



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

DOUGLAS CÂMARA DA CRUZ

**A TEORIA DO ABOLICIONISMO PENAL E ALTERNATIVAS A PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

**Assis/SP
2021**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

DOUGLAS CÂMARA DA CRUZ

**A TEORIA DO ABOLICIONISMO PENAL E ALTERNATIVAS A PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando: Douglas Câmara da Cruz
Orientador: Carlos Ricardo Fracasso**

**Assis/SP
2021**

FICHA CATALOGRÁFICA

C957t CRUZ, Douglas Câmara da
A TEORIA DO ABOLICIONISMO PENAL E ALTERNATIVAS A PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE / Douglas Câmara da Cruz. Assis, 2021.

44 páginas.

Trabalho de conclusão de curso (Direito). - Fundação Educacional do Município
de Assis – FEMA.

1. Abolicionismo Penal. 2. Justiça Restaurativa.

CDD: 341.5825

A TEORIA DO ABOLICIONISMO PENAL E ALTERNATIVAS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

DOUGLAS CÂMARA DA CRUZ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Carlos Ricardo Fracasso

Examinador: _____
Inserir aqui o nome do examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais e irmã, que ao longo desta trajetória importante da minha vida, sempre me apoiaram e me motivaram a seguir em frente.

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, a Deus que me deu força e clareza para enfrentar todos os desafios e dificuldades.

Aos meus pais, irmã e cunhado, pelos bons exemplos e incentivos.

Ao meu orientador Professor Carlos Ricardo Fracasso, pelos auxílios e orientações para que este trabalho fosse finalizado.

A todos os professores do curso de Direito que contribuíram para minha formação.

Aos amigos que se fizeram presentes nos momentos de alegrias e nos momentos difíceis.

E a todas as demais pessoas que contribuíram de alguma forma para que esse trabalho fosse realizado.

A força do direito deve superar o direito da força.
Rui Barbosa

RESUMO

Hoje no Brasil temos em curso um fenômeno denominado de hiperencarceramento e o resultado de modo geral é a absoluta ineficácia do sistema prisional, que não cumpre as funções da pena privativa de liberdade esperadas, como a retribuição e a prevenção, além de não respeitar os direitos previstos na lei de execução penal. Com isso em mente, no trabalho abordo de forma breve a situação atual do sistema prisional e a hipertrofia do direito penal, que tem sido usado de forma simbólica, conceituando e explicando esses pontos para introduzir as propostas da Teoria Abolicionista para o direito penal e apresentar possíveis alternativas a pena privativa de liberdade que podem ser utilizadas para minimizar o problema do hiperencarceramento, que já são adotadas com sucesso em outros países, sendo algumas até mesmo já utilizadas, ainda que timidamente, aqui no Brasil, e que buscam levar a sociedade a um estágio mais próximo da pacificação, com uma resolução de conflitos eficiente reestabelecendo a paz social.

Palavras-chave: Abolicionismo Penal; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

Today in Brazil we have an ongoing phenomenon called hyperincarceration and the result in general is the absolute inefficiency of the prison system, which does not fulfill the functions of the loss of liberty that are expected, such as retribution and prevention, in addition to not respecting the Performance rights in criminal enforcement law. With this in mind, in this work I briefly address the current situation of the prison system and the hypertrophy of criminal law, which has been used symbolically, conceptualizing and explaining these points to introduce the proposals of the Abolitionist Theory for criminal law and presentation possible alternatives to the loss of liberty that can be used to minimize the problem of hyperincarceration, which are already successfully adopted in other countries, some of which have even been used, albeit timidly, here in Brazil, and which seek to lead society to a stage closer to pacification, with conflict resolution re-establishing social peace.

Keywords: Criminal Abolitionism; Restorative Justice.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PENAL NO BRASIL	13
2.1. CONCEITO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	13
2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	14
2.3. DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A HIPERTROFIA DO DIREITO PENAL	19
2.4. DIREITO PENAL MÁXIMO.....	22
2.5. CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	22
2.6. AUSÊNCIA DE RESULTADO PRÁTICO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	23
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE CRIMINOLOGIA E ABOLICIONISMO PENAL.....	25
3.1. CONCEITO DE CRIMINOLOGIA	25
3.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SOCIOLOGIA CRIMINAL.....	26
3.3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA OU DIALÉTICA.....	26
3.4. ABOLICIONISMO PENAL	27
3.4.1. Conceito.....	27
3.4.2. Origem e evolução histórica	28
3.4.3. Propostas do abolicionismo penal.....	28
3.4.4. Possibilidade de aplicação na realidade atual do país	28
4. ALTERNATIVAS A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL	30
4.1. ALTERNATIVAS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE JÁ PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO	30
4.2. DIREITO PENAL MÍNIMO.....	35
4.2.1. Conceito	35
4.2.2. Viabilidade da reestruturação do sistema atual para um sistema de Direito Penal mínimo	35
4.3. JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	36
4.3.1. Conceito e origem	36
4.3.2. Proposta	38
4.3.3. Atual estágio de implementação no Brasil.....	40
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar um problema enfrentado no Brasil, conhecido como hiperencarceramento, bem como algumas teorias e mecanismos possíveis de minimizar ou até mesmo contornar esse quadro.

Atualmente, o Estado prioriza o aprisionamento dos delinquentes ao invés de utilizarem meios alternativos de punição e pacificação social. Isso tem acarretado a um grande número de presos e um sistema carcerário com inúmeros problemas.

Nossa sociedade prende muito e prende mal. Os dados analisados mostram que o sistema prisional é seletivo quanto a algumas características que se mostram predominantes quando se olha para o perfil do preso no Brasil. Se destaca um perfil específico, o homem jovem, preto ou pardo e de classe social menos favorecida, predominantemente por cometimento de crimes contra o patrimônio e relacionadas a Lei de Drogas.

Além disso, os dados também apontam que o sistema penal atual, que promove a segregação dessas pessoas ao regime fechado, não atingi um preceito básico do instituto, que é o da ressocialização e prevenção social. Os problemas gerados pelo hiperencarceramento retiram a dignidade desses segregados enquanto seres humanos, trata-se de celas lotadas, insalubres, tempo ocioso sem promoção de nenhuma forma de melhoria no seu desenvolvimento pessoal, e o pior, quase todos os presídios contam com a presença de facções criminosas, que aliciam os presidiários para que possam contar com alguma “proteção” lá dentro, e que depois quando em liberdade continuam no mundo do crime por estarem associadas a tais grupos.

Outro fator de dificuldade na ressocialização também é o estigma que fica presente. O indivíduo passa um longo tempo segregado, sem promoção de estudo ou trabalho, e quando sai, é claro que a reinserção no mercado é quase impossível. Em um país onde nem mesmo as pessoas que estudam por anos, se graduam e aperfeiçoam conseguem

com facilidade bons postos de trabalho, o que dirá de quem teve pouco acesso a instrumentos de educação ou capacitação e ainda passou meses ou anos segregado da sociedade. Fatalmente, essa pessoa volta a delinquir pois é o único meio de obter sustento que conhece, é o que os dados em sua maioria mostram. É claro que existem exceções a essa regra, mas aqui o que se pretende abordar é o cenário representado pela maioria dos dados.

