

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TECNICO
FACULDADE DE DIREITO DE CARUARU**

**INEFICÁCIA DAS PENAS E DAS PRISÕES E AS NOVAS PERSPECTIVAS DA
JUSTIÇA RESTAURATIVA**

CÍCERA TACIANNY SOARES BARBOSA

**CARUARU
2015**

CÍCERA TACIANNY SOARES BARBOSA

**INEFICÁCIA DAS PENAS E DAS PRISÕES E DAS NOVAS PERSPECTIVAS DA
JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Monografia, apresentada à Faculdade de Direito de Caruaru, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof^o. Adrielmo Moura.

CARUARU

2015

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___

Presidente: Profº. Adrielmo Moura

Primeiro avaliador: Prof. ...

Segundo avaliador: Prof. ...

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, ao Rei do Universo, o Senhor Deus. Também dedico aos amores da minha vida, minha mãe e meu pai, pela oportunidade de realizar este sonho, a meus irmãos, Thaysa e Emanuel, a minha família, por sempre acreditarem em mim. Aos meus mestres, aos meus amigos, por tudo que representam em minha vida, e ao meu namorado, Luiz Henrique.

AGRADECIMENTOS

Agradecer, primeiramente a Deus, pela força quem vem me dando, por me ajudar a vencer os obstáculos e as dificuldades que a vida me impõe, não foi fácil chegar até aqui, mas, segurando a minha mão e muitas vezes me carregando nos braços, guia-me sempre nos caminhos do bem, e na trilha da minha realização, meus sonhos são teus.

Aos meus baluartes, meu porto seguro, meus pais, minhas dádivas, não existem palavras suficientes para agradecer tudo que fazem por mim. Quisera eu, ser ao menos 1% do que vocês são. Parafraseando alguém, que não recordo no momento, “de dez vidas, onze eu a vocês daria.”

A toda minha família, sem exceção. Aos meus irmãos, Thaysa por me ajudar em tudo que eu preciso, e Emanuel, por ser o meu anjinho da guarda. E principalmente, a minha Tia Verônica, por ter me mostrado esta profissão, por ser quem é pra mim e pelo incentivo a buscar sempre o meu melhor.

Ao meu namorado, Luiz Henrique, por ser em todos os momentos, o meu ponto de equilíbrio, de paz. Por seu apoio incondicional, sempre paciente e compreensivo, sempre ao meu lado.

Ao meu orientador e também professor, Adrielmo Moura, Deus foi muito generoso comigo, ao colocá-lo nesta posição em minha vida. Através deste, pude conhecer a maravilha da justiça restaurativa. Palavras faltam para agradecer tamanha generosidade, paciência e tanto incentivo. Foi para mim, realmente, um grande privilégio.

Aos meus amigos de faculdade, meu grupo amado, não sei agradecer a vocês por tudo que vocês representam pra mim. Eu tenho certeza que fiz irmãos pra vida toda. Ao lado de vocês, vivi os melhores cinco anos da minha vida. Amo vocês incondicionalmente, pra sempre.

“Sucesso significa realizar seus próprios sonhos, cantar sua própria canção, dançar sua própria dança, criar do seu coração e apreciar a jornada, confiando que não importa o que aconteça, tudo ficará bem. Criar sua própria aventura.”

- Elana Lindquist

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a problemática da aplicação das penas, bem como a não efetividade da prisão no ordenamento jurídico. Diante do panorama em que se apresenta a forma de se fazer justiça, observa-se as falhas e os espaços que apresentam a legislação vigente. Há uma dificuldade alarmante, na efetividade da prisão no que tange ao retorno do indivíduo no meio social. A problemática que permeia a ressocialização de um ex-presidiário, é uma situação trágica e preocupante. O fato deste, restar-se visto como inimigo da sociedade, como um perigo, prejudica as possíveis oportunidades de trabalho, ou seja, há um grande constrangimento em voltar a desenvolver relações sociais. O modelo de sistema prisional atual, configura um verdadeiro caos social, prisões sub-humanas com lotações absurdas e com um agravante, presos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, como exemplo, indivíduos que furtaram um relógio, encontram-se no mesmo cárcere que um traficante que comanda tráfico de magnitude, com homicidas bárbaros. Neste contexto, são mínimas as condições de haver uma coerção eficiente na vida de um indivíduo deste. As chances deste, se envolver ainda mais no meio criminoso, são maiores. Possivelmente, tomado pela revolta, e por todas as dificuldades que vai encontrar fora do cárcere, bem como, por todos os vínculos de alta periculosidade que este venha a se envolver, comprova-se a ineficácia das penas e das prisões do ordenamento jurídico brasileiro. As percepções que permeiam os mecanismos da justiça restaurativa no cenário jurídico brasileiro como instrumentos de perpetuação de uma cultura de paz, mostram um modelo inovador de se fazer justiça. Esta, em que o indivíduo percebe o peso de seu ato, colocando-se também no lugar de quem sofreu o efeito do seu ato. Compreende-se, nesta ótica, que a prática restaurativa quebra com a justiça retributiva atual, pois é fundamentada no processo comunicacional, no tratamento alternativo e efetivo de conflitos, no diálogo e consenso, bem como no respeito absoluto aos direitos humanos e na dignidade de pessoa humana, revelando-se, portanto, preconizadora do Estado Democrático de Direito e assecuratória de seus princípios e valores. A mudança de formas de tratar conflitos e responder às necessidades das partes envolvidas permite a criação de uma sociedade justa e livre, a qual abre espaço para a diversidade, liberdade,

individualidade e igualdade entre as pessoas que são vistas como portadoras de capacidades e de necessidades positivas.

Palavras-Chave: Direito Penal. Exclusão Social. Justiça Restaurativa. Cidadania.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I - DAS PENAS DO DIREITO PENAL BRASILEIRO	10
1.1 Breve introdução histórica sobre a evolução das penas no direito penal brasileiro	10
1.2 Penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito, penas de multa	12
1.3 Da aplicação da pena	14
1.4 Falência das penas no Brasil	17
CAPÍTULO II – DAS PRISÕES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	22
2.1 Considerações acerca da criação e da inserção dos tipos de prisões processuais penais no direito penal brasileiro	25
2.2 Espécies de prisões processuais penais	25
2.3 Conceito e considerações acerca das medidas cautelares	26
2.4 Ineficiência ou ineficácia do sistema prisional brasileiro	29
CAPÍTULO III – DIREITO PENAL MÍNIMO E SUAS NOVAS CONCEPÇÕES	35
3.1 Crimes de menor potencial ofensivo	39
3.2 Justiça restaurativa	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A Justiça Criminal implementada e ratificada pelo ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se em crise, diante de práticas políticas e sociais, que não vem surtindo efeito e os conflitos são cada vez mais constantes e não há como freia-los com a Justiça Retributiva e eminentemente punitiva, pois um conflito mal solucionado gera outro conflito, seguindo, deste modo, uma cadeia incessante de criminalidade, com a consequente impunidade.

Diante dessa realidade cabe a todos iniciar a quebra de paradigmas, com novas visões de Justiça e com a cultura de que cada comunidade deve ser respeitada, porém, lhes deve ser apresentada novas formas de resoluções de conflitos.

Por conseguinte, resta claro a importância do tema Justiça Restaurativa por ser atual e trazer consigo uma carga de discussão valorativa muito extensa, com implementação recente no país, embora já vem sendo adotada em outras nações com resultado de sucesso.

A pretensão neste trabalho é apresentar sua definição de forma clara e objetiva, além do que, se pretende trazer a baila uma análise da realidade da política criminal brasileira de maneira sucinta, de modo a identificar pontos importantes, através dos quais a Justiça Restaurativa teria significativa aplicabilidade, porque sempre voltada para a transformação de pensamentos e concepções, com o objetivo de promover os Direitos Humanos e a paz social.

Por isso, para que a Justiça Restaurativa não seja mais um paliativo para a crise do sistema de justiça, nem entendida como mero instrumento de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, deve ser implementada a partir de um debate profundo, que considere as particularidades de nosso sistema de justiça, identifique os pontos em que o novo modelo pode ser testado e, principalmente, reconheça os obstáculos existentes, construindo, a partir desse reconhecimento, um discurso legitimante da Justiça Restaurativa, consoante a realidade político-institucional do país.

CAPÍTULO I - DAS PENAS DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

1.1 Breve introdução histórica sobre a evolução das penas no direito penal brasileiro

As primeiras legislações que vigoraram no Brasil foram as ordenações Afonsinas e Manuelinas, ou seja, aplicava-se aqui as normas que estavam em vigor em Portugal. No entanto, em 1603, as Ordenações Manuelinas foram revogadas, e entrou em vigor o Código Filipino, ordenado pelo rei D. Felipe III na Espanha e II em Portugal. Este código ficou famoso por suas severas penas.¹

Neste período, na aplicação da pena ao condenado eram consideradas as suas condições pessoais como forma de se estabelecer o grau da punição. Desta forma quanto mais inferior fosse a classe social do indivíduo mais severa era a punição que deveria sofrer, ao passo que à nobreza estava garantido alguns privilégios. Cumpre ainda esclarecer que as distinções aqui em comento também se faziam em relação ao sexo do réu.²

Neste sentido, o Código Filipino foi marcado pela relevante desproporção entre o delito praticado e a pena efetivamente aplicada. Assim desta forma é importante destacar que, naquele período havia algumas modalidades de pena, de modo que:

Aliás a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela confraria da misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito pó.³

Este panorama vigorou durante muito tempo no Brasil, passando por uma transformação no período imperial uma vez que, com a outorga da primeira Constituição em 1824, foram estabelecidas garantias às liberdades públicas bem

¹ BUENO. Paulo Amador Thomaz Alvas da Cunha. **História do Direito Brasileiro**: Notícia histórica do direito penal no Brasil. Org. Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 144.

² BUENO. Paulo Amador Thomaz Alvas da Cunha. **História do Direito Brasileiro**: Notícia histórica do direito penal no Brasil. Org. Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 144.

