele – em regra – sujeito à medida de segurança detentiva (art. 97, do CP). No entanto, se o crime imputado for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo, desde logo, a tratamento ambulatorial (segunda parte, do art. 97 do CP).

Descrita todas as modalidades punitivas atualmente em vigor na legislação penal brasileira, convém fazer o diagnóstico de como elas são executadas, incluindo-se as medidas de segurança, que não são consideradas propriamente como penas, mas antes uma forma de tratamento médico.

---

<sup>49</sup> Ibidem

#### 4. Panorama sobre a execução das penas no Brasil.

Diante dos preceitos asseguradores da dignidade humana, contidos na Constituição Federal, no Código Penal, ou na Lei de Execução Penal, ninguém duvidaria de que, no Brasil, teoricamente, o condenado cumpre a pena privativa de liberdade sem perder a consideração e o respeito que o Estado e a comunidade devem ter para com todo e qualquer ser humano. Poder-se-ia, no entanto, pensar o contrário. Sabe-se, com toda certeza, das inúmeras falhas no cumprimento das penas. Logo, é preciso reconhecer também que existe um grande distanciamento entre o que propõe o ordenamento jurídico-penal e as reais circunstâncias em que são cumpridas as medidas punitivas, especialmente em relação à pena de prisão.

Certamente, o problema do aprisionamento não é de hoje; nem apenas está restrito ao Brasil. A crise da pena de prisão é permanente. Os reformadores modernos, ao tempo em que procuravam repelir totalmente as penas corporais, já sinalizavam sérias restrições ao novo modelo punitivo do Estado. Michel Foucault (1997, p.29) revela que a prisão já quando planejada como sanção, estava sujeita às seguintes críticas:

1. A prisão impede o poder judiciário de controlar e de verificar a aplicação das penas. A lei não penetra nas prisões, dizia Decazes, em 1818.
2. A prisão, misturando os condenados, ao mesmo tempo diferentes e isolados entre si, constitui uma comunidade homogênea de criminosos que tornam-se solidários no enclausuramento e que permanecerão no exterior. A prisão fabrica um verdadeiro exercito de inimigos interiores.
3. Dando um abrigo, comida, roupas e, freqüentemente trabalho aos condenados, a prisão lhes assegura um destino por vezes preferível ao dos operários de uma maneira geral. Pode não somente não ter efeito de dissuasão, como também atrair a delinqüência.
4. Os hábitos e a infâmia que marcam as pessoas que saem da prisão fazem com que sejam definitivamente fadadas à criminalidade.

O círculo carcerário (reincidência) fora denunciado desde 1815. Hoje, até mesmo o senso comum tem conhecimento de que a prisão fabrica a delinquência. Confirmou-se boa parte das previsões negativas quanto à sua instituição, especialmente o abuso de poder da administração, a corrupção, o medo, a incapacidade dos guardas, o trabalho penal sem qualquer caráter educativo (Foucault, 2005, p.221-222).

Em profundo estudo sobre a falência da pena de prisão, Cezar Roberto Bitencourt (2004, p.154-155) aponta os argumentos que indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade, resumindo-as em duas premissas:

1 - Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de anti-sociais, se se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo se os associa a outros anti-sociais. Nesse sentido manifesta-se Antonio Garcia Pablos y Molina, afirmando que “a pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos ‘espiacionistas’; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve esse amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não”.

2 – Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

Também sobre a prisão, Evandro Lins e Silva (1998, p.35) afirma que:

A prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam nossos antepassados? Positivamente jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor

do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação; o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí, sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado.

Passados mais de 200 anos, muito pouca coisa mudou, e os problemas ainda persistem, especialmente a superlotação e o tratamento desumano nas prisões. No Brasil, já se viu que as preocupações com a pena de prisão, e a conseqüente busca por alternativas à privação da liberdade, constaram na Exposição de Motivos contida na Reforma da Parte Geral do Código Penal,<sup>50</sup> há mais de 20 anos.

Em verdade, as inovações trazidas pela Reforma Penal (1984), bem como pela Lei de Execução Penal, não foram suficientes para mudar a trajetória da pena de prisão. No Brasil, a população carcerária ao invés de diminuir, tem aumentado em descompasso com número de vagas ofertadas pelo sistema prisional. Adeildo Nunes (2005, p.169), em “Realidade das prisões brasileiras”, destacou que a população carcerária nacional dobrou entre os anos de 1995 e 2003. E ainda acrescenta:

No meio da década de 90, havia cerca de 148 mil reclusos; em dezembro de 2003, já eram 308 mil. O déficit de vagas teve um aumento de 60,7%, maior que a lotação do estádio do Maracanã e é quase igual à sua população carcerária.

Constata-se, na espécie, que o Brasil possui a segunda maior população carcerária da América, com 187,7 presos para cada 100 mil habitantes, enquanto os Estados Unidos têm 740, para cada 100 mil habitantes.

---

<sup>50</sup> Itens 26 e 27 da Exposição de Motivos da Lei 7209/84.

Julita Lemgruber, citada por Adeildo Nunes (2005, p.170) afirma que “a falta de vagas é a principal causa para superlotação que caracteriza os presídios brasileiros. A lotação impede que haja socialização e atendimento correto da população carcerária, o que acaba criando tensão e violência”. Casos como o da Casa de Detenção ocorrido em outubro de 2002, como o massacre de 111 detentos e, mais recentemente (2007), o encarceramento de uma jovem, menor de idade, no Estado do Pará, numa cela juntamente com homens, reforçam as estatísticas do caos no sistema prisional brasileiro.

As penas restritivas de direitos, por sua vez, constituem a nova regra. Porém, além de não terem o efeito esperado em relação ao cárcere, revelam deficiências na fiscalização de sua execução, padecendo dos mesmos vícios daqueles verificados no cumprimento de outros institutos alternativos pré-existentes ao seu advento, como acompanhamento do indivíduo no regime aberto, no *sursis* e no livramento condicional. O ceticismo de César Roberto Bitencourt (2006, p.69) em relação a tal modalidade punitiva, infelizmente, aos poucos vem se justificando:

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

Outras modalidades de penas alternativas quase nem chegam a ser aplicadas, como a perda de bens e valores e limitação do fim de semana. Dentre as 05 (cinco) modalidades previstas no art. 43, não há dúvidas de que a mais utilizada é a prestação de serviço à comunidade e, bem por isso, precisa ser aprimorada, com rigoroso acompanhamento de seu cumprimento, para que não seja desde logo desacreditada.

A pena de multa, ironicamente, figura como sanção em quase todos os delitos contra o patrimônio. Na realidade, as penas de multa são alcançadas pela prescrição. Na maioria das vezes, o juiz de direito, considerando que o réu não tem qualquer poder econômico, vê-se obrigado pela lei e pelo dogmatismo exacerbado, a aplicar a pena ainda que no seu mínimo legal, sabendo que não será cumprida.

No que tange à execução da medida de segurança, independentemente de sua natureza jurídica – se pena ou se medida curativa –, também se tem revelado sua ineficácia. O discurso proclamado na Exposição de Motivos da Reforma Penal (1984) veio totalmente desacompanhado dos recursos financeiros e das medidas administrativas necessárias para seu efetivo cumprimento, não se tendo notícias da construção de qualquer “unidade penal” com tais características de tratamento (hospital de custódia e tratamento). Aquelas até então existentes, conhecidas pejorativamente como manicômio judiciário, deveriam ceder lugar, ou ser transformadas em unidades hospitalares para tratamento, sendo inclusive estimulado o uso da nova nomenclatura como sendo politicamente a mais correta.

Este breve diagnóstico da situação relativa à execução das penas no Brasil não tem a intenção de se deter nas mazelas e injustiças ocorridas nas prisões brasileiras. Isso a mídia nacional tem mostrado diariamente e, infelizmente, já faz parte do cotidiano da sociedade

brasileira, que parece não ficar mais tão perplexa com tais acontecimentos. Precisamente, no que diz respeito à pena privativa de liberdade, sabe-se que não será a construção de mais penitenciárias que irá solucionar os problemas do cárcere. No entanto, por certo, não pode e nem deve o Estado furtar-se de assumir a tal responsabilidade administrativa, pois o déficit de vagas nos estabelecimentos penais é bastante elevado, impossibilitando o cumprimento das garantias mínimas de dignidade àqueles que violaram as regras de convivência social e estão com seu direito de liberdade restringido.