Dito isto, o trabalho aborda possíveis formas para solucionar, ou ao menos minimizar esse problema. A teoria do abolicionismo penal, que visa a descriminalização e a despenalização, surge como um extremo ao modelo atual. Também são retratadas propostas intermediárias, como a teoria do direito penal mínimo e a aplicação de práticas de Justiça Restaurativa, que já sendo usada no país

No segundo capítulo, intitulado de breves considerações sobre o sistema penal no Brasil, é apresentado o conceito de pena privativa de liberdade, como ela é aplicada atualmente e os distintos regimes prisionais permitidos em nossa legislação. E também uma breve evolução histórica da pena privativa de liberdade, exemplificando os ideais de justiça para as sociedades de determinados países em diversos períodos históricos. Em seguida é conceituado o direito penal simbólico e a hipertrofia do direito penal como uns dos principais causadores para a ineficácia do atual modelo de justiça no Brasil, tendo em vista que o Direito Penal Simbólico é utilizado apenas para transmitir sensação de segurança para a sociedade não trazendo efetividade para solução dos problemas criminais e a hipertrofia é causada pela resposta do legislador em transformar tudo em tipos penais incriminadores. Em junção dessas ações ineficazes para a diminuição da criminalidade, o Direito Penal Máximo vigente como ideal punitivista em nosso país, resulta no fenômeno nomeado de hipercarceramento que acarreta diversos problemas nos sistemas prisionais.

No terceiro capítulo, é trazida a criminologia com breves nuances e como resposta para ineficácia apresentada para a ressocialização dos indivíduos que passaram pelos sistemas prisionais, além da teoria do abolicionismo penal, apresentada por Thomas Mathiesen, Nils Christie, Louk Hulsman e Herman Bianchi em meados dos 60 e 70, tendo como principais

ideias a descriminalização e despenalização para diversos tipos penais, e também de reestruturação em diversas áreas sociais.

São retratadas também outras formas de efetivação da justiça e teorias intermediárias, como a justiça restaurativa, apresentada no quarto capítulo.

A justiça restaurativa é um meio de solução de crimes e conflitos do qual a sociedade não trata os infratores como inimigos, reunindo o infrator, junto a vítima e membros da sociedade a fim de mostrar o que suas atitudes causaram e possíveis maneiras de reparação dos danos, com finalidade de trazer uma certa paz social sem utilizar dos meios punitivistas, a justiça restaurativa já vem sendo usada no Brasil mas muito timidamente, porém apresenta positivos resultados para a sociedade, fazendo que o infrator se sinta parte da sociedade, entendendo os danos causados as suas vítimas e se responsabilizando por todos danos causados a elas.

Por fim, no capítulo cinco, são apresentadas as considerações finais discorrendo sobre os dados obtidos acerca do sistema prisional vigente no Brasil, nos quais se mostram ineficazes passa ressocialização dos criminosos como será demonstrado ao longo do trabalho, dando espaço para a teoria abolicionista que visa redefinir o ideal de justiça em nossa sociedade, tendo em vista que o simples encarceramento definitivamente não traz melhorias pessoais para os condenados que por lá passam, conectando a ineficácia no modelo atual de pena utilizada em nosso país, trago a justiça restaurativa como opção de grande relevância para a melhoria dos condenados tendo em vista que essa traz o infrator como membro da sociedade, demonstrando as consequências de suas ações e acolhendo especialmente as necessidades da vítimas.

O estudo que aqui se apresenta tem o objetivo específico de abordar o problema do hiperencarceramento, fazendo uma análise de dados mais recentes e tratando sobre algumas das principais teorias e mecanismos que seriam capazes de minimizar os efeitos nocivos observados.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PENAL NO BRASIL

2.1. CONCEITO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Para compreensão do abolicionismo penal, inicialmente devemos conceituar a pena privativa de liberdade, sendo ela a pena que retira o direito de locomoção do condenado por um determinado período, segregando-o do convívio em sociedade, tendo como funções esperadas no cumprimento da pena a retribuição e a prevenção dos indivíduos.

O caráter retributivo da pena tem como objetivo retribuir o mal causado pelo infrator por meio de sanções, já o prevencionista tem como finalidade evitar que o infrator cometa novos crimes.

Para Rogério Greco (2005, Pág.600):

A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido.

O artigo 33 do Código Penal nos traz a distinção entre detenção e a reclusão, sendo elas espécies de penas nas quais se encontram as penas privativas de liberdade, tendo como características a definição de seus regimes iniciais, ou seja, para condenações mais severas a pena será de reclusão, podendo ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, já a detenção é aplicada em condenações mais leves e não admite que seu cumprimento inicial seja em regime fechado.

A pena privativa de liberdade está dividida em três regimes penitenciários, segundo prevê o Código Penal, artigo 33, §1º, sendo eles o fechado, o semiaberto e o aberto.

O regime fechado se dá quando a pena privativa de liberdade é executada em estabelecimento de segurança máxima ou média. Sendo imposta quando a pena imputada ao condenado for superior a 8 anos.

Já o semiaberto, ocorre quando a pena privativa de liberdade é executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Ocorrendo quando a pena imposta for superior a 4 anos, mas não ultrapassando 8 anos. Em algumas cidades é permitido o trabalho externo durante a semana, desde que o preso trabalhe de manhã e retorne durante a tarde, necessitando autorização da direção do estabelecimento, dependerá também de sua aptidão, disciplina e responsabilidade, além de cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Por último, o regime aberto tem sua aplicação quando a pena privativa de liberdade é executada em albergues ou casa do apenado e pode ser executado quando a pena for igual ou inferior a 4 anos. No regime aberto o sentenciado pode trabalhar durante os dias da semana e recolher-se durante a noite por voltas das 22 horas, salvo prévia autorização judiciária para prolongar esse horário.

Para determinação da espécie e regime inicial do cumprimento da pena o juiz de direito deve seguir como previsto no artigo 59 do Código Penal, analisando detalhadamente à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, e estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime as penas aplicáveis dentre as cominadas, a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Em tempos primitivos não podemos afirmar a existência de normas penais sistematizadas, pois naquela época as punições não estavam relacionadas a justiça e sim a vingança, como observamos no Código de Hamurabi que é um dos primeiros códigos que conhecemos, por exemplo, era vigente a ideia do “olho por olho, dente por dente”, o que demonstra que aquela sociedade solucionava seus conflitos baseada na ideia principalmente de retribuição do mal, ou seja, vingança com o emprego de penas cruéis e desumanas. As ideias principais de vinganças estavam divididas entre vingança divina, vingança privada e vingança pública.

Naquela época as pessoas acreditavam muito na vingança divina a qual trazia muitos misticismos e crenças, pois eles não tinham os conhecimentos científicos adquiridos atualmente, onde já existem explicações lógicas para eventos climáticos como chuvas, trovões, raios e secas. Dessa forma, acreditavam seriamente que tudo teria origem nas divindades chamadas de Totens, sendo essas sociedades chamadas de Totêmicas. Além disso, quando descumpridas as regras impostas pelos grupos, o indivíduo infrator era punido pelo próprio grupo de forma cruel e degradante, com a premissa de retaliação divina.