³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p.55.

como tutelados direitos individuais. Neste contexto, previu-se a necessidade de se criar um novo diploma legal, o qual deveria estar pautado na justiça e equidade.⁴

O Imperador D. Pedro I sancionou em 1830 o código Imperial, o qual veio a reduzir os delitos para os quais se estabelecia a pena de morte, ao mesmo tempo em que extinguiu as penas infamantes. Foi neste período que surgiu no ordenamento legal brasileiro a pena de privação de liberdade, a qual veio para substituir as penas corporais.⁵

Seguindo esta atmosfera de transformações, ainda no período imperial, a pena de morte foi abolida, tendo como principal motivo a condenação de um fazendeiro à forca por ter cometido o crime de homicídio, sendo que, posteriormente descobriu-se que tinha havido um equívoco em sua condenação.⁶

No período republicano as mudanças mais relevantes que se registraram foram em 1927, 1934 e 1946. No primeiro momento foram inseridas na legislação penal as penas de multas, o exílio local, a detenção, a prisão, a relegação, a interdição de direitos, o confisco de certos bens e a expulsão de estrangeiro.⁷

As mudanças introduzidas em 1934 ficaram marcadas pela extinção das penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada a pena capital. A pena de morte reaparece em 1937, quando o congresso foi fechado e foram limitados os direitos e garantias individuais.⁸

Assim observa-se que o caminho percorrido pela legislação brasileira no que diz respeito à incorporação e extinção das modalidades de pena a ser aplicada ao indivíduo que comete algum delito, foi marcado por períodos de relevantes transformações, muitas das quais no sentido de adequar-se ao contexto social da sua época.

⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.50.

⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.53.

⁶ BUENO. Paulo Amador Thomaz Alvas da Cunha. **História do Direito Brasileiro**: Notícia histórica do direito penal no Brasil. Org. Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 149.

⁷ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.58.

⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O ano de 1946 ficou marcado como o período em que “consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a lei 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena”.⁹

Todo este panorama de modificações vem desembocar na Constituição de 1988, a qual “inaugurou de forma pouco técnica e bastante precipitada, um novo sistema de penas na legislação nacional”.¹⁰ Neste sentido, dentre as modificações trazidas pela Constituição Cidadã é possível destacar os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

1.2 Penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito, penas de multa

As penas são a respostas do Estado a uma conduta que determinado indivíduo venha a cometer em desfavor da sociedade, ou seja, é um castigo atribuído a alguém em virtude de este, ter cometido uma conduta que se encontra tipificada no diploma penal.

Cumprir destacar que as penas possuem caráter tanto preventivo, quanto reeducativo, e visam coibir a prática de novos crimes além de dar eficácia as normas do direito penal brasileiro, para que seja de conhecimento de todos que a prática uma ação delituosa ou criminosa, conduz o indivíduo a sofrer uma sanção, à qual se dá o nome de pena.

Neste sentido, o artigo 32 do Código Penal brasileiro, apresenta as espécies de pena estabelecidas pelo legislador: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e pena de multa.

No que diz respeito à pena privativa de liberdade, é importante destacar que esta é utilizada como uma forma de repressão, fazendo com que, uma vez encarcerado, o indivíduo possa refletir sobre o injusto que causou, para que possa sentir o peso da sanção que está recebendo e com isto direcionar-se a não mais

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.44.

¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.47.

cometer este ato novamente, ou mesmo qualquer outro que se encontre tipificado na legislação.

Trate-se de um sistema cujo objetivo é fazer com que o indivíduo possa alcançar a remissão de sua culpa por meio do cumprimento de uma pena, a qual deve ser aplicada em proporcionalidade ao ato cometido, para que se saiba que o delito não ficará impune.

As penas restritivas de direitos são sanções penais impostas em substituição à pena privativa de liberdade e consistem na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado.¹¹

Existem alguns critérios a serem considerados para aplicação deste tipo de pena, os quais se encontram expressamente definidos no art. 44 do Código Penal sendo: a) condenação igual ou inferior a um ano, substituição por uma pena de multa ou por uma pena restritiva de direitos ou b) condenação superior a um ano, substituição por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.

Neste sentido, o § 2º do art. 44. Informa que na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

As penas restritivas de direitos também podem ser convertidas em privativas de liberdade conforme preceitua o § 4º do art. 44 do Código Penal. Neste sentido, a conversão será possível quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

No que diz respeito à pena de multa, também chamada de pena pecuniária, é importante destacar que não se trata de um tributo, mas sim uma sanção penal consistente na imposição ao condenado de uma obrigação de pagar determinada quantia ao fundo penitenciário, calculada na forma de dia-multa.¹²

¹¹ Rogério Sanches. **Quais são os critérios de aplicação das penas restritivas de direito e quais as hipóteses de conversão das mesmas em pena privativa de liberdade?** Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2616555/quais-sao-os-criterios-de-aplicacao-das-penas-restritivas-de-direito-e-quais-as-hipoteses-de-conversao-das-mesmas-em-pena-privativa-de-liberdade-denise-cristina-mantovani-cera>. Acesso em 14 nov 2014.

¹² COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **A pena de multa no Código Penal, suas características e a pena de multa da Lei de Drogas (n. 11.343/06)**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.21973&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

E importante esclarecer que este tipo de pena pode ser cumulada ou não com a pena privativa de liberdade. Assim poderá o magistrado estabelecer unicamente a pena de multa de acordo com a Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº. 3688/41), ou cominá-la **cumulativamente** com a pena privativa de liberdade, nos moldes do art. 155 do Código Penal, quando trata do crime de furto, ou ainda de forma **alternativa**, com a pena de prisão, a exemplo do crime de perigo de contágio venéreo, previsto no Art. 130, do mesmo diploma.¹³

1.3 Da aplicação da pena

Segundo a doutrina mais aceita, a história do Direito Penal está dividida em três etapas: a vingança Divina, a vingança privada e a vingança pública.¹⁴

O período primitivo abrange a evolução da história até o fim dos tempos feudais. É chamado período da vingança (de sangue, de grupo, divina, pública). Considera-se como sendo o período que vai desde a origem da humanidade até o início do século XVIII, posto que, “ainda quando muito primitivo era o corpo social, já havia noções de regras de convívio social e, por consequência, de Direito Penal”.¹⁵

Neste período sobressaíram-se as penas de caráter religioso ou divino:

As primeiras penas aplicadas foram de cunho religioso; muitas, de caráter divino. Tais punições não se revestiam das características atuais de fazer justiça, de reeducar ou prevenir a sociedade – o objetivo restringia-se tão-somente à vingança -, e, mais, sem a mínima preocupação com a proporção entre o mau praticado e a respectiva punição.¹⁶

Por seu turno, o período humanitário vai se desenvolver a partir dos princípios consagrados nas revoluções liberais, especialmente da Revolução Francesa. Subdividido em duas fases: Fase de preparação: (sécs. XVII e XVIII), com os jusnaturalistas e iluministas (Grocio, Puffendorf, Thomasius, Wolff, Rousseau,

¹³ COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **A pena de multa no Código Penal, suas características e a pena de multa da Lei de Drogas (n. 11.343/06)**. Conteudo Jurídico, Brasília-DF: 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.21973&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

¹⁴ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral 1. 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

¹⁵ MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: Mundo jurídico, 2011, p.162.

¹⁶ MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: Mundo jurídico, 2011, p.162.

Montesquieu, Voltaire, etc); Fase Política ou Jurídica: Beccaria (1764), Howard (1777), Bentham (1801), Romagnosi (1791).

O período científico tem o seu nascedouro no século XIX (1850 até os nossos dias), com as aplicações das ciências positivas do homem e da sociedade. Esse período tem como marco os primeiros estudos da criminologia (Lombroso, Ferri, Garófalo) e dos primeiros grandes penalistas (Feuerbach, Carrara, Binding, Beling, Von Litz).

Ante o exposto acima, urge destacar que nas primeiras sociedades, a presença da religião era latente, posto que nesse período histórico ao desrespeitar os totens, que para eles eram manifestações divinas, o sujeito era punido com a morte, visando satisfazer a divindade desrespeitada com a afronta.¹⁷ Percebe-se, neste contexto, a completa falta de proporcionalidade e a total inobservância da justiça nas punições.

A pena chegou a ser associada aos aspectos religiosos dos clãs e tribos, havendo estreita ligação entre crenças e punições, passando o crime a ser visto como uma ofensa aos deuses, capaz de fazer recair sobre o grupo as mais nefastas conseqüências. A aplicação de determinadas penas aos ofensores era, então, considerada como reação social, como forma de reparação às divindades, a fim de evitar que sua ira recaísse sobre o conjunto da comunidade.¹⁸

Essa fase resultou da grande influência pela religião na vida dos povos antigos. O castigo consistia no sacrifício da própria vida do infrator, era baseado no revide à agressão sofrida, absolutamente desproporcional e sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça, também era comum a pena de perda da paz. Trata-se do Direito Penal Religioso, teocrático, sacerdotal, tendo como finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo.¹⁹

Com o passar dos séculos, a vingança divina foi sendo substituída pela vingança privada, onde os próprios membros da sociedade, em seu próprio nome, sentenciavam as punições que iriam de banimento, se o indivíduo fosse do próprio

¹⁷ BITENCOURT , César Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral 1. 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

¹⁸ BITENCOURT , César Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral 1. 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.60.

¹⁹ BITENCOURT , César Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral 1. 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.60.

grupo ou dizimação de grupos diferentes através de sangrentas batalhas.²⁰

Visando a não extinção da raça humana, foi elaborada a lei de Talião, onde nasceu a primeira manifestação de proporcionalidade na aplicação das punições, com a milenar frase “*olho por olho, dente por dente*”. Esta norma foi recepcionada por várias civilizações da época como a Babilônia, no Código de Hamurabi e em Roma com a Lei das Doze Tábuas.²¹

Com a evolução social, o Estado afastou a possibilidade de vingança privada pelos cidadão e tomou para si o *jus puniendi*, responsabilizando-se pela segurança dos seus cidadão e a manutenção da paz social, nascendo a vingança pública.²² Aqui, o Estado detém o monopólio de aplicação das penas.