Finalmente, traz-se a lume alguns dados referentes ao número de presos e de estabelecimentos penais no Brasil. Em trabalho de pós-doutoramento perante a Universidade de Coimbra, Gilberto Giacoia (2001, p.12) fez o relato sobre a existência de 126.152 presos e 297 unidades prisionais por volta do ano de 1993. Na ocasião, ainda acentuou-se que a capacidade prisional era de 51.638 vagas e, portanto, havia um déficit de 74.533 vagas. Mais recentemente, o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN apresentou dados consolidados até o mês de dezembro de 2007, dando conta da existência de 422.590 presos, 1094 estabelecimentos penais e apenas 2249.515 vagas no sistema penitenciário. Num cotejamento, os dados revelam que apesar do aumento dos estabelecimentos penais, ainda persiste elevado déficit de vagas nos presídios (173.075). A situação poderia estar ainda pior se a Polícia cumprisse os mandados de prisão expedidos em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Este relatório do DEPEN, divulgado em junho de 2008, no que diz respeito aos estabelecimentos penais, apenas registra a quantidade deles, sem fazer qualquer consideração quanto às suas reais condições de uso. Os números oficiais são: 334 (Penitenciárias), 181 (presídios), 452 (cadeias públicas), 48 (casas de albergado), 36 (colônias penais), 31

(hospitais de custódia e tratamento), 10 (centro de observação) e 02 (penitenciárias federais). Lamentavelmente, sabe-se que estes números são insuficientes para atual demanda prisional e que a maioria das unidades existentes não estão em condições de garantir – minimamente – a dignidade de quem quer que seja.

**PARTE III – OS DISCURSOS PENAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS PARADOXOS: CRÍTICA À DOGMÁTICA PENAL BRASILEIRA.**

- 1. O direito como controle social no estado democrático de direito e os novos discursos penais.**
- 2. O Minimalismo e o Garantismo Penal: breve abordagem histórica e os seus principais fundamentos.**
- 3. Os paradoxos do direito penal brasileiro frente aos discursos penais e as penas alternativas.**
- 4. Crítica à dogmática penal brasileira: mudança de postura para concretização de um direito penal mínimo.**

1. O direito como controle social no estado democrático de direito e os novos discursos penais.

Giuseppe Lumia (2003, p.29-32) afirma que não pode haver direito onde não haja sociedade, mas alerta que a recíproca pode não ser verdadeira. Isso porque podem existir sociedades sem qualquer estruturação interna ou que ainda não conseguiram estabelecer uma ordem jurídica. O direito surge como controle social, quando os grupos sociais estruturados institucionalizam reações aos comportamentos desviantes<sup>51</sup>. Portanto, a ordem social pressupõe um mínimo de estabilidade, de normalidade, de previsibilidade, e o direito, por sua vez, não é o primeiro e nem o único encarregado de solucionar os problemas que afligem a

---

<sup>51</sup> Comportamentos desviantes como aqueles que atentam contra os interesses socialmente reconhecidos como úteis ou necessários.

humanidade. É importante reconhecer a existência de outros mecanismos de controle social que não o direito.

O direito deve sempre exercer um papel secundário, puramente confirmador das outras instâncias de controle, especialmente o direito penal, que incide da forma mais severa na liberdade do indivíduo – com a aplicação da sanção penal. Nesse sentido, assinala Francisco Munhoz Conde (2005, p.23):

“Dentro do controle social, a norma penal, o sistema político-penal, ocupa um lugar secundário, puramente confirmador e assegurador de outras instâncias muito mais sutis e eficazes. A norma penal não cria, efetivamente, novos valores nem constitui um sistema autônomo de motivação de comportamento humano em sociedade. É imaginável um direito penal completamente desconectado das demais instâncias de controle social. Um direito penal que funcionasse assim seria absolutamente insuportável e a mais clara expressão de uma sociedade de escravos. A norma penal, o sistema político-penal, o direito penal como um todo, só tem sentido se considerado como continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional etc.), cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para convivência entre os indivíduos através da aprendizagem de determinadas pautas de comportamentos.”[...] o direito penal constitui um plus em intensidade e gravidade das sanções e no grau de formalização que sua imposição e execução exigem.

Para Lumia, o direito não é apenas um conjunto de normas reforçadas pela ameaça do uso da força para fazer valer o cumprimento das regras, mas também o “rejunto das normas” que regulam o uso dessa mesma força. Assim, o direito é usado como força e, ao mesmo tempo, esta sua força deve estar condicionada a uma regulamentação jurídica. Na primeira hipótese, tem-se a função repressiva do direito, como mera técnica de controle social e, na segunda, a função garantista do direito, determinando o modo e os casos em que o uso da força deve ser permitido.

É por isso que o referido autor (2003, p.33) afirma que a função repressiva e garantista do direito constituem as duas faces da mesma moeda, pois ao assegurar uma esfera de liberdade para o indivíduo, permite a repressão àqueles indivíduos que interfiram naquela referida liberdade:

Se, por um lado, o sistema jurídico constitui um meio eficaz para garantir a liberdade individual e favorecer o atingimento de altas metas de justiça e de bem-estar social, representa, por outro lado, um poderoso instrumento para o controle do indivíduo, instrumento do qual, os detentores das alavancas do poder podem facilmente abusar para oprimir aquelas mesmas liberdades e para reforçar as próprias posições de superioridade econômica e social.

Para Hoffe, citado por Bittar (2005, p.527), a existência de um poder estatal é necessária para realização da justiça, de forma que o Estado somente está autorizado a agir na medida da troca de liberdades por distributividade. Ele considera que: “...*crer numa justiça sem poder de execução seria fantasia, e ao contrário representar um poder de estado sem justiça seria o cinismo da pura violência.*” Em função disso, a intervenção do Estado, imprescindível para a defesa da ordem social, deve ser limitada, condicionada à garantia dos direitos individuais fundamentais da pessoa humana.

De modo expresse, a Constituição Federal de 1988 consagrou a República Federativa do Brasil como um *Estado Democrático de Direito*<sup>52</sup>. À primeira vista, parece haver redundância no uso dessa expressão *Democrático de Direito*, mas só parece, pois a junção das palavras tem sentido e extensão própria. É preciso compreender o alcance em que o termo está sendo empregado.

---

<sup>52</sup> Art. 1 da CF/88

*O Estado Democrático de Direito* tem como conteúdo os princípios do Estado Social (democrático) e do Estado Liberal (direito). Santiago Mir Puig ao comentar dispositivo semelhante, previsto na Constituição espanhola, afirma que (1994, p.31):

[...] através da fórmula “Estado Democrático de Direito”, a Constituição empregou uma terminologia consagrada que aponta a uma concepção sintética de Estado, ou seja, o produto da união dos princípios do Estado Liberal e do Estado Social. [...] como toda síntese, a imagem resultante do Estado supõe uma superação de seus componentes básicos isoladamente considerados, o que permite inferir uma terceira característica da fórmula constitucional: a democracia.

O Estado de Direito, também conhecido como Estado Liberal de Direito, tem como fundamento, entre outros, a busca de garantias formais ao indivíduo pelo Estado. Sua matriz, de concepção liberal, serviu de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres. Por sua vez, o Estado Social (democrático) tem por objetivo consolidar os bens materiais dos cidadãos, procurando reduzir as desigualdades sociais. Assim, no *Estado Democrático de Direito*, o individualismo clássico do Estado Liberal aos poucos vai cedendo à afirmação dos direitos sociais e à realização de objetivos de justiça social.

Para José Afonso da Silva (1992, p.108) a referida união cria um novo conceito, que leva em conta as características de ambos (liberal/social), “mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”. São princípios comuns ao *Estado Democrático de Direito*<sup>53</sup>:

a) – princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, **que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida**, emanada da vontade popular, que dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as

---

<sup>53</sup> José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional, 1992. p. 110/111.

garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional; (grifo nosso)

b) – princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais;

c) – sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais;

d) – princípio da justiça social [...]

e) – princípio da igualdade;

f) – princípio da divisão de poderes;

g) – princípio da legalidade;

f) – princípio da segurança jurídica.

Alberto Silva Franco, citado por Schecaira e Correa Junior (2002, p.52), por sua vez pondera:

O Estado Social e Democrático de Direito é a aquela concepção sintética que reúne, em relação dialética, a idéia de Estado de Direito, isto é, de um Estado regido pelo Direito que provém da vontade geral expressa pelo povo e de um Estado social que interfere, direta e imediatamente, no jogo social; é a fusão entre o Estado-guardião do cidadão e Estado intencionista das relações sociais, a que se acresce a idéia da democracia, isto é, do Estado que exclui a prepotência e é, por sua formação e por seu conteúdo organizacional, democraticamente legitimado. O Direito Penal, como controle social formal, num Estado que apresenta tais características definitórias, não pode, portanto, ser desenfreado, arbitrário, sem limites. É evidente que este controle deve estar submetido, no plano formal, ao princípio da legalidade, isto é, à subordinação a leis gerais e abstratas que disciplinem as formas de seu exercício, e deve servir, no plano material, à garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

A manutenção do sistema de direitos fundamentais (aqui compreendidos, não só os individuais, mas também os coletivos, os sociais e culturais) evidencia que as Constituições modernas por um lado renovam as garantias individuais; e, por outro, introduzem normas para tutelar o interesse geral, como aquelas pertinentes ao trabalho, à saúde, à educação, ao meio

ambiente, ao consumidor etc. Tais circunstâncias reforçam e justificam – mais uma vez – o uso da expressão *Estado Democrático de Direito*.