Já na vingança privada, a vontade punitiva partia da própria vítima ou de seu grupo social, sem relacionar as penas com as divindades e sim com o sentimento de vingança individual, trazendo a punição para aqueles que desrespeitassem as regras impostas, trazendo também penas desumanas e muitas vezes desproporcionais à ofensa, assim surgiu na babilônia o Código de Hamurabi com a regra de talião, regra na qual a punição deveria ser proporcional a ofensa, mesmo assim não houve a extinção de penas cruéis e desumanas.

Por sua vez, a vingança pública surgiu com a organização e soberania do Estado, retirando dos cidadãos o dever de punir, e atribuindo o dever de proteção ao Estado, com intuito de proteger a coletividade e acima de tudo o próprio funcionamento do Estado Soberano, nos primórdios do surgimento da vingança pública as penas cruéis e degradantes se mantiveram, muitas das vezes sendo impostas até mesmo para as próximas gerações dos condenados.

Alguns exemplos de penas que podemos citar desta época, são as mortes em fogueiras, esquartejamentos, sepultamentos em vida, assegurando assim a segurança da classe dominante e o funcionalismo do Estado.

Como observado, em todos os casos as penas eram cruéis e degradantes, no início do século XIX essas penas foram desaparecendo, pois já não eram tão bem aceitas e o Estado se adaptando mudou o caráter das penas de vingança para educação social, e com interesse econômico deu-se início às penas de trabalhos forçados e deportação.

Para chegarmos ao nosso atual sistema de penas com a privação de liberdade é necessária uma breve introdução da evolução histórica das penas em diversos países.

Direito Penal na Grécia: Não se tem grandes escritos da Grécia para analisarmos com profundidade a legislação vigente na época, todavia, as passagens filosóficas eram comuns e nelas podemos analisarmos que o Direito Penal Grego evoluiu sucessivamente de vingança privada, para vingança divina e logo em seguida um momento político, pautando a moral e os direitos civis.

Direito Penal em Roma: Assim como na Grécia, Roma passou pela vingança privada, divina e se estabeleceu na vingança pública, permitindo naquela época o Direito a religião.

Logo dividiram os delitos em públicos e privados, sendo eles públicos quando violavam o direito coletivo, por exemplo o homicídio, crime no qual era punido pelo *jus publicum*, ou seja, punido publicamente de forma cruel e desumana, geralmente em praça pública e o delito privado com foco no interesse individual, por exemplo crimes contra o patrimônio, punidos pelo *jus civile* com penas privadas.

Direito Penal Germânico: Trazendo grande evolução para o Direito Penal, o Direito Penal Germânico trouxe como pena mais grave a punição chamada de *Friedlosigkeit*, punição na qual, quando o infrator ofendia o direito coletivo dos indivíduos, esse infrator perdia seu

direito fundamental da vida, dando o direito de qualquer cidadão matá-lo, quando o direito violado era o individual, ofendendo somente um indivíduo ou família, o direito Germânico presava em reestabelecer a paz social, permitindo a reparação por parte do infrator, entretanto, ainda era permitida a vingança de sangue, vingança na qual a vítima poderia se vingar mediante a morte do infrator, ou na falta desse, com a morte de alguém de sua família.

Com influência de outros lugares, o direito germânico deixa de ser privado e passa a ser público, devendo o Juiz Soberano obrigatoriamente estabelecer a paz, retirando a faculdade do ofendido.

Direito Penal na Idade Média: Com a criação do Tribunal da Santa Inquisição, movimento liderado pela Igreja Católica para perseguir e punir aqueles que fossem ameaças ao catolicismo, as penas tinham caráter intimidador e cruéis, com objetivo de coibir eventuais ameaças a Igreja Católica. Na época os inquisidores cortavam os calcanhares dos hereges e os queimavam em brasas como forma de punição, operando tribunais inquisitoriais ao longo de seus impérios, inicialmente os inquisidores visitavam uma determinada localidade, anunciando o período de graça, período do qual era pedido para que os hereges se apresentassem e que terceiros denunciasses possíveis heresias, caso os hereges se apresentassem para confessarem suas heresias durante o período de 30 dias, poderiam ser aceitos pela igreja sem penitência.

Os acusados de heresia denunciados por terceiros, passavam por um interrogatório, sendo pressionados a confessarem seus crimes, cada tribunal tinha seus próprios funcionários e ao longo dos tempos a inquisição produziu diversos manuais de procedimentos verdadeiros “livros de instruções” para lidar com diversos tipos de heresias.

Os interrogatórios diversas vezes eram seguidos por sessões de torturas caso os suspeitos não confessassem ou confessassem de maneira incompleta.

Apesar de ter sido um período cruel, durante esse período notamos alguns pontos benéficos para o Direito Penal, sendo esses pontos, as penas privativas de liberdade cumprindo um caráter reformador do criminoso, embora não fosse esse objetivo inicial, e o surgimento da apreciação do caráter subjetivo dos delitos.

Direito Penal Brasileiro: O Direito Penal Brasileiro passou por diversas etapas, em sua colonização o Brasil não tinha um Direito Penal próprio e utilizou as Ordenações Afonsinas de Portugal até 1512 na qual foi substituída pelas ordenações Manuelinas e em seguida pela junção das duas ordenações iniciais, denominada de Código D. Sebastião.

Depois disso, surge as Ordenações Filipinas que vigorou mais duzentos anos, essas ordenações tinham cunho religioso, já que vinham das três ordenações iniciais, vindas de Portugal, punindo com crueldade todos que iam contra os preceitos religiosos da época, disseminando o medo.

Logo após a Proclamação da Independência, surge o Código Penal do império, código que limita a pena de morte somente para os escravos e traz um direito penal mais humanista e protetivo para os demais, criando agravantes e atenuantes para as penas e estabeleceram julgamento especial para menores de 14 anos.

Após a Proclamação da República, surge o Código Penal republicano que extingue as penas de morte e de caráter perpétuo observando os preceitos legais da constituição de 1891, permitindo somente punições de banimento temporário e suspensão de direitos.

Em seguida o Desembargador Vicente Piragibe assume a tarefa de compilar todas as leis existentes, resultando em 1932, na consolidação de Leis Penais.

Por fim, em 1942, entra em vigor o Código Penal atual até hoje, no qual passou por uma reformulação em sua parte geral pela lei 7.209/86 e vem sofrendo diversas mudanças ao longo de todos esses anos.

2.3. DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A HIPERTROFIA DO DIREITO PENAL

O Direito Penal Simbólico é utilizado para transmitir sensação de segurança para sociedade, modificando leis e deixando suas penas mais severas, muitas das vezes, essa tentativa é feita de forma rápida, não trazendo efetividade para solução dos problemas criminais.

Segundo Rogério Sanches Cunha, nessa hipótese “O legislador atua pensando (quase que apenas) na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a (ilusória) sensação de tranquilidade”. (SANCHES, 2005, p.37)

Na prática, muda-se a lei, deixando-a mais rigorosa ou criando tipos penais incriminadores, como uma resposta aos anseios da sociedade, sem embasamento científico ou estudos sobre a aplicabilidade e eficácia dessas alterações/criações, por vezes não trazendo nenhum resultado prático aos casos concretos, ou servindo tão somente para especificar, atribuindo outro nome e penas diferenciadas, sempre mais rígidas, a crimes que já eram punidos pela legislação. Exemplo recente é o da tipificação do Femicídio no artigo 121 do Código Penal.