O movimento iluminista foi de importância ímpar para o direito penal no que concerne a substituição das penas corporais às penas de privação de liberdade concatenada à finalidade ressocializadora do apenado e a vida em sociedade. A esse respeito, o professor Zvirblis pontifica: “*O Iluminismo foi, em Direito Penal, uma forte reação contra as penas corporais, aplicadas em larga escala, promovendo a substituição pela pena de prisão*”.²³

Sobre este ponto, vale salientar que:

No âmbito jurídico-criminal, são documentos fundamentais da luta pela defesa da dignidade humana e dos valores da liberdade, justiça e igualdade as obras de Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 1764) Howard (*Sobre o estado das prisões na Inglaterra e País de Gales*, 1777) e Bentham (*Tratado das penas e recompensas*, 1827), pugnando por reformas estruturais do sistema punitivo até então em vigor.²⁴

Nesta linha de raciocínio, cumpre destacar que Cesare Beccaria, em sua obra “*Dos delitos e das penas*”, aponta reflexão importantíssima no que concerne à razão de ser da pena: “[...] *o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem*

²⁰ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral 1. 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.61.

²¹ ZVIRBLIS, Alberto Antonio. **Livramento Condicional e Prática da Execução Penal**. Bauru: EDIPRO, 2001, p.24.

²² BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral 1. 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.61.

²³ ZVIRBLIS, Alberto Antonio. **Livramento Condicional e Prática da Execução Penal**. Bauru: EDIPRO, 2001, p.24.

²⁴ GARCIA, Rogério Maia. **Sobre os limites e fundamentos do direito de punir nos crimes econômicos: breves reflexões históricas e uma perspectiva punitiva para a sociedade contemporânea**. Artigo on line. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/SOBRE.pdf>. Acesso em 01 nov. 2014.

*desfazer um crime que já foi cometido. [...] Os castigos tem por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade”.*²⁵

Assim levando em consideração os aspectos pontuados acima, deve o magistrado estabelecer um juízo de proporcionalidade na fixação da pena a ser cumprida pelo condenado.

O juízo de proporcionalidade a ser exercido pelo magistrado não é importante apenas para que se evite a exacerbação da pena efetivamente imposta, mas, também para que seja aferido o regime inicial (fechado, semi-aberto e aberto), ou até mesmo a possibilidade de substituição da pena e a concessão de sursis.²⁶

Desta forma, o juiz deverá valer-se do critério trifásico para decidir a pena a ser imposta aos condenados, ou seja, primeiro deverá estabelecer a pena-base, em seguida avaliar as circunstâncias atenuantes e agravantes e por fim aplicar as causas de aumento e diminuição da pena, chegando desta forma ao total de pena que deverá ser cumprida pelo réu.

1.4 Falência das penas no Brasil

É sabido, que o Marquês de Beccaria iniciou um importante movimento contra a desproporcionalidade das penas e do processo penal de sua época. Isto porque, na sua época, as leis vigentes priorizavam os castigos de natureza corporais, a crueldade em excesso e a pena capital.²⁷

Todavia, o século passado assistiu ao início de um movimento que criticava severamente as penalidades excessivamente duras, argumentando que estas penas não se enquadravam mais com a realidade social vigente, ou seja, estavam dotadas de um anacronismo tendo em vista a nova realidade que se impunha ao sistema de justiça penal moderno.

²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Edipro, 2011, p.26.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 33.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Causas e Alternativas. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.22.

Portanto, diante desta nova realidade e em decorrência da urgente necessidade de estabelecer um sistema de prisão que extinguisse definitivamente o tratamento desumano dedicado à aplicação da pena, é possível apontar que:

Este contexto, também propiciou uma maior preocupação pela proporcionalidade e pela criação, nos Estados Unidos das denominadas *sentencing commissions* que deveriam destinar o tipo de sanções adequadas à linha *in/out* que separava a pena privativa de liberdade de uma pena não privativa, ou alternativa. Desde esse ponto de vista, as alternativas a pena privativa de liberdade passaram a obter critérios de aceitabilidade não porque necessariamente tiveram um maior potencial reabilitador e sim, porque representavam uma resposta mais adequada à proporcionalidade do delito eventualmente realizado.²⁸

A necessidade de mudanças no sistema punitivo apresentou-se na segunda metade do século XVIII, de modo que, o movimento de remoção das antigas concepções arbitrárias, fora insistentemente combatidos pelos os filósofos, moralistas e juristas da época, os quais buscaram em suas obras censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades individuais e enaltecendo os princípios da dignidade humana.²⁹

Portanto, com este movimento dá-se início a uma corrente de pensamento que se direciona na defesa da desencarcerização, argumentando que a pena de prisão já não seria melhor caminho no combate à criminalidade:

[...] seria em finais do século XIX quando realmente começa a procriar o pensamento de que a pena privativa de liberdade não é o melhor medicamento dos sistemas punitivos dos mais distintos Estados no combate a criminalidade. Na Alemanha por exemplo, VON LISZT, desde uma aposta por uma ciência universal do Direito Penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) advoga pela eliminação das penas carcerárias de curta duração e pela necessidade de potencializar novos substitutos às formas clássicas de cumprimento sancionatório. Isso porque para o criador do *Programa de Marburgo*, as penas curtas de prisão “não corrigem, nem intimidam, ao contrário, arrojaram freqüentemente ao delinqüente primário no caminho definitivo ao crime.”³⁰

²⁸ MARCELO, Nunes Apolinário. “As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo” em Observatorio de la Economía Latinoamericana, Número 78, 2007. Texto completo em <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>. Acesso em 10 nov. 2014.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁰ MARCELO, Nunes Apolinário. “As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo” em Observatorio de la Economía Latinoamericana, Número 78, 2007. Texto completo em <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>. Acesso em 10 nov. 2014.

Observa-se que desde então diversos estudiosos começam a combater o sistema punitivo vigente, cada qual, em épocas diferentes, mas defendendo a mesma idéia de que o sistema de encarceramento, além de não cumprir mais com o objetivo a que se impunha no seu nascedouro representava verdadeira aberração social. Neste sentido, a contribuição de Ferri se apresentou muito importante, uma vez que empenhou-se a combater a pena privativa de liberdade, por considerar que nos moltes em que a mesma vinha sendo executada, se constituía uma das grandes aberrações daquele momento histórico.³¹

Não há de se duvidar que um dos maiores problemas das sociedades moderna é que estas estão envoltas por uma sensação generalizada de insegurança, de modo que, ao longo desses anos todos, o Estado tem se preocupado em estabelecer políticas sociais que interfiram significativamente no nível de criminalidade, buscando gradativamente a sua redução.

Todavia, outros movimentos de política criminal vêm dividindo espaço com a busca pela redução da criminalidade, ou seja, vivencia-se um verdadeira busca por estabelecer um sistema de limitação da intervenção penal, constituindo-se como uma das “*grandes inovações deste século em matéria de técnicas sancionadoras*”³².

Assim é que despontam na seara criminal movimentos como a descriminalização, a despenalização, a descarcerização e a limitação da severidade prisional.

No Brasil, somente na fase de transição da ditadura para a democracia política, ocorrida no início dos anos 80 do passado século, é que foi intensamente refletida a situação criminológica mundial a favor da necessidade de se adotar medidas punitivas mais adequadas a realidade social, num movimento que originou a Reforma Penal de 1984 (AZEVEDO, 2005, p. 148).

Observa-se, com isso, que o movimento de humanização, no cenário jurídico pátrio já acumula quatro décadas e desde o seu nascedou vem procurando se coadunar com as escolas penais que defendem o minimalismo penal.

³¹ MARCELO, Nunes Apolinário. “As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo” en Observatorio de la Economía Latinoamericana, Número 78, 2007. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>. Acesso em 10 nov. 2014.

³² FERRAJOLI, *apud* MARCELO, Nunes Apolinário. “**As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo**”. In Observatorio de la Economía Latinoamericana, Número 78, 2007. Disponível em: <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>. Acesso em 10 nov. 2014

O caráter mais humanista da nossa legislação buscou inspiração na Nova Escola Clássica e na Escola Positivista que tem pressupostos e consonância com o minimalismo penal. A concepção doutrinária dessas Escolas que prega a intervenção penal mínima, e busca a redução da penalização do delinqüente e com argumentos para a descarcerização do indivíduos.³³

Com efeito, surgiu um conjunto de regras mínimas sobre penas alternativas como fatores que contribuíram para que o movimento ganhasse maior destaque, seja do ponto de vista normativo ou mesmo doutrinário. Este fatores formam originários do 8º Congresso da ONU realizado em 14.12.1990, o qual, discutiu e recomendou a adoção das intervenções penais diferenciadas ao cárcere, da Resolução 45 da Assembléia-Geral, que foi conhecida como as regras de Tóquio.

Do mesmo modo, o Pacto de São Jose da Costa Rica que prevê em seus art. 5º e 6º a indispensável necessidade de dotar a pena aplicada ao condenado da natureza de readaptação social do mesmo, procurando prezar ao máximo pela humanização dos métodos penais.

No que tange à influência deste sistema na seara jurídica pátria, foi de importância ímpar a participação do Brasil no 9º Congresso da ONU, realizado em Viena, no ano de 1995, que culminou com a edição das Leis 9.099/1995 e 9.714/1998, tendo a delegação representativa brasileira comprometido a estudar a possibilidade de ampliar as sanções alternativas no nosso ordenamento jurídico.³⁴

Nesse quadro o Brasil procurou adequar o seu ordenamento jurídico penal à tendência mundial, e foi assim que inicialmente culminou com a edição da **Lei 9.099/95** que prevê medidas penais diferenciadas para os delitos de menor potencial ofensivo, e que cuja ação dependa da iniciativa privada ou pública condicionada, propõe entre outras a o instituto da suspensão do processo (no art. 89), a transação penal (art.76) e a composição civil (art.74).³⁵

No tocante à Lei 9.714/98, sua principal contribuição decorre do fato de ter incorporando ao seu texto, pressupostos humanistas do Direito Penal mínimo:

³³ NUNES, Paulo Cesar Marins. **O caráter humanitário das penas alternativas**. [Monografia] Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, João Pessoa, 2009, p.43.

³⁴ MARCELO, Nunes Apolinário. “**As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo**” en Observatorio de la Economía Latinoamericana, Número 78, 2007. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>. Acesso em 10 nov. 2014.

³⁵ NUNES, Paulo Cesar Marins. **O caráter humanitário das penas alternativas**. [Monografia] Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, João Pessoa, 2009, pp.43-44.