Essa reciprocidade (Estado de Direito como democrático e o Estado Democrático como de direito) acabou provocando mudanças estruturais no direito penal moderno concebido, exigindo-se dele uma ampliação do seu campo de atuação. Em nosso tempo, tem prevalecido o pensamento de que ele não deve mais restringir-se a simples proteção individual dos abusos estatais, mas também à tutela de bens jurídicos sociais e coletivos.

Por isso, tem-se dito que o direito penal democrático deve criminalizar condutas de forma mais igualitária e coerente com os objetivos sociais claros, como os lesivos ao meio ambiente, ao consumo etc. E, nesse sentido, tem caminhado a legislação infraconstitucional brasileira, criminalizando muitas condutas lesivas a bens jurídicos coletivos e transindividuais que, em outros tempos e circunstâncias, não despertariam qualquer interesse penal.

Definidas as características do Estado brasileiro, com muito mais propriedade, pode-se delinear o perfil do direito penal a ser aplicado no país. Não se tem aqui a pretensão de realizar um profundo exame dos modernos movimentos de política criminal, motivo pelo qual se destacarão, no próximo capítulo, apenas duas correntes de pensamento muito bem definidas pela doutrina e que atendem, pelo menos em tese, às expectativas de um Estado que se diz ou quer ser *Democrático de Direito*: o Minimalismo de Alessandro Baratta e o Garantismo de Luigi Ferrajoli, como teorias balizadoras da aplicação de um direito penal baseado na mínima intervenção.

2. O Minimalismo e o Garantismo Penal: breve abordagem histórica e fundamentos teóricos para mínima intervenção penal.

Tanto um quanto o outro pensamento tem raízes no período Ilustrado e com o passar do tempo foram aperfeiçoando-se. Desde Beccaria, com sua idéia utilitarista, os discursos penais são de lutas contra violência punitiva do Estado e a afirmação dos direitos e garantias humanas. Primeiramente, será visto o Minimalismo, capitaneado pelo professor italiano Alessandro Baratta e, em seguida, o estudo destacará os fundamentos do Garantismo penal defendido por Luigi Ferrajoli. Ambos estão assentados em bases diametralmente opostas, o primeiro sustenta-se na deslegitimação do sistema penal, e o segundo, em sentido inverso, procura legitimar a aplicação do direito penal.

Pode-se dizer que o Minimalismo nasce bifurcado entre modelos teóricos e reformas práticas. Juntamente com o Abolicionismo<sup>54</sup>, o Minimalismo penal passou a ocupar destaque no cenário do controle social a partir da década de 70 do século XX. Com a obra de Alessandro Baratta intitulada “*Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*”, é que esta corrente de pensamento amplia seus horizontes. O contexto em que emerge é o da deslegitimação dos sistemas penais, portanto, em um amplo espectro de desconstruções teóricas e práticas. No Brasil, o Minimalismo começa a ser evidenciado a partir da década de 80, mais precisamente com a reforma penal (Lei 7209) e penitenciária (Lei 7210), ambas de 1984. Posteriormente, foi reforçado com a implantação dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9099/95) e o incremento de novas penas alternativas (Lei 9714/98).

---

<sup>54</sup> O Abolicionismo penal tem como argumento a extinção de todo sistema penal e tudo que é associado a ele. Esta teoria defende que o sistema pena em si não é uma solução, mas um problema devido a suas precariedades e sua ineficiência, pois esta somente funciona em relação às classes menos favorecidas, além de deixar impunes aqueles que realmente mereciam ser punidos.

Samyra Haydee Dal Farra Napolini Sanches (2002, p.16) colaciona algumas conclusões e pressupostos do Minimalismo de Alessandro Baratta, revelando suas bases de sustentação:

a) Com relação à pena, e especialmente a cumprida com privação de liberdade, a Criminologia crítica revela que esta consiste em uma “violência institucionalizada”.

b) A tutela dos bens jurídicos enunciada pela lei penal e perseguida pelos órgãos do sistema penal não é uma tutela dos interesses comuns de toda a sociedade, mas somente da tutela de interesses de grupos e classes minoritárias e privilegiadas pela posição elevada que ocupam dentro da escala vertical da sociedade. Isso porque o sistema penal se revela como reprodutor das relações de poder e propriedade existentes no sistema social global, ao mesmo tempo produzindo e legitimando ideologicamente estas relações.

c) O sistema penal funciona de uma forma altamente seletiva, sendo que sua seletividade manifesta-se num primeiro momento através da escolha pelo legislador dos bens a serem tutelados pela lei penal (criminalização primária) e, num segundo momento, na seleção pela polícia com base em estereótipos dos indivíduos que serão levados a julgamento pela instância judiciária, a qual por sua vez exerce a mesma seleção (criminalização secundária).

d) O sistema penal gera muito mais conflitos do que aqueles que pretende resolver. Na verdade o sistema punitivo não resolve os conflitos existentes na sociedade, ele os reprime. Dessa forma, muitas vezes os conflitos alcançam uma dimensão mais grave do que se fossem resolvidos pelos envolvidos na situação, no momento em que ele surge. Por outro lado, o custo social da intervenção penal produz novos conflitos, muitas vezes piores dos quais se reprimiu. Um exemplo disso é o contágio e a generalização das etiquetas que acompanham toda a família do condenado.

e) O sistema penal, pelo modo como está estruturado e pela forma como funciona, é absolutamente incapaz de realizar as funções declaradas em seu discurso oficial, principalmente pela ideologia da defesa social<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> A ideologia da defesa social surgiu com a Escola liberal clássica assumindo o papel de legitimadora da existência de um sistema jurídico-penal. Com a passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista, a Escola positiva passou a fornecer o aporte teórico para a justificação do sistema penal utilizando-se da mesma ideologia, porém adaptando-a às suas premissas. Dentre outros princípios que norteiam a ideologia da defesa social, o mais importante deles é o de o direito penal ser um direito igual por excelência. Este princípio é composto por três afirmações: a) os tipos penais servem para tutelar os bens jurídicos, os quais toda a sociedade possui interesse comum em preservar; b) a lei penal é igual para todos e aplica-se a todos os infratores de suas normas sem nenhuma distinção; c) o grau da repressão penal é equivalente ao dano causado ao bem jurídico, quanto maior o dano e quanto maior a importância do bem, maior a sanção.

Segundo o penalista e professor Paulo Queiroz (2005, p.101), a perspectiva minimalista radical:

reconhece o sistema penal como um subsistema de reprodução seletiva de desigualdades materiais, crimonógeno e incapaz de realizar suas funções declaradas, mas considera impossível a supressão desse sistema sem que se desencandeiem, previamente, mudanças sociais estruturais, razão por que a preservação tática do direito penal é necessária enquanto não se operam tais mudanças. Mas isso não impede que se amplie, nalguns casos, a intervenção penal (neo-criminalização), desde que seja absolutamente necessária à proteção de interesses sociais fundamentais (saúde pública, meio ambiente, etc.)

Para seu desiderato, o pensamento minimalista defende a adoção de medidas como a descriminalização, despenalização e diversificação, cujos conceitos podem ser sintetizados nas lições do professor Raul Cervini (1995, p.75):

Descriminalização – É sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas. Em seu informe sobre o tema, o Comitê do Conselho da Europa diz que ‘se entende por descriminalização os processos pelos quais a competência do sistema penal para aplicar sanções como uma reação diante de certas formas de conduta é anulada a respeito dessa conduta específica’.

Descriminalização formal, *de jure*, ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo, no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma ‘apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas’, ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas interessadas (autocomposição).

Descriminalização substitutiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar. Observamos que tanto na descriminalização *stricto sensu* como na que chamamos de substitutiva, a conduta deixa de constituir um ilícito penal, mas na primeira variável a solução é mais radical porque significa a eliminação de toda ilicitude, enquanto que na última hipótese (a substituição), embora o comportamento perca a antijuridicidade

penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável.

Descriminalização de fato, (...) existe quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena.

Despenalização – Por despenalização entendemos o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal. Segundo o Conselho Europeu, este conceito inclui toda a gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais: prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, sistemas de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação, diminuição do salário e todas as medidas reeducativas dos sistemas penais.

Diversificação – O conceito de diversificação significa a suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência. Implicará, em certas situações, remeter o problema às partes diretamente afetadas, para que o resolvam com ou sem a ajuda de um organismo externo. Outras vezes enfatiza-se mais a atuação de um organismo externo *ad hoc* que não pertence aos sistemas penais ordinários. Este é precisamente o sistema que se aplica para resolver os casos de maus-tratos de menores nos países nórdicos ou no Canadá, onde, salvo em casos extremos, são abordados à margem do sistema penal, outorgando curador ao menor perante os Tribunais especiais<sup>56</sup>

Assim, pode-se afirmar que o Minimalismo defende uma drástica diminuição do campo de atuação do sistema penal, preservando-o, assim, residualmente, e só mediatamente a abolição desse controle social.