Sendo um anseio social a atenção ao estado de vulnerabilidade das mulheres vítimas de violência doméstica e a punição efetiva desses agressores para que essas atrocidades praticadas contra elas, inaceitáveis em um Estado democrático de direito, deixem de ser uma triste realidade, o legislador achou por bem selecionar essa agravante para casos de homicídio, e punir o próprio homicídio, que já era crime, de forma mais severa quando praticado no contexto de violência doméstica contra a mulher.

Na prática, o crime sempre existiu e sempre foi punido com rigor. Na vigência desse Código Penal, sempre foi inaceitável e devidamente tipificado como crime, que um ser humano tire a vida de outro. Mas para atender a um anseio social, “criou-se” um tipo, na verdade integrante do original previsto do artigo 121, mas com um nome específico que traz a sociedade a sensação de que agora sim isso será devidamente punido e por tanto reprimido da maneira correta para que deixe de existir.

Diretamente ligado a isto, temos a Hipertrofia do Direito Penal. Tal fenômeno é ocasionado pela ineficiência da atuação estatal no combate ao crescente aumento da criminalidade, como sabemos o Direito Penal tem como um de seus princípios, a “*ultima ratio*”, ou seja, deve-se esgotar todos os meios possíveis jurídicos ou não jurídicos para solução dos conflitos e somente após esgotados todos os recursos, recorrer-se ao Direito Penal, princípio que não é observado no Direito Penal Simbólico, tendo em vista que essas modificações na legislação são feitas sempre que algum crime se torna grande repercussão nas mídias e a população cobra atitudes dos legisladores, ocasionando nessas modificações feitas às pressas para transmitir sensação de tranquilidade para sociedade.

A hipertrofia do Direito Penal ocorre com essa resposta do legislador de transformar tudo em tipos penais incriminadores, no anseio de assim pacificar a sociedade, por vezes transformando em crimes situações que poderiam ser resolvidas por outras vias, como direito administrativo ou direito civil.

Por exemplo, temos em nosso Código Penal alguns tipos incriminadores que não possuem previsão de nenhum dano efetivo a nenhum bem jurídico tutelado, são os chamados crimes de perigo, que se consumam com a mera exposição ao bem jurídico a um perigo em potencial, como o crime de Perigo para a vida ou saúde de outrem, artigo 132 do Código Penal, incluído em 1998:

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

Observa-se que tal atitude não causa nenhum dano efetivo, e seguindo a contramão de uma tendência de hipertrofia do direito penal, poderia facilmente ser devidamente apurada e resolvida em outras esferas, como a do Direito Administrativo, podendo ser atribuído por exemplo uma multa para quem assim agisse, e não colocando toda o aparato judiciário para efetivar uma persecução e posterior condenação penal, com possível aplicação de pena privativa de liberdade, ainda que ao caso seja aplicável a substituição dessa por alguma restritiva de direito.

Dessa forma, toda a máquina do judiciário dedicada a apurar crimes e punir criminosos é movida, demandando recursos financeiros e humanos, para apurar uma conduta que se quer é causadora de lesão, enquanto todo esse aparato poderia estar se dedicando somente a persecução dos crimes que de fato causam danos severos a paz social e ao convívio humano.

Ao invés dos legisladores utilizarem o Direito Penal simbólico para transmitir uma sensação superficial de segurança, uma resposta efetiva aos crimes, seria a utilização correta da Política Criminal, que tem como objetivo desenvolver estratégias para que o controle da criminalidade seja assegurado, assumindo atitudes teleológicas.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2005, p.34):

A Política Criminal, por sua vez, tem no seu âmago a específica finalidade de trabalhar as estratégias e meios de controle social da criminalidade (caráter teleológico). É característica da Política Criminal a posição de vanguarda em relação ao direito vigente, vez que, enquanto ciência de fins e meios, sugere e orienta reformas à legislação positivada

Dessa forma, o que se tem atualmente é uma legislação de tipificação penal extensa e pouco efetiva. Somente no Código Penal, existem mais de 300 tipos incriminadores. Entretanto, apenas três crimes da nossa legislação, foram responsáveis por 76,16% das

condenações impostas aos mais de 773 mil presos até o ano de 2020. Foram eles, tráfico de drogas, roubo e furto. O que se basta a comprovar que a hipertrofia do Direito Penal é desnecessária e ineficaz para a pacificação social.

2.4. DIREITO PENAL MÁXIMO

O direito penal máximo traz uma ideia mais rígida para o punitivíssimo, na qual por mais que seja mínima a infração cometida, o Estado deve ser extremamente punitivo, para que essa infração de menor potencial não venha a se tornar uma infração maior.

2.5. CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO

O sistema carcerário Brasileiro passa por uma enorme crise, na qual é possível identificarmos diversos problemas, sendo eles, superlotação dos presídios, falta de condições básicas de sobrevivência e infraestrutura das cadeias, o aumento crescente da população carcerária, fugas e rebeliões.

¹Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019 o Brasil se encontra em terceiro lugar em população carcerária no mundo com o total de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes, atrás somente dos Estados Unidos e da China, acarretando uma superlotação dos presídios e falta de condições básicas de sobrevivência aos presos, muitas das vezes punindo o réu não somente cerceando sua liberdade de ir e vir, mas também, o expondo a condições desumanas e não respeitando os direitos previstos na lei de execução penal, fato inaceitável e de desencontro com os Direitos Humanos, além de não cumprir as reais finalidades da pena privativa de liberdade sendo elas a retribuição e a prevenção dos indivíduos.

¹ Dados retirados do site <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados> , acessado em 21/07/2021.

Uma das teorias que se propõe a explicar tal fenômeno é a de que esse hiperencarceramento seria proposital, já que o Estado não consegue efetivar a todos os cidadãos o acesso aos direitos que a própria Constituição Federal assegura a todos. Ou seja, não sendo economicamente possível para o Estado garantir acesso de qualidade a educação, trabalho, moradia, saúde e lazer, uma seleção “natural” de parte da população ocorre, e ela é segregada do convívio social, literalmente, escondida em unidades prisionais para que se possa ofertar mais coisas aos demais que não foram segregados. Essa teoria amplamente difundida na criminologia também explica por que o perfil dos encarcerados é em sua quase absoluta maioria, sempre o mesmo, o estigmatizado jovem negro de periferia, existindo poucos encarcerados do cenário total que fogem a esse perfil.

²Dados de junho de 2017 levantados pelo Infopen apontam que 90% dos presos é homem, 54% têm idade entre 18 e 29 anos, 64% são pretos ou pardos.

2.6. AUSÊNCIA DE RESULTADO PRÁTICO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Segundo Romeu Falconi (1998, P. 120):

A reeducação, a ressocialização e a reinserção social do detento deverá passar por reciclagens no quadro funcional do presídio, devendo haver sincronização entre trabalho sociocultural agregado aos labores próprios dos programas de ressocialização, até que se atinja a reinserção social, trabalho de equipe.

Como vimos a pena privativa de liberdade não cumpre sua finalidade específica de ressocialização e aumenta ainda mais a criminalidade, resultando em grande reincidência após o cumprimento de suas penas, trazendo a população o sentimento de impunidade para os delinquentes, resultando cada vez mais em cenas semelhantes dos séculos passados em que se exercia o “olho por olho, dente por dente”, em algumas situações

² Dados retirados do site <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/4543>, acessado em 21/07/2021.

atuais a própria sociedade pune os infratores em praça pública com agressões e até mesmo linchamentos, demonstrando a insatisfação da população acerca da resposta do Estado para determinados crimes.