Na **Lei 9.714/98** estão presentes os pressupostos humanistas do Direito Penal Mínimo, que conta com a possibilidade da ressocialização e recuperação do apenado, através da aplicação da pena mantendo o apenado junto com seus familiares, e a relação direta integrada a sociedade.³⁶

Assim, no plano normativo, este sistema ganha corpo no bojo das penas restritivas de direito, as quais concretizam o sistema penal moderno, conforme exposição de motivos do nosso diploma penalista *in verbis*:

Aos delitos dolosos cuja pena, concretamente aplicada, seja inferior a um ano e aos delitos culposos de modo geral, resguardando-se, em ambas as hipóteses, o prudente arbítrio do juiz. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, é que darão a medida de conveniência da substituição.

Neste sentido, a doutrina majoritária, afirma que “*essa lei retrata um movimento penal moderno, pois, ao aplicar uma punição ao infrator, reverteria sua conduta ilícita em reparação do dano causado à vítima ou à comunidade*”.³⁷

Nisto é consiste toda a moderna sistemática de humanização da pena conduzindo o Estado a dar efetividade à função reparadora e ressociadora da pena, de modo que não seja aplicada ao infrator uma pena além do dano a ser reparado.

³⁶ NUNES, Paulo Cesar Marins. **O caráter humanitário das penas alternativas**. [Monografia] Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, João Pessoa, 2009, p.44.

³⁷ MARCELO, Nunes Apolinário. “**As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo**” en Observatorio de la Economía Latinoamericana, Número 78, 2007. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>. Acesso em 10 nov. 2014.

CAPÍTULO II – DAS PRISÕES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A instituição prisão foi criada para tornar os indivíduos dóceis e úteis através de um trabalho preciso sobre o seu corpo, como já foi dito anteriormente. No fim do século XVIII e início do século XIX se dá a passagem da penalidade de detenção que era visto como algo novo até então. Isso era na verdade a abertura da penalidade a mecanismos de coerção que já eram elaborados em outros lugares, se tornando a prisão uma essencial peça de punição contra os delinquentes, marcando assim, não só um momento de grande importância na história da justiça penal, mas também como um momento bastante importante na história dos vários mecanismos disciplinares.³⁸

Em se tratando do surgimento e desenvolvimento da prisão, vista como "pena das sociedades civilizadas", já dizia Van Meenen³⁹: "Não foi o acaso, não foi o capricho do legislador que fizeram do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nossa escala penal atual: foi o progresso das ideias e a educação dos costumes."

É obvio que muito cedo a prisão assumiu o caráter de castigo. Essa obviedade da prisão se fundamenta em primeiro lugar na forma da "privação de liberdade". Assim, há também de se ressaltar que a obviedade da prisão se fundamenta em seu papel de transformar os indivíduos, reitegrando-os de forma útil ao meio social.⁴⁰

Segundo o autor, o encarceramento não se confunde apenas com a simples privação de liberdade, sendo algo bem mais diferenciado e finalizado. Assim, as cadeias, casas de correção e penitenciárias devem realizar um castigo não só mais intenso, e sim diversificado em seus objetivos. Em se tratando desse caráter diferenciado do encarceramento, é importante salientar que um indiciado não se pode ter um mesmo tratamento de um condenado, ou um contraventor ter o mesmo tratamento de um criminoso.⁴¹

Assim, em relação a isso, já mencionava G.A Real:

³⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011.

³⁹ VAN MEENEN *apud* FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011.

Como a lei inflige penas umas mais graves que outras, não pode permitir que o indivíduo condenado a pena leves se encontre preso no mesmo local que o criminoso condenado a penas mais graves...; se a pena pela lei tem como objetivo principal a reparação do crime, ela pretende também que o culpado se emende.⁴²

Ao longo desse estudo sobre a prisão, Foucault promove uma análise sobre os motivos aparentemente circunstanciais do surgimento da prisão e acentua que desde o começo ela deveria ser um instrumento tão aperfeiçoado de transformação e ação sobre os indivíduos compreendendo escolas, instituições militares, hospitais e fábricas.

Assim, a prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo, que deve levar em conta todos os aspectos do indivíduo, como o seu treinamento físico, sua aptidão para a atividade laboral, seu comportamento diário, sua atitude moral e dentre outros, criando “carreiras disciplinares” para quem aceita permanecer “na linha”, ou seja, andar corretamente segundo normas impostas pelo Estado. Nessa ótica:

A prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é onidisciplinar. Além disso a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante.⁴³

O autor chama as prisões de "instituições de sequestro", em razão de que a reclusão submetida, não pretende propriamente "excluir" o indivíduo recluso, mas, sobretudo, "incluí-lo" num sistema normalizador da sociedade. Foucault (1997) acredita que o isolamento é uma forma de reeducar e está presente nos dois sistemas americanos de encarceramento, o de Auburn e da Filadélfia. Sozinho em sua sela o criminoso pode ter um encontro com sua consciência. A pena deve ser quantificada na sua duração não pelo sujeito infrator, praticante da ilegalidade, mas sim pelo sujeito punido. Assim afirma Foucault:

O grande espetáculo da cadeia se relacionava com a antiga tradição dos suplícios; relacionava-se também com aquela múltipla representação do crime dada na época pelos jornais, pasquins, palhaços, teatros de boulevard; mas relacionava-se igualmente com defrontações e lutas cujo estrondo

⁴² REAL apud FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011, p.219.

⁴³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011, p. 198.

carrega consigo; ele lhes dá como que uma saída simbólica: o exército da desordem aterrorizado pela lei, promete voltar; o que foi expulso pela violência da ordem trará ao retornar a reviravolta libertadora.⁴⁴

Logo em seguida a prisão é denunciada como fracasso da justiça penal. Constatado que ela não diminui a quantidade de crimes e de criminosos, ou por outro lado aumenta. A prisão devolve a sociedade indivíduos mais perigosos de que quando entram no sistema. Neste sentido a prisão torna possível a organização dos criminosos e o surgimento de uma hierarquização entre eles.⁴⁵

A família do condenado, por sua vez, também recebe, de forma indireta, a pena imposta ao infrator vindo a sofrer as consequências podem, inclusive, levar seus membros a delinquir.⁴⁶

Foucault (1997) diz que a prisão deve se pautar em alguns princípios básicos, como, transformar o comportamento do indivíduo; classificar os crimes de acordo com o ato que cometeu; mudar as penas, conforme o comportamento do condenado; realização de atividade laboral para os apenados; Processos de educação e reeducação dos detentos, por meio de atividades desempenhadas dentro do encarceramento, e também, através de instituições escolares instaladas nas prisões; especialização dos funcionários; dar assistência ao prisioneiro antes e depois da pena.

2.1 Considerações acerca da criação e da inserção dos tipos de prisões processuais penais no direito penal brasileiro

Para bem compreender a efervescência da atual atividade legislativa em âmbito penal, causando a inflação da legislação, é necessária a análise do princípio da intervenção mínima, um dos princípios basilares do Direito Penal garantista e democrático.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011, p.219.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011, p. 219.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011, p. 220.

O Estado, em sua atividade repressora das condutas ilícitas, dispõe de uma gama de artifícios para garantir a paz social, fazendo com que os indivíduos, mediante coerção, comportem-se, de um modo geral, conforme o Direito.

Assim, existem as sanções civis, consistentes, basicamente, em indenizações, matéria que é estudada pelo Direito Civil, mais especificamente a Responsabilidade Civil. Há, também, as sanções administrativas, estudadas pelo Direito Administrativo, verificadas quando o Estado, ao exercer o seu poder de polícia, limita o uso da liberdade e/ou da propriedade dos indivíduos em prol do bem coletivo.

Por fim, há as sanções penais, cominadas pelo Estado nos preceitos penais das leis incriminadoras. Nos tipos penais, o Estado descreve, no preceito primário, a conduta delitiva coibida, e, no preceito secundário, a pena em abstrato cominada para o caso de ser verificada faticamente a conduta que se desejava proibir.

Conjugando essas três esferas repressivas da vida dos destinatários das normas jurídicas, o Estado intenta o seu fim maior, qual seja, o de garantir a paz e a coesão do meio social. A escolha por uma ou outra esfera dependerá, em linhas gerais, do viés de importância que se empregue ao bem jurídico tutelado.

Entretanto, é amplamente reconhecido em doutrina o caráter mais enfático da repressão penal.

2.2 Espécies de prisões processuais penais

O sistema processual brasileiro encontra-se basicamente dotado de dois gêneros de prisão, ou seja, as prisões processuais – que são decretadas para garantir os efeitos do processo – e a prisão pena, decorrente da condenação criminal.

Neste sentido as espécies de prisão processual existente no ordenamento jurídico brasileiro são: prisão em flagrante, disposta no artigo 301 do CPP, que dispõe que qualquer um será preso, quando do momento que for encontrado por autoridades policiais em flagrante delito. Prisão preventiva, disposta no artigo 311 do CPP, que dispõe que a qualquer momento da fase investigativa ou processual, poderá ser decretada a prisão preventiva, sendo esta, decretada pelo juiz de ofício, sendo esta requerida pelo Ministério Público, querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade judicial. E tem-se ainda a prisão domiciliar, disposta no artigo 317,

consiste na modalidade de prisão fica recolhido em sua residência, não podendo desta ausentar-se sem autorização.

2.3 Conceito e considerações acerca das medidas cautelares

Quando entrou em vigor, a Lei 12.403/11 promoveu grandes modificações no processo penal, dentre elas, uma em especial há de ser destacada aqui: a introdução das medidas cautelares.

Considerando que a prisão cautelar e todas as suas ramificações se fundam na cautelaridade, não há que se afirmar que esta sistemática seja novidade no processo penal brasileiro. Todavia, a grande diferença que se impõe na nova Lei é que “a cautelaridade voltada diretamente à pessoa do agente somente existia, no processo penal, sob a forma de prisão, de privação de liberdade”.⁴⁷

O fato é que a sistemática mudou com o advento da nova Lei de modo que hodiernamente, embora o texto da norma trate, de forma separada, medidas cautelares e prisões, não se pode olvidar que a prisão está inserida no rol das medidas cautelares. Neste sentido tem-se que o art. 282 do CPP, tratava exclusivamente da modalidade de prisão em flagrante, agora, com o novo texto, passou a regulamentar as medidas cautelares, de modo que estas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente.