O Garantismo de Luigi Ferrajoli nasceu, no campo penal, como uma resposta ao desenvolvimento crescente da diversidade entre a normatividade do modelo constitucional e a sua não efetividade no sistema penal italiano, algo muito parecido com a realidade vivenciada

---

<sup>56</sup> CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. Tradução Eliana Granja. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 75.

pela justiça penal brasileira. Esta corrente de pensamento tem seu marco na obra intitulada *Diritto e ragione: Teoria del Garantismo Penale*.

Não se olvida que o Garantismo proposto por Ferrajoli tem influências iluministas, dando origem (inicialmente na Itália) a uma justiça penal em reação às aberrações da velha justiça medieval que precedeu a Revolução Francesa. Hoje, pode ser visto como uma atitude neo-moderna em relação ao sistema penal, uma vez que realiza a revisão do modelo penal traçado na fase ilustrada, aproveitando-se de muitas das conquistas daquela época, numa tentativa de legitimar a aplicação do direito penal.

O professor de Filosofia do Direito da *Università de Camerino*, Itália (2006, p.785), atribui três significados à palavra garantismo:

[...] garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza com uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Em um segundo significado, garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também, pela existência ou vigor das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos e práticas operacionais [...]

Segundo um terceiro significado, por fim, garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus de justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Nesse último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre o direito e a moral, entre a validade e justiça, entre o ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ser e dever ser do direito. E equivale à

assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

O primeiro significado é o que mais interessa, pois o modelo normativo se estrutura a partir do princípio da legalidade, de suma importância para o Estado de Direito, o qual deve não somente respeitar o elenco sistêmico de garantias previstas no ordenamento, mas também velar por sua efetividade.

Pode-se dizer que o Garantismo busca definir instrumentos destinados a assegurar uma equivalência entre normatividade e efetividade na tutela, ou na satisfação dos direitos do homem. Ele não se resume apenas à questão da sanção penal ou dos limites para prisão, trata-se de um sistema que tem como pressuposto a intervenção mínima do direito penal, e que opera excluindo a incerteza e a imprevisibilidade de sua intervenção; ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo, plenamente sintonizado com os ditames do *Estado Democrático de Direito*.

O Garantismo não prega o fim do direito penal, apenas uma redução do seu campo de incidência, baseado no princípio da intervenção mínima. Não constitui mera passagem ou transição para abolição total do direito penal, como pretende a corrente minimalista. Aliás, sobre a completa extinção do direito penal, contrapondo-se ao minimalismo radical, Ferrajoli *apud* Paulo Queiroz (2005, p.105) afirma que:

[...] o abolicionismo penal, muito além de suas intenções libertárias e humanitárias, configura-se como uma utopia regressiva que, sob pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom, apresenta modelos em realidade desregulados ou autorregulados de vigilância e/ou castigos em face dos quais é o direito penal, com seu complexo, difícil e

precário sistema de garantias, que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. Assinala, ainda, o menosprezo abolicionista por qualquer enfoque garantista, confundindo, num rechaço único, modelos penais autoritários e modelos penais liberais, e não oferecendo contribuição alguma à solução dos graves problemas relativos à limitação e ao controle do poder punitivo. Finalmente, ressalta os riscos, em especial, de uma provável sociedade disciplinária que se sucederia à abolição do direito penal e seu código de garantias. [...] Abolir o direito penal seria, assim, a seu ver abolir a liberdade mesma, dando lugar a controles autoritários (individuais, coletivos ou estatais) e sem limites.

Feita esta breve abordagem sobre os discursos penais que mais se afinam com o estado democrático de direito, chama-se a atenção para existência de um ponto de convergência entre as duas correntes de pensamento aqui destacadas. Cada uma delas, ao seu modo, defende a idéia de que o direito penal só deve ser utilizado em último caso. E, certamente, é o direito penal mínimo o que mais se amolda à nossa opção constitucional de Estado, e ao sistema de garantias individuais e sociais previsto na Constituição Federal. Tanto o Minimalismo como o Garantismo procuram conter a violência punitiva do Estado e preservar os direitos humanos de todos os cidadãos, em particular das vítimas, processados e condenados pelo sistema de justiça penal.

Pode-se afirmar que o direito penal mínimo situa-se entre o abolicionismo penal e a maximização do direito, buscando racionalizar cada vez mais o poder punitivo, que sempre deve ser controlado e despretensioso. Este modo de pensar o direito penal não é novo e, como já dito antes, tem matriz ilustrada, que com o passar dos anos foi sendo aprimorado e aprofundado por princípios delimitadores da intervenção penal.

Rogério Grecco (2006, p.30) assinala alguns princípios indispensáveis ao raciocínio do direito penal mínimo, tais como: da lesividade, da adequação social, da insignificância, da individualização da pena, da proporcionalidade, da responsabilidade pessoal, da limitação da

pena, da culpabilidade e da legalidade; mas o que mais se destaca é o da intervenção mínima, que pode assim ser resumido pelo penalista:

a) – intervenção mínima: coração do direito penal mínimo tem como primeira missão orientar o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais. Todo raciocínio correspondente ao princípio da intervenção mínima girará em torno da proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, bem como da natureza subsidiária do Direito Penal. O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valoração do bem. Se for concebido como bem de relevo, passaremos ao segundo raciocínio, ainda no mesmo princípio, vale dizer, o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal. Sua importância deverá também ser aferida para fins de revogação dos tipos. Se um bem que era importante no passado, mas, atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal, servindo o princípio da intervenção mínima de fundamento para sua revogação.

Portanto, o direito penal do estado democrático de direito, fundado no direito penal mínimo, constitui ou deve se constituir em um instrumento de controle que intervenha minimamente na vida do cidadão e, quando venha intervir, o faça do modo mais respeitoso e nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, preservando a dignidade de todo e qualquer cidadão, infrator ou não.

No item seguinte, serão apresentados alguns paradoxos que circundam o direito penal no *Estado Democrático de Direito*, os quais acabam procrastinando, senão até impedindo o avanço do direito penal mínimo consagrado pelo nosso ordenamento jurídico. Existem arestas nos discursos penais dominantes, que precisam ser aparadas pela dogmática penal, especialmente no que tange aos novos bens jurídicos constitucionais e ao uso indiscriminado de penas alternativas.

## 2. Os paradoxos do direito penal brasileiro frente aos discursos penais e as penas alternativas.

Antes de avançar, torna-se oportuno saber o sentido da palavra paradoxo aqui utilizada. Paradoxo, segundo Oswaldo Giacoia Junior (2006, p.138), consiste em uma “conclusão falsa, por vezes **autocontraditória**, derivada, por inferência **aparentemente correta, de premissas supostamente verdadeiras ou admitidas como tais**<sup>57</sup>”. Assim, a palavra paradoxo será empregada aqui para demonstrar as contradições práticas do direito penal brasileiro, naquilo que os dois discursos penais dominantes mais se aproximam, ou seja, a busca por um direito penal mínimo.

A primeira questão a que se propõe uma reflexão diz respeito ao agigantamento do sistema penal. Será mesmo que o direito penal deve intervir na proteção de todos os bens jurídicos sociais e coletivos previstos na Constituição Federal? Essa ampliação do campo da incidência penal não está na contramão do que preconiza o direito penal mínimo? Se o direito penal não conseguiu atender às expectativas liberais, como poderá corresponder à tutela de tantos outros bens jurídicos transindividuais?

A nova concepção do Estado como *Democrático de Direito* criou um sério problema de política criminal. Isso porque, na medida em que se exige a tutela de outros bens jurídicos que não aqueles individuais pelo direito penal, impulsiona-se a maximização do sistema repressivo<sup>58</sup>. Por certo, este resultado confronta-se com a idéia do direito penal mínimo, tão perseguido nos dias atuais.

---

<sup>57</sup> Grifo nosso.

<sup>58</sup> Idéia extraída do pensamento de Salo de Carvalho, em sua participação no seminário de Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito, com a participação de diversos penalistas, culminando em obra organizada por Maria Lucia Karam, editada por *Lumen Júris*, 2005, p. 117.

Tem sido passada a idéia de que a missão do direito penal consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes para humanidade e, exatamente por causa dessa importância, é que eles estão presentes nas cartas constitucionais. Ora, sob a égide de um Estado a um só tempo liberal e social, ampliou-se e modificou-se o perfil dos bens jurídicos suscetíveis de proteção pelo direito penal. No entanto, com tal dogmatismo, adverte Salo de Carvalho (2005, p. 117-118) que se caiu numa cilada, pois:

Os portadores da fala autorizada da ciência penal, os retóricos da dogmática, mais ainda, os operadores do direito, desde a Modernidade auferiram, ao direito penal, ou seja, a si próprios, a capacidade de controle e gestão dos riscos que assobra(ra)m a humanidade. Se se pensar, por exemplo, no discurso sempre autorizado da Escola de Coimbra, cuja influência em matéria penal no Brasil é indiscutível, a questão central que aparecerá nas últimas publicações e tese é a necessidade de justificar a intervenção penal para além dos clássicos bens jurídicos individuais, transcender as querelas interindividuais e capacitar o direito penal para compreender os conflitos transindividuais. **O ponto de partida é o seguinte interrogante: se a função do direito penal foi sempre tutelar os principais bens jurídicos da humanidade, como deixar de enfrentar na atualidade aquelas condutas que colocam em risco o futuro da humanidade. A resposta [...] é uma: não se pode deixar de proteger os novos bens jurídicos, devemos instrumentalizar o aparato criminal, criando um novo modelo político-crime capaz de prevenir os novos riscos – p. ex., tutela penal das gerações futuras. Em última análise, cabe ao direito penal a salvaguarda da humanidade de sua extinção.** (grifo nosso)

Do que se pode notar, as ciências em geral estão cada vez mais questionando sua capacidade de solucionar os problemas e de gerir os riscos que se propuseram controlar. Os paradoxos são inomináveis. Pense-se na dificuldade (senão impossibilidade) de harmonização da equação crescimento econômico, desenvolvimento tecnológico e meio ambiente.