³Segundo relatório intitulado Reentradas e reiterações Infracionais — Um Olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros, realizado em 2020 pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente, 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos no ano de 2015, retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019.

Em um curto espaço de tempo, menos de cinco anos, quase metade das pessoas condenadas voltaram a cair no sistema prisional. Isso demonstra que o sistema falha miseravelmente na reeducação do apenado. Não existe no país a ressocialização do ex-presidiário e sua reinserção na sociedade.

⁴Um levantamento realizado pelo portal de notícias em parceria com o Núcleo de Estudos de Violência da USP juntamente com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apontou em 2019 que apenas 1/5 dos presos trabalha no Brasil e somente 1 em cada 8 estuda.

⁵Na prática o que se tem são presos ociosos, em presídios superlotados que em sua maioria são controlados internamente por facções criminosas, em condições insalubres. O cenário perfeito para a perpetuação da violência em um ciclo infinito. É o que mostra o estudo intitulado Sistema Prisional em Números realizado em 2019 pelo Conselho Nacional Ministério Público, que apontava taxa de superlotação carcerária de 166%, ou seja, mais de 700.000 presos frente a pouco mais de 435.000 vagas existentes.

³ Dados retirados do site <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml> acesso em 21/07/2021 , acessado em 22/07/2021.

⁴ Dados retirados do site <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml> acesso em 21/07/2021 , acessado em 22/07/2021.

⁵ Dados retirados do site <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros> acesso em 21/07/2021 , acessado em 22/07/2021.

Essas pessoas, que quase em sua maioria foram parar no sistema prisional por pertencerem a um perfil específico, geralmente de vulnerabilidade social, experimentando desde cedo ausência de oportunidades, caem em um sistema que não ressocializa nem viabiliza os mínimos meios de serem reinseridas na sociedade com pelo menos um trabalho digno, já que também é grande a discriminação contra ex-presidiários na hora de contratações. Ou seja, o preso volta ao sistema prisional pelos mesmos motivos que adentrou pela primeira vez. São os chamados fatores sociais de criminalidade.

É claro que não se pretende justificar o cometimento de crimes pura e simplesmente pela condição social, cabe ao ser humano ser devidamente responsabilizado por todos os seus atos, independentemente das situações adversas enfrentadas em sua vida. Mas em sendo a grande maioria dos presos no país pertencentes ao mesmo perfil, não se pode ignorar o fato de que a prisão é sim de certa forma destinada a uma categoria específica de pessoas dentro da sociedade, e tal fato tem que ser levado em consideração na análise da ausência de resultado prático dessas prisões.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE CRIMINOLOGIA E ABOLICIONISMO PENAL

3.1. CONCEITO DE CRIMINOLOGIA

A criminologia é uma ciência que estuda os crimes e os criminosos. Ela busca explicar o fenômeno social que leva um indivíduo a cometer um crime, as circunstâncias sociais, a vítima e o prognóstico criminoso.

A palavra criminologia “foi pela primeira vez usada em 1883 por Paul Topinard e aplicada internacionalmente por Raffaele Garófalo, em seu livro *Criminologia*, no ano de 1885”. (SAMPAIO. 1885, Pág.19).

Ela está ligada ao Direito, à Biologia Criminal, Sociologia Criminal, Medicina Legal e Psicologia Criminal e propõe que o crime deve ser analisado como um problema com sua face humana e dolorosa.

3.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SOCIOLOGIA CRIMINAL

A sociologia criminal é uma das vertentes da criminologia na qual se visa estudar e explicar como fatores do ambiente social operam nas condutas dos indivíduos, fazendo com que eles iniciem suas práticas criminais.

3.3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA OU DIALÉTICA

A criminologia crítica originasse em uma das linhas do pensamento Marxista, na qual se aborda a estigmatização da população marginalizada entendendo se que o alvo preferencial do sistema punitivo se estende a classe trabalhadora, visando a criação de um certo temor da criminalização e da prisão, para que se possa manter a ordem social desses indivíduos.

Deste modo, abordando erros no sistema capitalista, traz grande destaque as correntes do Abolicionismo Penal, corrente essa que traz como proposta diversas reestruturações sociais.

Nesse contexto se insere o Abolicionismo Penal, tratado a seguir.

3.4. ABOLICIONISMO PENAL

3.4.1. Conceito

Na contração da hipertrofia do Direito Penal e do Direito Penal máximo, temos o Abolicionismo Penal.

O Abolicionismo Penal é uma teoria criminológica e filosófica que visa a descriminalização e a despenalização das leis Penais, essa filosofia criminal não concorda com a justiça penal atual, ou seja, o dever punitivo privativo do Estado, indagando o real motivo para determinadas punições, tendo em vista que o modelo atual de punição do Estado não tem reais efeitos para os condenados, o abolicionismo penal propõe outras formas de efetivação da Justiça.

Acompanhado por diversos Doutrinadores a teoria abolicionista ao criticar as punições atuais do Estado, identifica que as prisões não funcionam e não reabilitam, não visando humanizar as penas atuais e sim buscar a eliminação dos presídios, já que a maioria dos condenados voltam a reincidência.

Segundo o livro Curso Livre de Abolicionismo Penal (2004. p. 16):

O abolicionismo penal é mais do que abolição do direito penal ou da prisão moderna. Ele problematiza a sociabilidade autoritária que funda e atravessa o Ocidente como pedagogia do castigo em que, sob diversas conformações históricas, atribui-se a um superior o mando sobre outro

Muito além da eliminação dos presídios, busca de outras formas de justiça e problematização da sociabilidade autoritária, o Abolicionismo Penal tem como seus principais focos a implementação de novo modelo econômico, aprimoramentos escolares e centros comunitários, desenvolvimento de políticas habitacionais, ideia de renda básica universal e atenção à saúde mental.

3.4.2. Origem e evolução histórica

O abolicionismo penal surgiu por volta dos anos sessenta e setenta, apresentada por Thomas Mathiesen, Nils Christie, Louk Hulsman e Herman Bianchi, resultado da criminologia crítica da época, na qual criticava-se o real motivo na ideia de castigo e punição dos delinquentes, tendo em vista que as punições não apresentavam efetividade para esses indivíduos.

3.4.3. Propostas do abolicionismo penal

A teoria do abolicionismo penal aponta diversas falhas no modelo atual de justiça, propondo a descriminalização e despenalização para diversos tipos penais e como já dito antes apresenta diversas áreas a serem modificadas, como implementação de um novo modelo econômico, aprimoramentos escolares e centros comunitários, desenvolvimento de políticas habitacionais, ideia de renda básica universal e atenção à saúde mental.

3.4.4. Possibilidade de aplicação na realidade atual do país

Como já visto no Capítulo 2, atualmente nosso cenário é de uma hipertrofia do Direito Penal, ou seja, existe a tendência de criminalizar condutas não tão graves para o convívio social, a fim de coibi-las com uma força desproporcional, como a tipificação a título de crime, não sendo nesse cenário o Direito Penal utilizado como *ultima ratio* e sim como primeira alternativa nas mãos do legislador.