Observa-se, portanto, que a nova redação dada ao art. 282, tornou-o mais extenso, trocando o sintético texto de 1941 *in verbis*, “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente”, por texto mais abrangente onde foram incluídos dois incisos e seis parágrafos, conforme se observa:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de

⁴⁷ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Prisões e medidas cautelares à luz da Lei nº 12.403/11**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3254, 29maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21891>>. Acesso em: 05 NOV. 2014.

ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319) (Lei 12.403/11).

O certo é que, pela nova sistemática insculpida na Lei, a aplicação das medidas cautelares se funda basicamente em dois requisitos: necessidade e adequação, conforme se extrai da inteligência dos incisos I e II do dispositivo em comento (art. 282).

Em suma o que se extrai do art. 282 em comento é que, tendo a nova Lei introduzido no ordenamento jurídico pátrio medidas cautelares diversas da prisão preventiva, devem aquelas, sempre preceder a esta.

Assim dentre as medidas cautelares estabelecidas na nova sistemática destacam-se: O comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; a proibição de manter o contato com pessoa determinada; a proibição de ausentar-se da comarca; o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e o monitoramento eletrônico (art. 319).

Outra medida essencialmente humanitária foi introduzida pela Lei por meio do art. 318, estabelecendo a prisão domiciliar nos casos de pessoa: com mais de 80 anos; debilitada por motivo de doença grave; que seja imprescindível ao cuidado do menor de 6 (seis) anos de idade ou deficiente e gestante a partir do sétimo mês ou nos casos de gravidez de risco.

Sobre este aspecto, importa destacar que “*ao preso compete o ônus de provar que se enquadra em uma das situações do artigo 318; a ele compete demonstrar ao juiz, por meio de prova idônea que tem direito à prisão domiciliar*”.⁴⁸

Panorama bastante interessante é apresentado por Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques ao ensinarem que:

[...] o sistema de prisão de 1941, ao longo dos 70 anos da sua vigência, foi se transformando paulatinamente. Já em 1977, por força da Lei 6.416/77, ampliou-se a possibilidade de liberdade provisória sem fiança (CPP, art. 310, parágrafo único). As prisões decorrentes da pronúncia e sentença foram eliminadas com as Leis 11.689/2008 e 11.719/2008. O art. 594 foi revogado. O atual art. 387 do CPP dos juízes fundamentação específica (na sentença) sobre a manutenção ou decretação da prisão preventiva. O duplo grau de jurisdição agora independe da prisão do condenado (súmula 347 do STJ). Toda prisão cautelar exige fundamentação específica e convincente, sob pena de revogação.⁴⁹

Isto posto, há que se complementar que com o advento da Lei 12.403/11 este ciclo de mudanças se completa, passando a existir apenas duas espécies de prisões cautelares, quais sejam: temporária e preventiva (art. 283).

Destarte, o art. 283 veio estabelecer com dito, apenas duas espécies de prisões cautelares, insculpindo em seu texto que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Nesta senda a sistemática vigente é a de que a prisão preventiva somente será cabível quando houver impossibilidade de substituí-la por outra medida cautelar.

Em que pese o art. 283 supra estabelecer os novos fundamentos da prisão preventiva, a reforma ficou bem delineada no bojo do art. 282, inc. I e II, uma vez que lá estão insculpidos os requisitos verificadores da necessidade de aplicação das medidas cautelares, como meio de efetivar a lei penal e evitar a prática de infrações penais.

⁴⁸ MACIEL, Silvio. Da prisão domiciliar. *In Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403 de 4 de maio de 2011*; (Coord) GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.169

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. Da Prisão, das medidas cautelares e da Liberdade Provisória. *In Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403 de 4 de maio de 2011*; (Coord) GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.25.

Portanto, a tutela cautelar prisional apenas se justifica mediante a presença dos pressupostos específicos de indícios suficientes de materialidade e de autoria delitivas e a real necessidade da prisão. Neste sentido infere-se que a natureza cautela da prisão em flagrante estaria ultrapassada, mormente esta se justifica apenas enquanto “*brevíssima restrição da liberdade do conduzido*”.⁵⁰

Neste sentido encontra fundamento a natureza de brevíssima restrição da liberdade do conduzido referida acima. Posto que na verdade a nova sistemática trazida pela Lei 12.403/11:

[...] acabou de vez com a denominada execução provisória da pena, ou seja, extinguiu a possibilidade de execução da pena na dependência do Recurso especial e/ou Recurso extraordinário, ao dispor no art. 283 que ninguém será preso senão e flagrante, ou em virtude da prisão temporária ou preventiva, ou então em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.⁵¹

Busca-se com isto dotar a nova sistemática da prisão cautelar com elementos jurídico-constitucionais capazes de torna a pena mais humana, afastando-se eventuais afrontas aos princípios constitucionais que tutelam a integridade da pessoa humana.

Na verdade a prisão em flagrante autorizada pelo constituinte quis referir-se tão somente à autorização para “captura do agente e a sua imediata condução à presença da autoridade policial para a documentação da ocorrência”.⁵²

2.4 Ineficiência ou ineficácia do sistema prisional brasileiro

Conforme leciona Bitencourt “a pena de prisão imperou uma áurea otimista e a convicção de que a prisão poderia ser o meio idôneo para realizar as finalidades da pena, entre elas, ressocializar o condenado”⁵³. No entanto, não tardou muito para

⁵⁰ RABELO, Galvão. **A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante**. Boletim IBCCRIM, ano 19, nº 225 – agosto, 2011, p.11.

⁵¹ MACIEL, Silvio. Da prisão domiciliar. *In* **Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403 de 4 de maio de 2011**; (Coord) GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.116.

⁵² RABELO, Galvão. **A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante**. Boletim IBCCRIM, ano 19, nº 225 – agosto, 2011, p.11.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Causas e Alternativas. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

esta atmosfera de otimismo viesse a ceder espaço para uma total descrença na pena privativa de liberdade.

Sob esta óptica a prisão tem a capacidade de proporcionar um efeito criminógeno, ou seja, “em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações”⁵⁴.

Nesta mesma linha de raciocínio cumpre trazer aqui também a lição Benthan quando aduz que:

Todas as penas, ou pelo menos quase todas, além do réu que as sofre, chegam a mais alguém. O réu tem relações, amigos, parentes, companheiros, credores que sofrem ou por simpatia, ou porque o golpe que feriu o criminoso lá os vai alcançar indiretamente a eles nos seus interesses: é uma parte da pena, que se extravasa, que transborda do seu leito natural e se espraia sobre os inocentes: é um mal inevitável [...]⁵⁵.

Neste contexto, tem se observado que os números de encarcerados no Brasil em comparação com o número de vagas existentes no sistema prisional são assustadores, e daí decorrem uma série de problemas como: maus tratos verbais e físicos, abusos sexuais, falta de higiene entre outros males.

Em face destes e outros problemas é que o Sistema Carcerário Brasileiro tem sido alvo de críticas diversas pela forma com que tem tratado seus presidiários, pois o descaso com a Declaração dos Direitos Humanos, as garantias constitucionais e a regulamentação dos direitos do preso não tem sido suficientes para conservar nesses, a tão discutida dignidade da pessoa humana, pois nesse princípio estão baseados tantos outros quando se refere a pessoa como ser de direitos e não apenas de deveres.

Com base no exposto, é conveniente salientar a lição de Dotti, ao se referir ao estabelecimento prisional, afirmando que lá na prisão há uma melodia, cujo seu objetivo é acompanhar as ações praticadas até que se termine a punição.

Em verdade e frente à experiência recolhida em mais de duzentos anos, é possível afirmar que a prisão é o monocórdio que se propõe a executar a

⁵⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. Causas e Alternativas. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157

⁵⁵ BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 248

grande sinfonia do bem e do mal. Nascendo geralmente do grito de revolta das vítimas e testemunhas na flagrância da ofensa, ela é instrumento de castigo que se abate sobre o corpo do acusado e o incenso que procura envolver a sua alma caída desde o primeiro até o último dos purgatórios⁵⁶.

Dessa forma, são vários os questionamentos acerca da função social das Instituições Carcerárias, pois o que ocorre na prática, é que o preso perde além da liberdade, sua dignidade e suas garantias Universais e Constitucionais, tornando-se o cárcere, um meio incompetente para resolver situações negativas oriundas da intervenção do poder punitivo, tendo como resultado a reprodução de mais violência.

Com essas considerações percebe-se que o primeiro e principal problema a ser mencionado é a conhecida superpopulação carcerária. A Lei de Execuções Penais, ao tratar do Estabelecimento Prisional, dedica o art. 85 a regulamentar sobre a lotação do presídio, afirmando que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”, no entanto, a lotação máxima se dá pelo “Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades”, conforme parágrafo único do art. 85 da Lei de Execuções penais.

Com base nas estatísticas fornecidas pelo Ministério da Justiça em junho do ano de 2012, a capacidade e a quantidade de presos eram altamente discrepantes, mesmo estando o Sistema prisional dividido em penitenciárias, cadeias públicas e as carceragens dos distritos policiais existentes.

Portanto, cumpre trazer aqui os resultados apresentados pelo Ministério da Justiça, no que diz respeito à população carcerária e sua distribuição nas unidades da federação.