Todavia, as ciências criminais, [...], assumem esse problema, comunicando aos atores sociais e políticos que possuem condições resolutivas, quando, na realidade, nunca tiveram sequer a capacidade de resolver os conflitos interpessoais, pois sua resposta por excelência, a pena, gerou, mais danos na história da humanidade do que a soma de todos os delitos.

Logo, é pertinente a pergunta: o direito penal não pode furtar-se à sua consagrada missão, ou seja, a tutela dos bens jurídicos mais importantes ao homem, em especial, àqueles elevados a dogma constitucional?

O primeiro paradoxo pode ser sintetizado na seguinte ilação: o direito penal mínimo, fundado na limitação e no equilíbrio do exercício do poder punitivo, próprio do *Estado Democrático de Direito*, e cuja intervenção se justifica para proporcionar bem-estar aos cidadãos, não conduz, ou pelo menos não deveria conduzir, diretamente a um intervencionismo penal que possa restringir a liberdade de qualquer cidadão além do imprescindível para sua própria proteção.

Nesse sentido, Santiago Mir Puig (1994, p.151-152) reforça o argumento, reafirmando que:

[...] a admissão de um Estado Social, que intervém para proporcionar bem-estar aos cidadãos, não obriga a postular como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade do cidadão além do que imprescindível para sua própria proteção. Ao contrário, em um Estado social a serviço do indivíduo, a intervenção penal só se justifica quando é absolutamente necessária para proteção dos cidadãos.

Assim, no Estado *Democrático de Direito*, apesar de ser necessária sua intervenção na área social, como promovedor do bem-estar coletivo e realizador dos direitos fundamentais sociais (Estado-Providência), não deve ele se valer do uso da força de modo excessivo, pois seu direito penal deve ser limitado, respeitando-se, ao máximo, os direitos e garantias fundamentais de qualquer cidadão.

Porém, contrariamente, o que se percebe é que a própria Constituição Federal de 1988, que qualificou o Brasil como um Estado *Democrático de Direito*, que previu dispositivos constitucionais garantidores das liberdades individuais e bastante alinhados com o princípio da intervenção mínima no âmbito penal, tem contribuído para ampliação do sistema punitivo brasileiro.

Em uma obra intitulada “*Direito penal de emergência e alternativas à prisão*”, Leonardo Sica (2002, p.91), influenciado pelo pensamento de Luigi Ferrajoli, constata a mesma situação de ampliação do campo de incidência do direito penal, cujo desfecho não aponta para as conquistas e preservação do Estado social, mas sim apenas para formação de um Estado penitência. Segundo ele:

“o notável aumento do intervencionismo estatal nas últimas três décadas sob o pretexto de repressão à criminalidade acarretou a expansão desmedida do aparelho punitivo em busca de sua eficiência. Essa emergência repressiva colocou o sistema penal no caminho do autoritarismo, configurando-o como forma de controle própria dos Estados absolutos ou totalitários e avessa ao Estado de Direito”.

Na prática, este fenômeno pode ser visto com muita facilidade na crescente criminalização dos danos ao meio ambiente, bem jurídico consagrado pela atual Carta Magna diante de sua importância para o homem. Pergunta-se: por que utilizar-se do direito penal para punir aqueles que causam dano ao meio ambiente? O que tem o meio ambiente com o direito em sentido estrito? Não existem instâncias de controle diferentes do “falido” direito penal para salvaguardar o meio ambiente? Será o meio ambiente mais relevante que a liberdade individual, que o direito ao alimento, que o direito ao trabalho, todos compreendidos pela dignidade humana?

Sobre a tutela penal ambiental, os argumentos expostos por Paulo Queiroz (2002, p. 137) são de uma clareza solar:

Se, com efeito, tomarmos como exemplo o derramamento de óleo na Baía da Guanabara – fato comuníssimo entre nós, embora sem essa extensão e repercussão – verificaremos que, além das naturais dificuldades de responsabilização penal dos autores, sobretudo em face da necessária inflexibilidade das garantias do processo penal, ainda que tal se realizasse num tempo recorde (algo improvável), os benefícios sociais de uma eventual sentença penal condenatória seriam, em todo caso, medíocres, porquanto o possível castigo (jurídico-penal) dos envolvidos teria uma dimensão preventiva desprezível, já que não restauraria o meio ambiente nem impediria que outros ocorressem. Por mais que queiramos ver no castigo um meio de prevenção, fato é que castigo é sempre castigo. No particular, toda razão assiste a *Hassemer*, quando assinala que “o direito penal, considerando o seu papel no tocante à política ambiental, tem-se revelado amplamente contraproducente. Se eu quisesse reformular esta mesma idéia de maneira ainda mais radical, então diria: quanto mais ampliarmos e agravarmos o direito penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a produzir efeitos contrários aos pretendidos, ou seja, acabaremos contribuindo para inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente”.

Fundamental, pois, no particular, é dotar a Administração Ambiental de uma estrutura mínima com vistas à preservação do meio ambiente, vale dizer: dispor os órgãos específicos de uma estrutura mínima de fiscalização de atividades nocivas ao meio ambiente. Com a situação precaríssima dos órgãos de proteção e fiscalização do meio ambiente [...], a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9605/98) [...] revela-se abertamente demagógica. Não se pode ignorar, ademais, que muitos danos à natureza – caça e pesca predatórias, por exemplo – resultam da falta de informação e, não raro, da miséria por que passam os responsáveis por tais atos, de sorte que a conscientização e a melhoria das condições de vida dessas pessoas são irrenunciáveis. Conclusivamente, é preciso criar alternativas para aqueles que devastam a fauna e a flora premidos por necessidade de sobrevivência, mesmo porque a preservação do meio ambiente somente se justifica com vistas à preservação do próprio homem, e não o contrário.

Do mesmo modo, o que vem ocorrendo com muitos crimes relativos às relações de consumo, sonegação fiscal, etc. É fácil comprovar que, desde a proclamação da Constituição Federal de 1988, especialmente da década de 90, o direito penal, ao invés de se ver reduzido, vem se notabilizando por uma forte expansão, criando-se vários tipos penais relativos a bens jurídicos sociais ou coletivos. Esta ampliação, conseqüentemente, desfigura o perfil do direito

penal democrático e contribui para o aumento das pessoas no cárcere – justo o aprisionamento, tão combatido pelos atuais discursos penais.

Por isso, é preciso muita cautela no uso do direito penal como controle social, especialmente quando sua proteção recair sobre novos bens coletivos e sociais, muitas vezes em confronto com outros bens tão caro ao homem – como seu direito de liberdade, intimamente ligado ao direito penal. Deve o Estado esgotar todos os meios menos lesivos ao cidadão para garantir e preservar a fruição dos novos bens realmente considerados pelos indivíduos em sua maioria, pois, afinal, o direito penal mínimo deve-se limitar a situações de absoluta necessidade.

Essa proliferação de novos tipos penais já sufoca até mesmo o novo modelo de justiça proposto pela Lei 9099/95 (Juizados Especiais Criminais), cuja implantação tinha como propósito o combate à morosidade judiciária, além de permitir aplicação de medidas despenalizadoras.

Outra questão diz respeito às práticas punitivas atuais, mais precisamente às penas alternativas. Ninguém discorda dos malefícios causados pela prisão que vem perdendo sua condição de paradigma dominante de punição. As penas alternativas vêm se firmando gradativamente como o paradigma punitivo emergente<sup>59</sup>. A Lei 9714/98, conhecida como a lei das penas alternativas, ampliou consideravelmente a aplicação dos substitutivos penais a quase todos os delitos previstos no Código Penal.

---

<sup>59</sup> As expressões paradigma dominante e emergente são no sentido dado por Boaventura.

Recorrer ao uso das penas alternativas para desafogar o sistema prisional tem sido uma vertente largamente defendida pelos atuais movimentos de política criminal. Basta ver a quantidade de trabalhos acadêmicos e obras jurídicas que lançam suas últimas esperanças nos substitutivos penais. Os juristas de profissão<sup>60</sup> ainda têm apostado neles como a melhor resposta penal para evitar os efeitos negativos do cárcere. E, nesse sentido, como já dito, têm-se orientado os novos sistemas penais.