Isso não só é prejudicial para o bom andamento da justiça criminal, abarrotando o judiciário com persecuções penais desnecessárias como também leva ao descrédito das leis para a população, que entende que apesar de existirem centenas de crimes no ordenamento

jurídico, pouquíssimos de fato levam a alguma punição efetiva, pairando a constante sensação de impunidade.

Não bastasse, ainda existe a má utilização da legislação penal, que é usado com um viés político, criando tipos penais como resposta aos anseios da população por justiça, sem nenhum embasamento, o que também leva a médio prazo a aumentar a sensação de impunidade na sociedade.

Dessa forma, o sistema caminha na contramão de um Abolicionismo Penal ou ao menos de um Direito penal mínimo, que de fato selecione as condutas mais gravosas no meio social e se atenha a repreende-las e repara-las de forma séria, com celeridade, eficácia e eficiência.

Uma reestruturação é sim possível, pois nosso sistema permite que os legisladores realizem esse tipo de mudança, entretanto não parece ser o interesse dos eleitos fazer alterações estruturais que em um primeiro momento causariam estranheza a massa de eleitores, que por ausência de conhecimento técnico científico sobre os processos de criminalização, e assombrados pela sensação de impunidade, tendem a ansiar por penas cada vez mais severas, na equivocada tentativa de se ver finalmente protegido.

Além disso, reestruturações nesse sentido gerariam a *abolitio criminis*, ou seja, alguns crimes deixariam de existir, e em havendo penas sendo executadas a respeito desses crimes, as pessoas que estão sendo punidas deveriam deixar de o ser imediatamente.

Isso não causa tanto impacto quando se trata de penas não privativas de liberdade, mas em se tratando delas, isso potencialmente causaria um problema social, se não fosse devidamente planejado, já que, existindo uma parcela da população segregada por determinado fato que deixou de ser crime, essa população seria imediatamente colocada em liberdade, sem que o Estado tenha condições mínimas de oferecer a ressocialização e reintegração dessas pessoas a sociedade, como já abordado.

Dessa forma, uma reestruturação nesse sentido é possível, mas pouco provável. Pois para ocorrer seria necessário educar a população para que compreendesse que essa mudança não seria para favorecer criminosos, mas sim para reformular o sistema de forma que fosse possível punir por outros meios. Só assim os legisladores poderiam mostrar interesse em realizar tais mudanças.

Além disso, também seria necessário realizar estudos aprofundados sobre os impactos e formas de minimizar as características sociais que levam a maior reincidência criminosa, com oferta de ao menos educação e ocupação lícita capaz de prover essas pessoas para que não voltassem a viver de atividades ilícitas.

4. ALTERNATIVAS A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL

4.1. ALTERNATIVAS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE JÁ PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO

Em nossa legislação as penas previstas estão previstas no artigo 32 do Código Penal, são elas:

- I - privativas de liberdade;
- II - restritivas de direitos;
- III - de multa.
- (...)

Além da privativa de liberdade encontramos diversos outros meios previstos para o cumprimento de penas, as penas restritivas de direitos são as de prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário-mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários-mínimos.

A perda de bens e valores consiste em retirar do agente o benefício que auferiu com o crime além de privá-lo da vantagem, diminuindo seu patrimônio e desestimulando a reiteração.

A Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas são aplicáveis às condenações superior a seis meses de privação da liberdade, as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Já a Interdição temporária de direitos é a modalidade de pena na qual o condenado sofre algumas limitações de seus direitos como forma de cumprir a pena, essa modalidade de pena impede que o condenado exerça qualquer função, cargo ou atividade pública, além de cargos eletivos, cargos que dependem de habilitação especial ou autorização, como por exemplo, advogados, médicos ou engenheiros.

Na limitação de fim de semana, a penalidade consiste na "obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado", em que podem ser ministrados aos reeducando cursos, palestras ou qualquer atividade educativa.

O artigo 44 do Código Penal dispõe da possibilidade da substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, desde que o delito não seja executado com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena de reclusão imposta não pode ultrapassar o limite de quatro anos e o agente deve preencher os requisitos subjetivos para receber o benefício.

⁶Também temos a composição civil dos danos que está prevista nos artigos 74 e 75 da lei 9.099, texto que permite que seja homologado acordo indenizatório por parte do réu para que o ofendido renuncie seu direito de queixa ou representação nos casos de ação penal de iniciativa privada ou ação penal pública condicionada à representação, vejamos:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Logo em seguida, no artigo 76, temos a transação penal, definida como um acordo oferecido ao réu pelo Ministério Público, no qual o acusado aceita cumprir pena antecipada de multa ou restritiva de direitos, desde que observadas algumas condições, visando o não oferecimento da denúncia e a consequente instauração da ação penal.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

⁶ Lei 9.099 disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm, acessado em 03/08/2021.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

A suspensão condicional do processo, também conhecida como sursis processual, é uma medida presente no Direito Penal, que tem como objetivo anular um processo criminal que tenha menor potencial ofensivo, com pena inferior de até um ano.

Já a suspensão condicional da pena é o benefício concedido ao sentenciado, no qual, mediante o cumprimento de algumas condições, tem-se a execução de sua pena suspensa pelo período de 02 (dois) anos a 04 (quatro) anos. Tal instituto está previsto no artigo 77 do código penal e tem os seguintes requisitos: O condenado não ser reincidente em crime doloso; A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; Não seja indicado ou cabível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal.

O acordo de não persecução penal está previsto no artigo 28-A do Código Penal, vejamos:

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

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Todas essas medidas são alternativas previstas na legislação para diminuir o encarceramento, seja pela sua ineficácia, seja pela ausência de vagas ou pela sua real desnecessidade em alguns casos que poderiam ser resolvidos por outros meios que não o criminal.

4.2. DIREITO PENAL MÍNIMO

4.2.1. Conceito

O Direito Penal Mínimo é uma corrente doutrinária que estabelece que o Estado somente deverá realizar a prisão quando existente o perigo social efetivo, sendo assim para casos com ausência de perigo social efetivo o judiciário deverá esgotar todos os meios possíveis, jurídicos ou não jurídicos para solução dos conflitos e somente após esgotados todos os recursos recorrer-se ao Direito Penal.

Isto posto, um dos princípios utilizados no Direito Penal é o da insignificância ou bagatela, com origem no Direito Romano, esse princípio reafirma que o Direito Penal deve somente zelar pelas condutas que afetam os bens jurídicos, por exemplo, caso um infrator furtar um pão de uma padaria, essa conduta embora seja ilícita, não afetaria de forma relevante ao bem jurídico do proprietário da padaria, desta forma deveria ser resolvida por outros meios.

4.2.2. Viabilidade da reestruturação do sistema atual para um sistema de Direito Penal mínimo

Os desafios enfrentados por eventual reestruturação do sistema atual para um sistema de Direito Penal mínimo seriam os mesmos já abordados na possibilidade de aplicação do abolicionismo penal no país, item 3.4.3.

Entretanto, em sendo o Direito Penal mínimo uma vertente menos drástica do que o abolicionismo, talvez ela se mostrasse mais viável por sua possível melhor aceitação.

É claro que todas as implicações dessa mudança também exigiriam um estudo criminológico aprofundado e nem assim seria possível antever seus resultados, pois se tratando de uma sociedade, é impossível prever com cem por cento de acerto quais serão os resultados de alterações na política criminal.