⁵⁶ DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 105-106

Fonte: INFOPEN – 2013. <http://portal.mj.gov.br>

Referência:06/2012

	Masc.		Fem.		Masc.		Fem.		Masc.		Fem.		Masc.		Fem.		Masc.		Fem.		Masc.		Fem.		Masc.		Fem.	
	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	Fem.
AC	1786	129	603	23	8	0	6	0	3	0	184	78	3820	1737	165	1918	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
AL	960	32	867	39	519	16	38	3	0	0	187	122	3783	1447	79	2257	486	64	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
AM	1525	79	659	74	349	90	0	0	27	0	4125	342	7270	2823	253	4194	-	-	-	500	0	0	0	0	0	0	0	
AP	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
BA	3024	131	2112	70	153	5	43	5	0	0	4253	345	10141	6590	329	3222	4682	265	4173	12	0	0	0	0	0	0	0	
CE	4204	157	2533	74	2947	123	53	0	72	0	6684	473	17320	9958	520	6842	975	9	-	-	0	0	0	0	0	0	0	
DF	4814	287	3451	168	1	0	76	5	0	0	2249	270	11321	6019	422	4880	132	0	100	0	0	0	0	0	0	0	0	
ES	5721	477	2009	256	45	0	45	3	0	0	5591	513	14660	1590	1510	1560	56	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
GO	4090	168	2067	114	589	22	15	3	0	0	4385	408	11861	6895	599	4367	672	45	479	0	0	0	0	0	0	0	0	
MA	997	162	676	20	31	0	1	0	0	0	2060	116	4063	1847	264	1952	1140	60	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
MG	13555	549	5188	274	853	40	0	0	0	0	23044	1795	45298	28504	2308	14486	6235	367	4137	0	0	0	0	0	0	0	0	
MS	5261	390	1318	185	767	59	7	0	16	1	2759	501	11264	5368	946	5174	871	81	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
MT	4480	246	1143	55	45	1	28	0	0	0	4784	466	11248	5456	304	5488	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
PA	4859	266	847	16	78	0	117	5	0	0	5019	523	11730	6184	578	4968	844	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
PB	3424	166	1096	72	426	30	80	5	0	0	3138	319	8756	5208	186	3362	-	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
PE	4722	691	2867	240	1593	125	421	27	2	1	15718	786	27193	10773	893	15527	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
PI	529	17	277	18	104	1	18	0	2	1	1906	102	2975	2083	135	757	318	9	-	-	0	0	0	0	0	0	0	
PR	8166	336	3072	150	7103	659	398	23	1	0	2618	119	22645	14612	550	7483	1525	1310	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
RJ	9913	644	7544	355	346	23	60	6	0	0	1849	802	31642	23600	1563	6479	1919	0	-	-	0	0	0	0	0	0	0	
RN	2111	147	660	50	376	66	44	0	21	0	974	27	4476	3567	0	1129	1950	185	600	0	0	0	0	0	0	0	0	
RO	4145	436	1240	86	435	158	37	1	0	0	1446	67	8051	4358	531	3162	-	-	-	-	0	0	0	0	0	0	0	
RR	399	53	378	28	175	41	0	0	0	0	633	62	1769	1014	92	663	14	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
RS	13676	1026	5736	417	1523	58	258	16	158	44	6638	518	30068	19385	1175	9508	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
SC	6489	502	3114	242	1704	88	149	0	1	0	4093	338	15720	10026	566	6128	195	30	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
SE	869	32	422	0	0	0	43	3	14	0	2211	162	3756	2054	181	1521	-	-	-	-	0	0	0	0	0	0	0	
SP	91742	6588	20680	1683	0	0	931	123	203	228	60546	1689	184413	94408	7775	82230	4373	2032	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
TO	872	31	274	7	24	0	15	0	4	0	844	43	2114	1644	0	470	346	30	-	-	0	0	0	0	0	0	0	
Total	202333	13742	70833	4716	20194	1605	2883	228	524	275	180038	10986	508357	287150	21924	199727	36733	4487	9989	12	0							
Total Geral de Presos no sistema e na policia:		549577																										

De acordo com os dados acima, a população masculina é de 180.038 presos em regime provisório, enquanto no regime fechado há 202.333. No regime semiaberto o Sistema Penitenciário atende a 70.833 detentos e no regime aberto a 20.194 presos, totalizando 473.398 presos para apenas 287.150 vagas em todo Brasil.

A população carcerária feminina compreende em seu regime provisório em 10.986 presas, no regime fechado atende a 18.742. Já no regime semiaberto estão encarceradas 4.716 pessoas e no regime aberto são atendidas 1.605 detentas, chagando esse número a 36.049 mulheres para o quantitativo total de 21.924 vagas no território nacional.

Com estes dados consolidados pelo Ministério da Justiça no ano de 2012, percebe-se que não há espaço para cumprir com o que prescreve a legislação no tocante a dignidade humana, pois como se acumula tantas pessoas em determinado lugar onde a capacidade é completamente incompatível com o número de pessoas presas. Como estão sobrevivendo no interior desses verdadeiros calabouços e como têm sido preservados seus direitos como preso, se o espaço físico é insuficiente para abrigá-los, sem levar em consideração os demais aspectos como higiene, saúde e

alimentação. Com o posicionamento de Rolim podemos perceber como se encontra a sociedade em razão de tal descaso:

O Brasil, como a grande maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestável um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superpopulação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos Direitos Humanos.⁵⁷

Com a precisão com a qual aborda a temática em questão percebe-se que esse não é um problema atual, mas que tem se agravado sistematicamente em função dos argumentos expostos por Rolim, afirmando em outras palavras a decadência de segurança em que o Brasil se encontra, pois os presídios não têm cumprido com a sua função social de ser meio destinado a restabelecer o valor social dos que estão sob sua responsabilidade, mas transformam as pessoas que poderiam pagar sua dívida com a sociedade em lixo humano que está apodrecendo a cada tratamento desumano, a cada maltrato recebido, a cada direito violado, como brilhantemente colocam Barros e Jordão sobre a função dos presídios afirmando que “a prisão é uma instituição política e que sua função social, após a formação do Estado liberal é de recuperação dos indivíduos, devendo buscar sua ressocialização”.⁵⁸

Portanto o cenário atual é o de uma sociedade onde a legislação e os critérios normativos gerais e específicos não são utilizados nos presídios, o que se observa é o desrespeito literal a tudo o que se chama lei não importando sua relevância.

Na verdade, há um verdadeiro desacato a qualquer princípio legal. Assim, os presídios são instituições onde as regras são específicas para cada lugar, havendo dentro de um mesmo Estado Democrático de Direito diversos pesos e medidas em função dos valores e costumes estabelecidos pela administração dos presídios.

⁵⁷ ROLIM, Marcos. **Prisão e Ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil**. Disponível em: <http://www.lac.ox.ac.uk/sites/sias/files/documents/rolim48.pdf>. Acesso em 22/12/2014.

⁵⁸ JORDÃO, Maria Perpétua Dantas. e BARROS, Ana Maria de. **A Cidadania e o Sistema Carcerário Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/anamb1.pdf>. Acesso em 12/11/2014.

Essas regras institucionais não possuem nenhum vínculo com a sentença judicial, sendo completamente contrastante com qualquer dos diplomas legais, tão pouco com os propósitos estabelecidos para a reintegração dos apenados. São atitudes antagônicas, não havendo nexos entre o aparato legal e o objetivo da pena restritiva de liberdade, que é justamente retirar o presidiário do meio social e prepará-lo para o convívio social.

É preciso ter em mente que a legislação penal pátria está fundamentada sob a égide “de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”.

Não por acaso a Lei de Execuções Penais foi elaborada com base nas ideias de Nova Defesa Social, assim como também no estabelecimento de medidas assistenciais ao condenado. Diante disto buscou-se também oferecer condições para uma integração harmônica do preso ou internado com a sociedade, conciliando a preocupação com sujeito passivo da execução [condenado] com a defesa social.

CAPÍTULO III - DIREITO PENAL MÍNIMO E SUAS NOVAS CONCEPÇÕES

As sanções penais são, visivelmente, mais prejudiciais ao indivíduo devido ao seu principal enfoque: a liberdade, o direito de ir e vir do cidadão. Comina-se, nos tipos penais, geralmente, penas privativas de liberdade, e, considerando que esse bem é um dos mais caros e importantes ao pleno desenvolvimento do indivíduo, a essência da coerção estatal penal é mais forte do que as coerções civis e administrativas, patrimoniais por excelência.

Tendo em vista esse aspecto, a doutrina elaborou o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Segundo esse, o Direito Penal seria a *ultima ratio*, ou seja, seria a última medida do Estado na proteção dos bens jurídicos indispensáveis ao bom convívio social, devendo ser utilizado apenas para a proteção dos bens mais importantes da sociedade e desde que tais bens não sejam satisfatoriamente protegidos pelos outros ramos do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, aduz Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.⁵⁹

Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes entendem que

A intervenção penal, em razão da natureza do castigo penal, que retrata a forma mais drástica de reação do Estado frente ao delito, deve ser fragmentária e subsidiária. Isso é o que caracteriza o princípio da intervenção mínima, que constitui a base do chamado Direito Penal mínimo.[...] O Direito tem condições de oferecer aos bens jurídicos uma proteção diferenciada, que pode ser civil, administrativa, penal etc. A tutela penal deve ser reservada

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.43.

para aquilo que efetivamente perturba o convívio social. Em outras palavras, ao estritamente merecedor de tutela.⁶⁰

Segundo alguns doutrinadores, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal encontra guarida constitucional. Nesse aspecto, esse princípio, implícito no atual texto da Constituição Federal, seria uma das principais limitações à atividade legislativa penal. Com esse viés, leciona Alberto Jorge Correia de Barros Lima:

E é exatamente como limite constitucional, traduzido não só em garantia individual, mas em garantia dos interesses transindividuais que regem a coexistência em uma coletividade marcada pela diversidade, que a intervenção mínima vai figurar na atual Constituição brasileira em forma de princípio. Princípio constitucionalmente implícito, o que não nega, de modo algum, a sua validade no sistema, em face da previsão positivada no §2º do art. 5º da Carta Federal. A intervenção mínima é decorrente do princípio constitucional expresso da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da determinação impositiva do art. 3º, IV, da Constituição Federal, concernente à efetivação do bem de todos por meio da obrigatória ação dos Poderes Públicos. Em um Estado Democrático de Direito, que tem como alicerce a Dignidade Humana e como objetivo o bem de todos, não se podem permitir criminalizações de comportamentos arbitrariamente, ao livre talante de quem quer que seja, ainda que em nome de uma suposta maioria e de supostos interesses emergenciais. [...] Por transportar consigo garantia fundamental do indivíduo, consistente em critério lógico antecedente na criação de regras restritivas da liberdade de ir, vir e ficar, inserindo-se, por natureza, entre as normas limitativas dos poderes estatais, o princípio tem aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, §1º), independentemente de reconhecimento expresso e também de lei regulamentadora, já que dotado dos meios e elementos necessários à sua executoriedade.⁶¹

A doutrina identifica duas vertentes do princípio da intervenção mínima da tutela penal. A primeira diz ao respeito ao bem jurídico, no sentido de que apenas aqueles bens considerados essenciais ao convívio em sociedade merecem a atenção especial do Direito Penal.