Não se pretende aqui deslegitimar o uso das penas alternativas. A pretensão consiste em alertar para os riscos de seu uso desmedido, ainda que seja uma das soluções credenciadas pelos novos discursos penais, para amenizar os problemas da criminalidade e do cárcere. E, na prática, as penas alternativas têm feito muito pouco ou quase nada para justificar tanta confiança por parte dos operadores do direito. Isso porque ao invés de reduzir a criminalidade, a superlotação carcerária, na realidade, elas têm permitido com muita sutileza o crescimento das redes de controle social através de novas formas de punição.

Por meio das penas restritivas de direito, punem-se mais condutas com menos custos, o que atende muito bem às expectativas da sociedade capitalista em um estado de modernidade tardia. Coincidentemente, os argumentos oficiais que sustentam as penas alternativas são bem parecidos com aqueles que motivaram a construção do paradigma punitivo da modernidade – a prisão.

Com muita propriedade, Mônica Azevedo (2005, p.186) revigora o pensamento de Michel Foucault a esse respeito:

---

<sup>60</sup> Os juristas de profissão – expressão utilizada por Luis Alberto Warat, Professor da Universidade Federal de Santa Catarina, in *A crise do direito numa sociedade em mudança*/Org. por José Eduardo Faria. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1998.

[...] é importante tomar a contribuição de Michel Foucault na análise do discurso oficial dos substitutivos penais, no recorte pertinente ao objetivo do presente trabalho. Apontados como solução à superlotação carcerária, alternativa à prisão ante sua notória falência e elevado custo, que deve ser reservada aos delinquentes mais perigosos, remédio contra a reincidência e resposta à impunidade, propõe o discurso oficial um aumento da eficácia da punição em defesa da sociedade, sua aplicação baseia-se em princípios de disciplina e vigilância já enunciados nos mil pequenos teatros de castigos da utópica “*cidade punitiva*”.

**Trata-se de um remanejamento do poder de punir, multiplicando sua incidência, aumentando sua eficácia e diminuindo o seu custo econômico e político:** “*fazer da punição e da repressão uma função regular, coextensiva a sociedade; não punir menos mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas punir com mais universalidade e necessidade; inserir profundamente no corpo social o poder de punir*”. (grifo nosso)

Em resumo, sob o manto da humanização das penas, o direito penal vigente vem sendo utilizado para punir condutas que antes prescindiriam de uma sanção mais grave imposta pelo Estado. Não porque simplesmente surgiram novos bens jurídicos considerados importantes pelo homem, o que seria natural numa sociedade complexa e em constante mudança, mas sim porque com as penas alternativas tornou-se mais fácil criminalizar condutas – não havendo necessidade de sancioná-las com a pena de prisão politicamente incorreta e pouco eficiente.

Segundo parte da doutrina, esta extensão ainda pode fortalecer o movimento de recrudescimento penal. César Roberto Bitencourt (2006, p.71) expõe sua preocupação a respeito:

A ampliação da possibilidade de substituição de pena de até quatro anos, embora a princípio represente a adoção de uma política criminal descarcerizadora, pode trazer embutido em suas entranhas o embrião da velha política criminal funcional vigente em nosso país, digamos, como uma bomba armada de efeito retardado. Vejamos o seguinte: ninguém ignora que vivemos, nesta década, uma política de exacerbação de penas e

endurecimento de regimes, como meio de combate à violência e criminalidade, independentemente de qualquer resultado prático. Com algum tempo de vigência dos novos limites para aplicação das penas alternativas, mantendo-se as dificuldades atuais, o que é previsível, ante a ausência de vontade política de combate eficaz à criminalidade, estes novos limites para uso da pena substitutiva, certamente, servirão de desculpa para que se volte a exasperar as penas de muitas infrações penais, com a finalidade de impedir a aplicação das penas restritivas de direitos. [...]

Juarez Cirino dos Santos, citado por Mônica Azevedo (2005, p.40), quando da análise da Reforma Penal de 1984, antes da maior onda pelas alternativas penais da década de 90, já advertia:

[...] enquanto as justificações tradicionais invocam especialmente as inconveniências práticas, os malefícios da pena de prisão, divulgados em congressos, convenções, seminários, conferências, textos, incontestáveis porque refletem a realidade incontestável do fracasso da pena de prisão, a explicação real para adoção dos substitutivos penais tem origem na crise fiscal do Estado e na sua incapacidade financeira de arcar com o custo do preso. Salienta o autor, em sua criminologia radical, que, muito embora acolhida como consequência de uma suposta humanização do direito penal, a busca de alternativas à pena de prisão deve-se mais à alteração da estrutura econômica da sociedade capitalista, ampliando e redefinindo o controle da população criminalizada através de formas alternativas de penas e novas modalidades de controle social. Assim, mesmo ao prever as penas não carcerárias como substitutivas da prisão e impeditivas da ação criminógena do cárcere, mantém-se a prisão como centro da política penal e forma principal de punição, aperfeiçoada agora com novo rigor retributivo para os crimes considerados mais graves e atribuindo a conversibilidade das penas não carcerárias em pena carcerária, amplia-se, assim, a rede de controle social através do direito penal.

Tudo indica, na prática, que os substitutivos penais vieram para somar as penas e não para diminuí-las. Numa conferência sobre “Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito”, o professor Eugênio Raúl Zaffaroni (2005, p.42) fez o seguinte comentário:

A pena restritiva de direitos é uma pena que tenta substituir a pena privativa de liberdade. Todos fomos entusiastas de substitutivos da pena privativa de liberdade, há uns quinze ou vinte anos. Ah! A pena substitutiva, as penas alternativas..., que são penas não privativas de liberdade, não são alternativas. No fundo, historicamente falando, a pena privativa de liberdade também foi alternativa ou substitutiva da pena de morte ou das penas físicas.

Mas, agora, perdemos essa confiança. Verificamos que a pena não privativa de liberdade não ocupou o espaço das penas privativas de liberdade. Somou penas. Agora, temos penas privativas de liberdade, em igual ou maior quantidade, mais penas não privativas de liberdade. Aumentou, acrescentou penas. Não produz uma redução da pena privativa de liberdade.

A idéia geral de todas as penas não privativas de liberdade, a justificção da primeira foi a regra da ultima ratio, foi de reduzir o âmbito da privação da liberdade, da prisionização, mas, na realidade, não deu esse resultado.

A irrelevância estatística das penas restritivas de direito quanto à diminuição da superlotação carcerária pode ser atestada, por exemplo, em Cláudia Pinheiro da Costa (2001, p. 90): *“a maioria do contingente carcerário, ao contrário do que se pensa, é de apenados por crimes graves (70%), que não seriam eficazmente atingidos pelas penas alternativas, de modo que o sistema prisional seria levemente aliviado, posto que o Brasil também tem déficit de presídios para acomodar seus apenados”*.

Leonardo Sica (2002, p.101), de modo mais amplo, bem sintetiza os paradoxos existentes com a seguinte constatação: *“enquanto o minimalismo-garantismo se desenvolveu no plano teórico, repercutiu e se tornou a formula mais aceita de um sistema penal democrático, humanista e eficaz, na prática, os sistemas penais cresceram notadamente em caminho inverso, inchando-se, suprimindo garantias e estimulando a crença em sua capacidade de assim conter a criminalidade com eficiência”*.

É inquestionável que as tentativas teóricas para um direito penal melhor ainda não lograram êxito, pois os presos continuam sendo tratados em ambiente desumano, sem vez e voz, privados de garantias mínimas e com pouquíssimas chances de um retorno ao convívio social.

### 3. Crítica à dogmática penal brasileira: mudança de postura para concretização de um direito penal mínimo.

Afirmou-se que a situação caótica do sistema penal no Brasil (e no mundo) constitui objeto de preocupação constante dos penalistas. Teoricamente, as várias correntes de pensamento sobre o direito penal, especialmente as que foram aqui tratadas (Minimalismo e Garantismo), fornecem elementos teóricos suficientes a permitir a construção e a visualização de um direito penal quase perfeito<sup>61</sup>, capaz de atender a todas às expectativas liberais e sociais. Pelo menos em tese, a Constituição Federal brasileira não só proclama um sistema penal que contempla a aplicação de um direito pena mínimo, como também traz instrumentos para aplicação de um direito penal equilibrado<sup>62</sup>.

Outras leis posteriores, como a Lei 9099/95 (Juizados Especiais Criminais), que introduziu um novo modelo de Justiça Penal (adoção de medidas alternativas)<sup>63</sup> e, também, a Lei 9714/98, que ampliou as penas alternativas, fortalecem, em tese, o arsenal legislativo de combate aos problemas penais mais comuns – o aumento da criminalidade e a superlotação nas prisões. Infelizmente, mesmo com estes novos instrumentos jurídicos não houve muita

---

<sup>61</sup> Disse quase perfeito porque não creio na existência de uma ciência perfeita, máxime o direito penal pela multiplicidade dos conflitos sociais.

<sup>62</sup> Direito penal do equilíbrio, expressão utilizada por Rogério Greco como direito penal mínimo.