Ainda assim, um movimento nesse sentido poderia trazer grandes benefícios para o sistema judiciário de persecução penal e conseqüentemente para o sistema prisional, desafogando-os.

4.3. JUSTIÇA RESTAURATIVA

4.3.1. Conceito e origem

A Justiça Restaurativa é um meio de resolução de conflitos que tem como premissa o foco no indivíduo e na pacificação entre a vítima e o acusado. Em alguns casos, membros da família ou comunidade participam de forma ativa na construção de soluções.

Na lição de Antônio Baptista Gonçalves (2006, p. 295):

A justiça Restaurativa é uma nova modalidade, baseada num conceito de procedimento por consenso, no qual a vítima, o infrator e, se necessário outros membros da comunidade direta ou indiretamente afetados pelo crime participam de forma coletiva no fomento de soluções para os danos psicológicos, ressentimentos e perdas causados pelo crime

O termo foi inicialmente utilizado pelo pesquisador Albert Eglash, na década de 1950. Em 1977, ele escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado em uma obra de Joe Hudsine e Burt Gallaway.

Apesar disso, sua prática vem de muito antes, sendo possível encontrar vestígios dela, por exemplo, no Código de Hamurabi (1700 a.C).

Damásio de Jesus assim expõe (2008. p.15-28):

Observa-se também a cultura restaurativa nas comunidades nativas de territórios colonizados. Exemplos de comunidades colonizadas são as africanas e americanas, possuidoras de um ideal de justiça e punição diferente daquele conhecido pelas sociedades atuais. Para tais povos, o que predominava não era a punição aliada à privação da liberdade

Com a mudança na concepção de direito a partir da ascensão da Igreja Católica, as práticas restaurativas foram suprimidas para se instaurar um sistema de Justiça Retributiva, pautada na punição e não na resolução do conflito.

Somente mais recentemente, com a mudança na sociedade e notória insuficiência do sistema vigente, voltou-se a estudar o modelo restaurativo. Esse modelo trata com importância o papel da vítima, diferente do atual e predominante sistema retributivo, o restaurativo insere a vítima na resolução, dando a ela um papel de maior destaque, e tornando possível que de fato a relação social quebrada seja, se não completamente restaurada, ao mínimo, mais próxima disso, já que os dois polos do conflito têm espaço para o diálogo, o que pode realmente promover uma mudança de paradigmas, fugindo da ideia de que o mal é sempre o alheio.

É claro que a restauração e a reparação sempre vão depender do caso concreto, mas fato é que as práticas restaurativas também permitem a punição do crime.

Atualmente no Brasil a maioria das decisões a serem tomadas após a prática do delito pertencem exclusivamente ao Estado, a privatização do direito penal afasta essa ideia de exclusividade e começa a trazer o poder de resolução para as partes, permitindo a reparação como nova possibilidade.

A justiça restaurativa é uma técnica filosófica de resolução de conflitos, inicialmente tinha ênfase na resolução de crimes e conforme foi sendo utilizada ganhou espaço em diversas

outras áreas conflituosas, já que ela entende que os crimes geram danos a pessoas em concreto e a mera punição pelo Estado quase nunca gera a sensação de Justiça para a vítima.

Já presente em alguns estados do Brasil a Justiça restaurativa tem como objetivo tirar a ideia de que o criminoso é um inimigo e dar um lugar de destaque a vítima, pois é nessa relação que ocorre o conflito social.

Hoje a vítima no processo penal é tida como um mero assessório. A ela cabe apenas testemunhar sobre o que lhe ocorreu, por vezes sofrendo inclusive uma revitimização. Todo o processo se desenvolve com vistas ao réu e ao poder punitivo do Estado. Ocorre que nem todas as vítimas se sentem servidas de Justiça com a punição estatal ao final do processo.

Isso acontece porque o conflito maior se dá entre pessoas, não entre o autor do crime e o Estado. Muitas vezes o que a vítima quer é um pedido de desculpas do agressor do seu direito, mas isso o sistema atual não promove.

Diante dessa insuficiência do sistema persecutório, surge a Justiça Restaurativa.

4.3.2. Proposta

A proposta da Justiça Restaurativa é justamente restaurar a paz social através da solução daquele conflito, origem de todo o conflito social, aquele ocorrido no caso específico entre determinado autor e determinada vítima.

É dado a essas partes a oportunidade de conversar sobre o ocorrido, de entender, ainda que minimamente, as motivações por trás do crime, de um lado, e a dor que o crime causou, de outro. Seguido da oportunidade de chegarem a um consenso sobre a reparação.

Por exemplo, em um crime de roubo, a vítima pode ouvir e entender o que levou o autor a lhe roubar, ao mesmo tempo, o autor tem a oportunidade de entender os danos materiais e psicológicos que isso causou a sua vítima. Eles saem da esfera do desconhecido, do inimigo, e entram na esfera de pessoas reais, com motivações, dores e sentimentos. E ao final podem até mesmo resolver o conflito, por exemplo, com a devida reparação financeira, em forma de acordo, sendo possível, se não restaurar a ordem social quebrada, ao mínimo, naquele pequeno universo, minimizar os danos e apontam em direção a uma pacificação pós conflito. Diferente do que ocorreria com a pura e simples condenação desse autor por um juiz, o que certamente não traria a vítima a sensação de justiça nem ao autor a possibilidade de refletir sobre as consequências que seu erro trouxe para o terceiro lesado.

Para César Barros Leal, a Justiça Restaurativa possui em seu alicerce cinco pontos, são eles: o encontro, a reparação, a reintegração, a participação e a transformação.

O encontro é consistente nesse contato entre vítima e agressor, além de membros da sociedade e facilitadores do diálogo, e visa justamente que as partes envolvidas possam relatar seu ponto de vista da situação. A reparação poderá ser material ou simbólica, a depender do caso. A reintegração visa a recuperação do infrator para que não se torne reincidente, mas não só isso, ela também tem como premissa evitar o estigma da vítima, preocupação que o sistema predominante não tem. A participação consiste justamente na participação de vítima e agressor na construção de uma solução viável e transformação se refere a mudança de fato dos envolvidos, recuperando-os e evitando traumas.

A ideia de que a vítima poderá efetivamente participar da resolução do conflito, com possibilidade de ser compreendida e compreender, é o ponto principal desse modelo, que resgata esse papel tão negligenciado, e promove a composição social de forma a se reestabelecer a paz.

Para esse diálogo, a intervenção de um mediador é de suma importância. Nas palavras de Damásio de Jesus (2010, p.123):

A intervenção de mediadores (também chamados de facilitadores ou conciliadores) favorece a viabilidade do procedimento restaurativo. O papel da mediação é o de garantir que as partes dialoguem de modo a construir conjuntamente um acordo justo para ambos os lados. Ocorre que o diálogo entre as pessoas implicadas torna-se muito delicado em decorrência dos impactos causados pelo conflito. Por isso, a mediação prima para que esse diálogo não se torne outra forma de conflito, mas um meio para a reparação dos danos e restauração das relações sociais

Além disso, esse modelo também pode ser utilizado para resolução de conflitos de forma extrajudicial, o que traz ainda mais benefícios sociais, pois evita todo o estigma do judiciário. O conflito é resolvido pelas próprias partes interessadas, excluindo a figura de um juiz equidistante do problema.