A segunda faz alusão à subsidiariedade do ordenamento penal, fazendo referência ao Direito Penal como de utilização necessária apenas quando os demais

⁶⁰ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 285.

⁶¹ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 70-71.

ramos do ordenamento jurídico não forem capazes de tutelar satisfatoriamente o bem jurídico em análise. Nesse sentido é a lição de Rogério Greco:

O princípio da intervenção mínima deve ser analisado sob dois enfoques diferentes, a saber: a) *ab initio*, devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas; b) evidencia a chamada natureza subsidiária do Direito Penal, devendo ser encarado como a *ultima ratio* de intervenção do Estado.⁶²

Em relação ao primeiro aspecto do princípio da intervenção mínima apontado pelo professor Rogério Greco, é importante ter a noção de bem jurídico. O bem jurídico, em linhas gerais, é aquele dotado de importância para o Direito, merecendo, por conseguinte, a sua proteção.

Enfatizando sua concepção acerca da primeira vertente do princípio da intervenção mínima, no sentido de proteção dos bens jurídicos mais importantes ao harmônico convívio social, Greco elucida:

Certo é que, independentemente do conceito que se adote de bem jurídico, ora enfatizando um bem individualmente considerado, ora levando em consideração um bem de interesse coletivo ou social, a escolha deverá recair somente sobre aqueles que gozarem da importância exigida pelo Direito Penal, a fim de que o princípio da intervenção mínima seja atendido.⁶³

Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes entendem, em relação ao aspecto da intervenção mínima nesse momento debatido, que “*o fundamento nuclear da idéia de que o Direito Penal somente deve proteger os bens jurídicos mais relevantes reside, indiscutivelmente, na dignidade da pessoa humana (que é o valor máximo do nosso modelo de Estado de Direito)*”⁶⁴.

O segundo aspecto da intervenção mínima, qual seja, o da subsidiariedade, significa que o Direito Penal só deve voltar sua atenção e a sua força coercitiva para aquelas condutas que não estejam suficientemente reprimidas por outros ramos do

⁶² GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2011, p. 75.

⁶³ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2011, p. 77.

⁶⁴ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.

ordenamento jurídico. Assim, se, por exemplo, o Direito Civil e o Direito Administrativo conseguirem reprimir determinadas condutas ilícitas de modo eficaz, a criação de tipos penais objetivando a repressão e prevenção dessas práticas restaria afastada. Desse modo, o Estado apenas utilizaria da força do Direito Penal de modo subsidiário, quando os demais ramos do ordenamento jurídico não protegessem os bens jurídicos de forma eficiente, atestando, assim, o caráter de *ultima ratio* do ordenamento jurídico-penal. Greco assim elucida a segunda vertente do princípio da intervenção mínima:

Com sua segunda vertente, o princípio da intervenção mínima deixa entrever a necessidade de o Direito Penal ser aplicado de forma subsidiária, tendo em vista a drasticidade de sua resposta, permitindo, assim, ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, que outros ramos do ordenamento jurídico, com primazia, procurem fazer a proteção dos bens jurídicos, somente sendo necessária a interferência do Direito Penal quando esses outros ramos desmonstrarem que são ineficazes ou insuficientes à sua proteção.⁶⁵

Ainda tratando da segunda vertente do princípio da intervenção mínima, raciocinando-a em conjunto com a primeira vertente anteriormente elucidada, Greco continua lecionando:

Por intermédio da vertente que aponta a natureza subsidiária do Direito Penal, o legislador, no momento da escolha do bem, além de ter de aferir sua importância, tanto em nível individual como coletivo ou social, deverá observar, obrigatoriamente, se os outros ramos do ordenamento jurídico se mostram suficientemente eficazes na proteção daquele bem que, de antemão, já fora entendido como importante, para, somente após, caso essa proteção seja entendida como ineficaz ou insuficiente, permitir a intervenção drástica do Direito Penal.⁶⁶

A principal consequência científico-jurídica do princípio da intervenção mínima é o caráter fragmentário do Direito Penal. Partindo do pressuposto de que, segundo o princípio em estudo, o Estado apenas deve utilizar-se do ordenamento penal para a defesa dos bens jurídicos essenciais à sociedade e desde que esses bens não possam ser suficientemente protegidos por outros ramos do Direito, ocupa-se o Direito

⁶⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2011, p. 75.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2011, p. 87.

Penal apenas de uma pequena parcela de bens jurídicos, protegendo, assim, apenas fragmentos de bens que mereceram a proteção estatal via ordenamento jurídico.

Neste sentido, mesmo quando a conduta merece ser tratada pelo direito penal o legislador buscou estabelecer uma escala de gravidade entre essas condutas ilícitas fazendo surgir o conceito de crime de menor e médio potencial ofensivo.

3.1 Crimes de menor e de médio potencial ofensivo

O conceito de crimes de menor potencial ofensivo encontra-se consagrado na Constituição Federal em seu art. 98 ao afirmar que: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Ao inserir a referida norma o legislador buscou oferecer um tratamento especial aos crimes de menor gravidade, concedendo a possibilidade de afastar a aplicação de penas privativas de liberdade em favor da suspensão condicional do processo, estabelecendo assim um meio hábil para a reparação do dano em favor da vítima.

O conceito também se encontra expresso na Lei 9.099/95 afirmando que:

Art. 61. Consideram-se crimes de menor potencial ofensivo, para efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Portanto a criação do Juizado Especial Criminal – JECrim, introduziu benefícios aos crimes para os quais a pena máxima cominada na lei não seja superior a 1 (um) ano, excetuando-se aqueles para os quais são adotados procedimento especial para o seu processo e julgamento.

Todavia, a Lei nº 10.259/01 – Lei dos Juizados Especiais Federais veio trazer um novo conceito ao alterar o limite máximo da pena cominada quando definiu no parágrafo único do artigo 2º que: “Consideram-se infrações de menor potencial

ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, ou multa”.

Diante deste novo conceito apresentado pela nova lei, estabeleceram-se alguns debates na doutrina, primeiro porque entendia-se que o novo conceito trazido pela lei seria de aplicação exclusiva na seara federal, não sendo possível a sua aplicação no âmbito da justiça estadual.

Assim:

De fato extrai-se numa primeira visão que o conceito restringe-se aos Juizados Federais que antes inexistente passaram a transacionar as regras da Lei 9.099 conquanto referiu-se “para os efeitos desta lei”, qual seja “Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal”.⁶⁷

Diante deste conflito que se instaurou, a celeuma foi sanada por meio da interpretação da norma sob o ponto de vista constitucional. Assim, em face da obediência ao princípio da isonomia o conceito também passou a ser aplicado na seara estadual.

Superada esta discussão, outras ainda surgiram em torno do tema, isto porque, a Lei dos Juizados Especiais Federais, foi silente quanto os “procedimentos especiais” além do que apresentou a novidade quanto à pena de multa, na nova definição do conceito.

Esta discussão não será aqui abordada em suas nuances de modo que para as pretensões estabelecidas neste estudo é suficiente apontar que a lacuna foi solucionada com a entrada em vigor da lei 11.313/06, a qual ao modificar a redação do artigo 61 da Lei 9.099/95, trouxe uma nova definição de crimes de menor potencial ofensivo, conforme se observa in verbis:

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

Assim, a discussão que fora estabelecida anteriormente já não mais vigora uma vez que o novo conceito apresenta de forma elucidativa o campo de sua aplicação. O

⁶⁷ MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. **Lei 11.313 de 28 de Junho de 2006: Novo conceito de Crimes de Menor Potencial Ofensivo**. Disponível em: <http://www.acmradvogados.com.br/pdfartigos/Crimes%20de%20Menor%20Potencial%20Ofensivo.pdf>

resultado disto é que independente do âmbito em que ocorreu a conduta delituosa será aplicado o procedimento estabelecido na Lei 9.099/95.

Igualmente importante é o conceito de médio potencial ofensivo, o qual, também foi trazido pela Lei 9.099/95 no seu artigo 89. Importante destacar que esta espécie de crime foi conceituada na lei como sendo aqueles cuja pena mínima cominada não ultrapasse o limite de 1 (um) ano.

Observe-se que o referido conceito não se confunde com o de crimes de bagatela, tendo em vista que estes não estão dotados de previsão legal, ou seja, a sua aplicação se dá por exclusão da tipicidade material da conduta. Significa dizer, por exemplo, que, o crime de furto simples poderá ser considerado um crime de bagatela, no entanto, não se insere dentro do contexto de pequeno potencial ofensivo, mas sim de médio.

A doutrina também andou se debatendo quanto ao conceito de crimes de médio potencial ofensivo, isto porque, com a modificação do limite mínimo de 1 (um) ano para (2) dois anos nos crimes de pequeno potencial ofensivo, questionou-se sobre a possibilidade de modificação deste limite mínimo ter atingido também o conceito de crimes de médio potencial ofensivo.

Esta discussão tomou maior fôlego com a publicação do julgado abaixo.

A Lei n. 10.259/2001, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena mínima [claro equívoco, deveria ser "máxima", anotação nossa] cominada. Daí que o art. 61 da Lei n. 9.099/1995 foi derogado, sendo o limite de um ano alterado para dois, devendo tal mudança ser acrescentada à parte final da Súm. N. 243 desta Corte, visto que as alterações da lei penal que são benéficas para os réus devem retroagir. A Turma deu provimento ao recurso para afastar o limite de um ano e estabelecer o de dois anos para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo. (RHC 12.033-MS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 13/08/2002)

No entanto, esta discussão logo caiu por terra em decorrência do entendimento firmado no julgamento dos Embargos Declaratórios 12033-MS, quando se reconheceu que o advento da Lei 10.259/01 não atingiu o instituto da suspensão condicional do processo ou o art. 89 da Lei 9.099/95, passando, portanto, a vigorar deste então, o referido entendimento.

Portanto, toda esta discussão a respeito da gradação da potencialidade ofensiva de um delito, passa a ganhar maior força, também, no campo de um debate

que já sendo firmado a um bom tempo, e que tem despertado de forma significativa o interesse da doutrina e dos operadores do direito em geral, qual seja, o debate em torno da Justiça Restaurativa.