<sup>63</sup> As medidas alternativas funcionam como penas não privativas de liberdade, impedindo a condenação a um recolhimento forçado a determinado estabelecimento prisional.

mudança no panorama carcerário do país. A crise no sistema punitivo persiste, e as conquistas liberais e sociais não conseguem sair dos textos legais e tornarem-se realidade.

Não se duvida de que a melhor opção para obter a redução da criminalidade consiste na criação de políticas sociais, atacando diretamente a criminalidade em suas causas primárias e garantindo direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal. É preciso distribuir educação, saúde, alimentação, lazer e trabalho para combater a violência. E isso, por certo, não se faz num curto prazo e, muito menos, pode ser exigido do direito penal, sendo necessário dar início a uma política social séria, realmente compromissada com a distribuição desses bens.

Nesse aspecto, o próprio Alessandro Baratta, citado por Paulo Queiroz (2005, p.103) reconhece que:

[...] a melhor política criminal corresponde a uma política de transformação das estruturas sociais e de poder, um política, enfim, de minimização das desigualdades sociais, salientando que dentre os instrumentos de política criminal, o direito penal é mais inadequado, pelas razões já assinaladas. Daí porque não se trata de uma política de substitutivos penais, vagamente reformista e humanitária, mas, sim, de uma política muito mais ambiciosa, de levar a cabo profundas reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas. Enfim, a melhor política criminal é uma política não-penal, que se socorre de intervenções que vão as raízes dos problemas, uma resposta etiológica, e não uma resposta sintomatológica apenas.

Assim, paralelamente à boa política social que precisa ser posta em prática com o máximo de urgência, mas que a cada dia parece estar mais distante em nosso país, o que se pode fazer para melhorar o direito penal efetivamente aplicado na justiça penal brasileira? Sua situação atual de “falência” não permite mais sobrecarga. É preciso uma atitude prática, primeiramente da parte daqueles que operam diuturnamente com o direito penal: procurando

recolocá-lo nos trilhos da intervenção mínima, fazendo valer o seu caráter subsidiário, aplicando-o como *ultima ratio*. Portanto, antes de qualquer outra medida, deve-se adotar uma nova postura dogmática.

Jairo Bisol (1993, p.17) afirma que a história tem demonstrado que o direito e o seu discurso dogmático, além de regular a vida social, cumprem uma outra função específica: “a de adestramento político dos indivíduos”.

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade é “*na auto-imagem*<sup>64</sup> *da Dogmática Jurídica que ela se identifica com a ciência do direito*”. Ela tem por objeto o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à aplicação do direito e à vida. Prossegue ainda a autora (2003, p.18):

Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente a Dogmática, partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica.

---

<sup>64</sup> A expressão auto-imagem significa a própria imagem compartilhada pelos juristas dogmáticos sobre o trabalho que realizam.

A atividade dogmática estuda o direito com intuito de facilitar sua aplicação. A dogmática penal, por sua vez, tem a mesma estrutura do seu paradigma genérico, com o aditivo da especialidade penal.

Para Claus Roxin (1997, p.192), a dogmática penal é a disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e opiniões da doutrina científica no campo do direito penal.

A dogmática jurídica é de extrema importância para o direito, pois ela leva em consideração tanto o aspecto normativo quanto o aplicativo, devendo ser fiel ao modelo constitucional a que se vincula. A dogmática penal, por sua vez, tem a função de construir um sistema de coerência e previsibilidade nos julgamentos para proteger os direitos humanos fundamentais e garantir uma segurança jurídica. Na prática, não é isso o que se tem revelado, e o exercício dogmático tem sido realizado em sentido oposto ao que prescreve seus fins, pelo menos em tese.

Assiste razão a Vera Andrade quando critica o papel que vem sendo desempenhado pela dogmática penal vigente. Os estudos da professora da Universidade Federal de Santa Catarina, alinhados com o pensamento do mestre italiano Alessandro Baratta, culminaram na obra *“A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal”*, na qual ela alude com muita nitidez às ilusões causadas pelo atual discurso dogmático, constituindo-se em importante marco teórico-crítico sobre o sistema punitivo e atual dogmática penal.

Segundo Vera Andrade (2003, p.313), o controle penal capitalista, que a dogmática tem proposto a racionalizar, em nome dos direitos humanos e da segurança jurídica exigidos pelo estado de direito e o direito penal liberal, é o mesmo controle que contribui para operacionalizar e legitimar mesmo quando opere seletivamente e viole, sistematicamente, os direitos humanos, configurando um suporte importante na manutenção da desigual distribuição da riqueza e do poder.

A autora ilustra sua crítica em relação à dogmática penal, parafraseando Boaventura de Sousa Santos<sup>65</sup>. Tal como o sociólogo português, quando afirmou o problema da Ciência moderna, Vera Andrade aponta que a crise da dogmática penal reside, conseqüentemente, na dupla verificação: os excessos provocados pela violência punitiva, cujas promessas eram de minimizá-los, não foram minimizados, mas continuam a se reproduzir; e os déficits em relação às garantias individuais que prometera superar, não só não foram superados, como se multiplicaram.

Não restam dúvidas de que o grande desafio para ciência penal é conseguir outorgar a máxima tutela de bens jurídicos fundamentais por meio da mínima limitação da liberdade individual, o que por si só já constitui um verdadeiro paradoxo. Para que isso seja feito da melhor forma, antes de tudo, é preciso uma nova postura dogmática, especialmente por parte daqueles que representam os órgãos oficiais de punição do Estado, assim, o juiz, o promotor, o delegado, diretor do estabelecimento penal etc.

---

<sup>65</sup> Sousa Santos afirma que tanto o excesso como o déficit de realização das promessas históricas explica nossa difícil situação atual que aparece, na superfície, como um período de crise, mas que, em um nível mais profundo, constitui um período de transição. [...] o ponto de partida do diagnóstico da Ciência moderna como problema reside na dupla verificação de que os excessos da modernidade que a Ciência prometeu corrigir, não só não foram corrigidos, como não cessam de se reproduzir em escala cada vez maior, e que os déficits que a Ciência prometeu superar, não só não foram superados, como se multiplicaram e agravaram.

Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p.319) procura dar uma nova orientação à dogmática penal, deslocando-a de um garantismo abstrato para um garantismo crítico e criminologicamente fundado, formulado a partir do desenvolvimento em conjunto da dogmática penal (garantista) ao encontro do aspecto crítico da Criminologia. Esta pode ser a melhor solução no curto prazo: uma nova saída para o sistema penal, que depende substancialmente de penalistas e profissionais, responsáveis direta ou indiretamente pelas práticas punitivas atuais.

Na mesma linha de raciocínio, Jorge de Figueiredo Dias (1999, p.23-25) também já apontou senão para o mesmo caminho, para algo semelhante: a melhor aplicação do direito penal, ressaltando a importância da interdisciplinaridade (a dogmática, a política criminal e a criminologia):

Para a compreensão científica da tarefa de aplicação do direito penal não basta o conhecimento das normas jurídico-penais, antes se torna sempre indispensável o domínio das contribuições que a gama das ciências criminais pode validamente fornecer. O que todavia não significa, acentuo desde já, tornar a dogmática jurídico-penal em uma espécie interdisciplinar. [...] o mútuo relacionamento da dogmática jurídico-penal, da política criminal e da criminologia.

Sem dúvida, se se procuram respostas penais, precisa-se aproximar a dogmática penal da realidade social, contendo a penalização de bens jurídicos, muitas vezes movida por um dogmatismo extremado. Também, deve-se conter a aplicação abusiva das penas alternativas, pois não intimidam e nem atingem os fins a que se propuseram, pelo contrário, têm promovido um efeito inverso, estando em descompasso com o direito penal do *Estado Democrático de Direito*.

## SÍNTESE CONCLUSIVA

A investigação feita permitiu reviver a formação do paradigma punitivo da modernidade, o atual sistema de penas e apontar alguns paradoxos existentes no direito penal do *Estado Democrático de Direito*. As críticas dirigidas à plena expansão dos novos tipos penais e ao uso abusivo das sanções alternativas permitem uma seria reflexão para uma mudança de atitude – uma nova postura dogmática.

O paradigma punitivo dos tempos modernos passa a ser definido pela prisão e não mais pelo suplício da Idade Média. Sob a mira crítica de Michel Foucault pôde ser vista outra motivação para o surgimento da prisão que não aquela costumeiramente observada quase como um romance nos manuais do direito penal. A influência do capitalismo na conformação da chamada sociedade disciplinar revela outro ingrediente que foi decisivo na formação do paradigma punitivo moderno, negando todos os ideais propagados pela modernidade. Não foi verdadeiro o discurso de que a prisão deveria servir apenas para humanizar a pena e dar maiores garantias ao condenado. A partir da modernidade e dos problemas detectados desde o início da prisão é que surgem as *Escolas Penais*, buscando cada uma delas, ao seu modo, racionalizar a aplicação do direito penal.