4.3.3. Atual estágio de implementação no Brasil

Justiça Restaurativa surgiu também como uma alternativa à tradicional aplicação do Direito Penal. Trata-se de técnica de resolução de conflito que se orienta pela sensibilidade na oitiva dos envolvidos no conflito.

A Justiça Restaurativa ainda é uma técnica recente no Brasil.

⁷No ano de 2012, a ONU publicou a Resolução 2002/12, que trouxe princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. A implementação passou a se dar após recomendações como essa.

⁷ Resolução Nº 2002/12 disponível no site https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEAculturadePaz/Merial_de_apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf, acessado em 03/08/2021.

⁸Já no ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 225/2016, que trata sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa. Além disso, por meio da Portaria 91 do CNJ, foi instituído o Comitê da Justiça Restaurativa, com o papel de desenvolver a prática como diretriz estratégica da gestão da Presidência do CNJ para o biênio de 2015-2016.

Embora ainda seja tímida a expansão, os resultados positivos dos programas e projetos da Justiça Restaurativa levaram o Ministro Dias Toffoli, em 2018, a editar a Portaria 13 do CNJ, onde foram feitas modificações estruturais no normativo que instituiu o Comitê Gestor e a partir disso, foi então editada a Portaria 42 que atualizou a composição do Comitê.

Em 2019, por meio desse Comitê Gestor, foram realizados dois seminários sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa, com foco no intercâmbio de experiências e ideias, sobretudo fomentando a quantidade e qualidade dos dados que compõe a Política Nacional.

⁹Mais recentemente, em dezembro de 2019, foi editada a Resolução 300 pelo CNJ, que alterou a Política Nacional, dando prazo para que os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais organizem a implantação da Justiça Restaurativa e criando o Fórum Nacional de Justiça Restaurativa, que deverá ter ao menos um encontro anual para discutir temas pertinentes e sugerir ações ao Comitê Gestor.

Essa justiça nasceu na busca de uma alternativa para a Justiça Criminal comum, visando a melhorar a adequação e equilíbrio entre a infração penal e os instrumentos de punição advindos da justiça punitiva-retributiva.

⁸ Resolução Nº 225 de 31/05/2016 disponível no site <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>, acessado em 03/08/2021.

⁹ Resolução Nº 300 de 29/11/2019 disponível no site <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3144>, acessado em 03/08/2021.

Segundo o que prevê a própria Resolução, a Justiça Restaurativa consiste em “um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflito e violência”. Prevê ainda que tais conflitos serão solucionados com a participação do ofensor e da vítima, se houver, tendo como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos em prol da reparação do dano e da recomposição do tecido social.

Embora a Resolução tenha sido um marco normativo importante, inicialmente não trouxe mudanças significativas e a implementação da prática nos tribunais foi lenta, ficando mais concentrada nas justiças cíveis e justiça da infância e juventude, com pouca aplicação na justiça criminal, principalmente aos crimes de médio e grande potencial ofensivo.

O CNJ já realizou uma avaliação e certificou que a implementação da Justiça Restaurativa se deu há mais de 10 anos no Brasil, mas até o momento poucos tribunais a normatizaram efetivamente.

Um dos pontos que atrapalham a evolução da utilização, se dá justamente na normativa, já que, atualmente, esta é mais voltada para atos infracionais e para alguns pontos de violência doméstica, o que afasta os juízes criminais de um diálogo mais aprofundado acerca do tema.

A utilização desse modelo não afasta a efetividade da justiça tradicional, podendo até mesmo ser exercida concorrentemente. Para sua incidência, é necessário o prévio, livre e espontâneo consentimento de todos os participantes, que podem desistir a qualquer momento, até a homologação do acordo, resguardada a atuação dos advogados e defensores públicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório o problema presente no nosso Sistema Penal Brasileiro, mais especificamente em relação a pena privativa de liberdade e sua ineficiência, que vem agravando cada vez mais o hiperencarceramento nos presídios mesmo se mostrando ineficaz para ressocialização dos indivíduos e para a prevenção, já que os dados apontam para um grande número de reincidências.

A pena privativa de liberdade nada mais é do que um meio punitivista ineficaz utilizada pelo Estado para afastar o condenado da sociedade, colocando-o em lugares degradantes e não cumprindo a função de reeduca-lo e inseri-lo para o convívio social. Dessa forma, cabe aos acadêmicos repensar seriamente esse modelo, baseando em dados e estatísticas e nas ciências disponíveis, para levar essa discussão a sociedade apresentando também possíveis alternativas que tragam evolução para o nosso sistema.

Nesse sentido, algumas teorias, totalmente opostas ao sistema atual, como a do abolicionismo penal, e também algumas de caráter mais intermediário, como a do direito penal mínimo, são soluções que devem ser analisadas cuidadosamente pois podem ser de grande valia para que se encontre uma solução par ao modelo atual.

Além disso, a legislação já conta com alguns instrumentos que também podem, se corretamente aplicados, servirem para minimizar o problema, com destaque para a Justiça Restaurativa, que já vem obtendo bons resultados em sua aplicação no país.

Como apresentado a Justiça Restaurativa já é uma realidade, por mais que esteja sendo executada com pouca frequência pelos tribunais, poderá ganhar muito espaço em nosso sistema penal se discutida com mais frequência, tendo em vista sua grande eficácia na melhoria da resolução dos conflitos promovendo a pacificação entre os agentes e as vítima, atingindo a sensação de justiça, já que a vítima recebe um papel de destaque, é trazida para o processo de resolução e pode demonstrar suas reais necessidades.

Desta forma, concluo que perante aos inúmeros problemas presentes nos presídios e na aplicação da pena privativa de liberdade como um todo, a solução não é a criação de novos presídios e sim a discussão ativa de nossos legisladores, para a implementação de mudanças que podem ser inspiradas nas teorias do direito penal mínimo e do abolicionismo penal, como a implementação de um novo modelo econômico, aprimoramentos escolares e centros comunitários, desenvolvimento de políticas habitacionais, ideia de renda básica universal, atenção à saúde mental da sociedade, caminhando para que talvez algum dia alcancemos até mesmo a extinção dos presídios, além da valorização imediata de institutos já presentes na nossa legislação, com destaque para a Justiça Restaurativa, estimulando seu uso nos tribunais, tendo em vista que se mostra muito eficaz em diversos aspectos e contribui para a evolução da sociedade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CUNHA, Rogério Sanches, **Manual de Direito Penal**. 3ª edição, Bahia, Juspodvim, 2015.
- FALCONI, Romeu Falconi, **Sistema prisional: reinserção social?**. Icone, 1998.
- GONÇALVES, Antônio Baptista. Justiça Restaurativa: Novas soluções para velhos problemas. **Revista da Secção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro.
- GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro, Impetus, 2015.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.
- JESUS, Damásio de. Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, DF, v. 1, 2008.
- PACHECO, José Ernani De Carvalho, **Justiça restaurativa: direito penal do inimigo versus direito penal do cidadão**, 22ª edição. Curitiba, Juruá, 2014.
- PASSETTI, Edson, **Curso livre de abolicionismo penal**, Rio de Janeiro, Revan, 2004.
- PENTEADO FILHO, NESTOR SAMPAIO, **Manual esquemático de criminologia**. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2012.
- Vade Mecum Juspodvim:2019 / Salvador: JusPodvim, 5.ed., 2019.