No Brasil, o direito penal foi introduzido pelas ordenações portuguesas, época em que o suplício caracterizava-se como eixo central de punição. Mais tarde, com a Constituição de 1824 e o Código Criminal de 1830, sob os auspícios dos princípios e ideais estabelecidos pela Revolução Francesa, muda-se o paradigma punitivo – do suplício para a prisão –, presente até os dias atuais. Basicamente, são estas as considerações a serem feitas na primeira parte do

trabalho, que apesar de apresentar um sentido histórico, procurou-se fugir do jargão tradicional evolutivo da pena.

Na segunda parte da pesquisa, na qual se assumiu como o ponto mais dogmático do trabalho, foi possível demonstrar o processo de constitucionalização do direito penal brasileiro, culminando com a nossa última Carta Constitucional (1988). Nela, o princípio da dignidade humana foi colocado em posição superior a todos os demais princípios, constituindo-se, realmente, em uma espécie de “fio condutor” de todas as demais regras compreendidas no texto constitucional.

Foram descritas as penas previstas no Código Penal vigente e demonstrado que, com a edição da Lei 9714/98, houve significativo avanço na possibilidade de aplicação das penas alternativas, ainda que os tipos penais existentes (maioria) tiveram origem num período autoritário de nossa história, com forte influência das ditaduras européias. Elas sinalizam para um novo paradigma de punição que não parece ser muito melhor do que o anterior. O breve diagnóstico da execução das penas atesta a crise do sistema punitivo brasileiro, que apesar de ser importante estágio para medir o esforço penal, tem sido relegado por todos.

Posteriormente, a pesquisa se ateve à questão do direito penal no *Estado Democrático de Direito*. Após ter explicado o porquê da junção das palavras “**Democrático de Direito**”, tratou-se desde logo de buscar os discursos penais que mais se afinam com o modelo de Estado adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro: o Minimalismo, de Alessandro Baratta, e o Garantismo, de Luigi Ferrajoli. Ficou claro que tanto um quanto o outro, apesar de terem naturezas diversas – um serve para deslegitimar; e o outro, para legitimar o direito penal –, num ponto eles convergem suas idéias: a busca por um direito penal mínimo.

Assim, sendo o direito penal, baseado na intervenção mínima, considerado o mais compatível com o *Estado Democrático de Direito*, não se justifica o avanço desmedido do controle penal a todo e qualquer bem jurídico, mesmo que ele tenha adquirido *status* constitucional. Banaliza-se ou desvirtua-se o direito penal, exigindo dele o que não pode dar ou realizar – o bem-comum. Pode-se dizer o mesmo em relação ao uso indiscriminado das penas alternativas, constituindo-se numa via inadequada para alcançar o desiderato do direito fundado na intervenção mínima. Ninguém duvida de que a pena em si é um mal necessário, não tendo como ela ser generosa, ainda que seja uma mera restrição de direitos.

Na prática, as novas penas alternativas em quase nada contribuíram para redução dos problemas do cárcere e, pior, permitiram sim uma ampliação do direito penal pelo simples fato de que sua instituição parece não causar qualquer “remorso”, principalmente, para atividade legislativa, que cria um tipo penal sem muito custo para o Estado, mas estende o controle social, passando a imagem de maior proteção à sociedade. Em síntese, ao invés de diminuir o espaço do direito penal, as penas alternativas, apesar de “sedutoras”, acabam colocando o sistema penal onde ele não precisaria existir.

Diante desses paradoxos apontados, urge, como tentativa de amenizar os abalos do direito penal, a adoção de uma nova postura dogmática por aqueles que labutam com o direito penal e estão envolvidos de forma direta ou indireta com as práticas punitivas. Isso porque a dogmática penal brasileira tem se revelado bastante traiçoeira. Teoricamente, propõe um discurso de segurança à manutenção dos direitos individuais e coletivos, mas, na realidade, opera em sentido contrário, muitas vezes legitimando a própria maximização do direito penal. Destarte, é preciso então aproximar os dogmáticos da realidade social, para que o direito penal possa ser aplicado com maior eficiência, ou seja, conseguir tutelar os bens jurídicos

considerados mais importantes ao homem com o máximo respeito aos direitos e respeito às garantias individuais. Para isso, não se depende de qualquer ação do governo, pode-se começar agora, aplicando-se a lei penal com equilíbrio e sensatez, e ainda provocar a interação de toda a coletividade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática Jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **A ilusão de Segurança Jurídica**: Do controle da violência à violência do controle penal. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Verso e reverso do Controle Penal**: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. V1 e 2.

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas Alternativas à prisão**: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro. Curitiba, 2005.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema pena brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesena. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Bauru: Edipro, 2003.

BELLO, Enzo. **Perspectivas para o direito penal e para um ministério público republicano**. Coleção Pensamento Crítico. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BISOL, Jairo. **Dogma e dogmatismo**. IN: Sousa Junior, José Geraldo de, Introdução Crítica ao Direito. 4ª ed. Brasília: UNB, 1993. vol.1 p. 17-18 (série o direito achado na rua)

BITTAR, E. C. B, ALMEIDA, G.A. **Curso de Filosofia do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Novas Penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei 9714/98**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral, Tomo I**, 5ª Edição. Revista e Atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

BUARQUE, Cristóvão. **A cortina de ouro**. Os sustos do final do século e um sonho para próximo. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

CALLEGARI, André Luis e outros. **Direito Penal em tempos de crise**. Org. por Lenio Luiz Streck. Porta Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARDOSO, Franciele Silva. **Penas e medidas alternativas: análise da efetividade de sua aplicação**. São Paulo: Editora Método, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2ª Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Organizador Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. **A política probicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado**: Org. Maria Lúcia Karam. Globalização Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito penal na constituição**. 3ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. Tradução Eliana Granja. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CONDE, Francisco Munoz. **Direito penal e controle social**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Cláudia Pinheiro da. **Sanção Penal: sua gênese e tendências modernas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CORBISIER, Roland, **Autobiografia Filosófica: das ideologias à teoria da práxis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FOPPEL El Hireche, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. Ditos e Escritos II. Tradução Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária Ltda, 2000.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro. Nau editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso**. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

FRAGOSO, Heleno, Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **A progressão de regime no sistema prisional no Brasil**: A interpretação e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado. Coleção Pensamento Crítico. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

GIACOIA, Gilberto. **Histórico luso-brasileiro e perspectivas criminológicas da reação penal**. 2001. 426 f., 2 volumes, Grau: Pós-Doutorado. Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, Coimbra, Portugal, 2001.

GIACOIA Junior, Oswaldo. **Pequeno dicionário de filosofia contemporânea**. São Paulo: Publifolha, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sonhos e pesadelos da razão esclarecida**: Nietzsche e a modernidade. Passo Fundo: UPF, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. v.1.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 2ª Edição revista e atualizada. Niterói, Impetus, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Org. e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

JAPIASSU, Hilton e MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3ª rev. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

JESUS, Damásio E. **Penas Alternativas**: Anotações à Lei n 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Edição revista e ampliada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Virgínia. **Vida**: viver a crise de paradigmas. Disponível em: <<http://espaçoacademico.com.br/033/33emachado.htm>>. Acesso em 19 fev.2006.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho em el Estado social y democrático de derecho**. Traduzido por Sergio S. Schecaira. Barcelona, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei n 7210, de 11.07.1984, 11. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004.

NEDER, Gizlene e Cerqueira Filho, Gisálio. **Criminologia e Poder Político sobre direitos, história e ideologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral / Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru. São Paulo: Jalovi, 1980.

PILAU, Newton César. **Teoria constitucional moderno-contemporanea e a positivação dos direitos humanos nas constituições brasileiras**. Passo Fundo: UPF, 2003.

PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais: Sinopses Jurídicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do caráter subsidiário do direito penal: Lineamentos para um direito penal mínimo**. 2ª Edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A modernização do direito penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RIOS, Rodrigo Sanchez, **Das causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos**. São Paulo, 2003.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal estar na modernidade**. São Paulo: Companhia da Letras, 1998.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzon Penal, Miguel Dias Y Garcia Conlledo e Javier Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997. t.I.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

RUSCHE, Georg e KIRCHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Coleção Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCAVONE, Lucila, ALVAREZ, Marcos César, MISKCOLCI. **O legado de Foucault**. São Paulo: Editora da Unesp, 2006.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução da 2ª edição espanhola. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini. **Os direitos humanos como fundamento do Minimalismo penal de Alessandro Baratta**: Org. Vera Regina Pereira de Andrade. Verso e reverso do controle penal: aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v.2

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 1997

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. **A crise do paradigma**: IN: Sousa Junior, José Geraldo de, Introdução Crítica ao Direito. 4ª ed. Brasília: UNB, 1993. vol.1 p. 61-72 (série o direito achado na rua)

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia Radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**, 4ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **A constitucionalização do direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA E SOUZA, Marisya. **Crimes Hediondos & Progressão de regime prisional**. Curitiba, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano. **A progressão de regime no sistema prisional do Brasil**: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique, **Direito Penal Brasileiro**, 6ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **Conferência Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Org. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.