Neste sentido, o trabalho passa a abordar este que é a preocupação central deste estudo, apontando no tópico seguinte os aspectos mais importantes referentes à temática.

3.2 Justiça restaurativa

Surgindo como uma espécie de alternativa ao tradicional modelo de justiça penal pautado no paradigma punição/retribuição, a Justiça restaurativa representa assim, um novo modelo que se consolidou a partir da análise crítica do sistema pena, promovendo desta forma uma relevante reflexão no tocante à legitimidade deste bem como em torno da sua crise e saturação.

Este novo modelo se apresenta como “uma das opções ao sistema penal tradicional que não o elimina mas que mitiga seu efeito punitivo e marginalizador, em respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos”⁶⁸:

Neste contexto observa-se que a justiça restaurativa representa uma sistemática de reintegração social que se condiciona pelo compromisso de restaurar, buscando articular uma forma de integralizar a pena e com o objetivo de não apenas proteger a sociedade, mas, sobretudo restituir às vítimas, denunciar a conduta infracional, prevenir violência e criminalidade, proteger a comunidade e reabilitar o infrator pela compreensão do dano causado por seu ato.

A discussão da justiça restaurativa e a implementação de reformas no Sistema Judiciário brasileiro teve início desde o final do século XX, visto que até então as formas de se “fazer justiça” não tinham se mostrado eficazes no que se refere ao controle do aumento da criminalidade e violência, principalmente, na área da infância e juventude.⁶⁹

⁶⁸ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p.144.

⁶⁹ SCHMIDT, Ana Carolina. **Práticas restaurativas comunitárias: um olhar psicodramático sobre o lugar do jovem nos círculos**. Trabalho de mestrado em psicologia social na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, 2010.

Este novo modelo de justiça encontra-se centrado em dois aspectos fundamentais. No primeiro caso busca estabelecer uma nova forma de lidar com o crime, evitando assim que o processo pena promova a exclusão e a estigmatização dos indivíduos.

Neste sentido, este novo modelo de justiça almeja se transformar em instrumento de inclusão e *empoderamento*⁷⁰, afim de que sejam respeitadas as garantias e direitos fundamentais.

Em seu segundo aspecto representa uma modificação de valores que sustentam a sistemática penal afim de que possa afastar-se o mais possível do desejo de vingança e retribuição do mal, prevalecendo neste caso o anseio de reconciliação e reparação.

Importante destacar que o conceito de reparação não deve ser aqui entendido em seu sentido estreito de danos materiais, isto porque:

Os princípios e as características apresentados diferenciam a justiça restaurativa da justiça penal retributiva, pois naquela há a participação, discussão, conscientização, compreensão, solução dos problemas presentes e preparação para problemas futuros, enquanto na justiça penal tradicional há imposição e não, discussão, retribuição pelo fato passado, desproporcionalidade, esbulho da vontade e interesse das partes, afastamento da comunidade.⁷¹

A doutrina tem apresentado a justiça restaurativa como um caminho a ser trilhado pelo processo penal na modernidade, neste sentido:

Atualmente em linhas gerais, pode-se dizer que a criminologia e o direito penal caminham por dois caminhos. O caminho A, referente a justiça criminal retributiva, que começa seu caminho na culpabilidade e tem como meta a pena enquanto sofrimento estigmatizante contra o delinqüente. Por seu turno, no caminho B refere-se à justiça criminal restaurativa que dirige seus passos principalmente frente à análise dos danos que a criminalidade causa no sujeito passivo dos delitos (a vítima) para outorgar-lhe justa reparação.⁷²

⁷⁰ ACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al* (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 163-186.

⁷¹ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, pp.152-153.

⁷² NERY, Déa Carla Pereira. **A justiça restaurativa como alternativa de controle social sob a ótica do direito penal do cidadão**. Tese de doutorado em direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 2011, p. 117.

Neste contexto é importante destacar que o sentido da justiça restaurativa é estabelecer um sistema em que a reinserção social não mais encontra-se condicionada à compensação material dos prejuízos, quebrando paradigmas da justiça penal retributiva, sem contudo afastar a função estatal ou tampouco substituí-la.

A Justiça Restaurativa transforma o paradigma da intervenção penal, uma vez que não está apenas preocupada com a determinação de uma resposta adequada ao comportamento criminal, mas também com a reparação, seja ela material ou simbólica, dos danos causados pelo crime. Encoraja vítima e ofensor a resolverem o conflito por intermédio da discussão e da negociação, reservando para os agentes públicos o papel de facilitadores, dotados de um só instrumento de intervenção: a linguagem, o que os coloca no mesmo nível de poder das partes (uma vez que, aqui, o poder limita-se à comunicação). Mais do que a reparação material, pode reparar as relações e a confiança afetadas pelo crime.⁷³

Neste contexto observa-se que a prevalência de um conflito requer respostas punitivas reparatórias, conciliatórias e terapêuticas, sendo a aplicação dos mecanismos restaurativos uma forma de corrigir as consequências do delito, reparando o dano ao máximo, bem como as relações das partes afetadas pela prática ilícita.

A existência do conflito demanda por respostas punitivas, reparatórias, conciliatórias e terapêuticas, sendo a aplicação dos mecanismos restaurativos uma forma de corrigir as consequências do delito, reparando o dano ao máximo, bem como as relações das partes afetadas pela prática ilícita.

O modelo restaurativo se situa em oposição aos demais segundo Jaccoud, esclarecendo, ainda, que o modelo restaurativo é o único que busca a restauração da situação anterior pela anulação dos erros por meio da reparação, que pode ser simbólica, psicológica ou material. Ressaltando, ainda, o papel de destaque dado à vítima e a participação do ofensor na solução do processo, não porque esse deve sofrer alguma coisa e sim porque deverá ser promovida a restauração.⁷⁴

⁷³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 127.

⁷⁴ JACCOULD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: SLAKMON, C.; VITO, R. de.; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programas das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p.166.

Esta nova proposta de abordagem à justiça penal opta por reparar os danos causados às pessoas e relacionamentos ao invés de mera punição ao transgressor, pois a punição aplicada de forma isolada não considera os danos emocionais e sociais, fundamentais para reduzir o impacto do crime sobre os envolvidos. Ou seja, a Justiça Restaurativa preenche as necessidades emocionais e de relacionamento, necessárias para a manutenção de uma sociedade civil saudável⁷⁵

É sabido que a prática delituosa viola não somente as relações entre infrator e vítima, como as relações existentes com a comunidade de apoio de ambas as partes, motivo pelo qual se afirma que compete à Justiça a identificação das necessidades e obrigações oriundas da violação e do trauma causado. Por isso, a Justiça Restaurativa oportuniza e encoraja as pessoas ao diálogo e ao consenso, de forma que avaliem suas capacidades de reconhecer suas responsabilidades e as necessidades a serem supridas pela prática do crime, resultando em um processo terapêutico individual e social.⁷⁶

É importante destacar que não se defende a desjudicialização ou privatização da justiça criminal, mas uma democracia participativa que seria complementada pela Justiça Restaurativa, utilizada como ferramenta para determinados casos segundo critérios definidos em lei, quando as partes seriam o centro do processo e deixariam de serem espectadores mudos, apropriando-se de um conflito que lhes pertence⁷⁷.

Assim, os mecanismos da Justiça Restaurativa não buscam somente a redução da criminalidade, mas atenuar os reflexos do crime sobre toda a comunidade afetada, e neste contexto a sua aplicação em detrimento do atual modelo que busca a reparação do dano por meio da aplicação de uma pena, poderá trazer uma maior efetividade ao processo de ressocialização do indivíduo.

Por isso, sugere Zehr uma mudança de foco ao analisar-se o delito, pois, consoante seu entendimento, “o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a

⁷⁵ MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma: uma teoria de Justiça Restaurativa**. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 agosto de 2003. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>. Acesso em: 16 nov. 2014.

⁷⁶ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p.170.

⁷⁷ PRUDENTE, Neemias. Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça restaurativa. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. Maringá/PR, jan./jul. 2008, v. 8, n. 1. p.52.

comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”⁷⁸. Assim observa-se que a idéia central do pensamento do autor é no sentido de que, cabe à Justiça Restaurativa oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem como sujeitos centrais do processo, buscando-se, assim, o reconhecimento das responsabilidades pelo cometimento do delito.

Portanto, “a correção do mal é, em si, uma forma de expiação que poderá promover a cura mais eficazmente do que a retribuição”.⁷⁹

Ressalta-se que a Justiça Restaurativa não exclui a punição dos seus efeitos e em assim sendo, mantêm uma conexão com a justiça retributiva, ambas as justiças trabalham a partir da ótica de que o delito quebra o equilíbrio existente e por isso a vítima merece algo em troca e o ofensor deve algo em troca.

O que difere é a resposta ao delito, a justiça retributiva trabalha com a ideia de que a pena vinga a vítima e a justiça restaurativa crê que o que, realmente, vindica a vítima é o reconhecimento das suas necessidades e dos danos que sofreu; somando-se a isso a responsabilização do ofensor que é encorajado a assumir o fato praticado, reparar o dano causado e apontar o que o levou a tal comportamento.

Neste sentido é importante destacar ainda que:

Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará repara a lesão e promover a cura. Atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime. É impossível garantir recuperação total, evidentemente, mas a verdadeira justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual esse processo pode começar.⁸⁰

O que se quer aqui é buscar fazer com que vítima e ofensor estejam preparados para um processo de reconciliação, de modo que esta deveria ser a segunda maior preocupação da justiça, ou seja, o judiciário deveria estar preparado para substituir o sistema punitivo pelo sistema restaurativo.

Todavia há de se observar que por mais que o tema venha sendo amplamente debatido nos últimos anos, a cultura da retribuição ainda marca fortemente a nossa

⁷⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p.170-171.

⁷⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p.170.

⁸⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p.177.

sociedade, além do que a adoção de uma justiça restaurativa não seria capaz de solucionar todos os casos em razão justamente da peculiaridade que envolve alguns deles. Neste sentido:

[...] Contudo, não seria realista esperar que a reconciliação aconteça em todos os casos. Em muitos deles não se chegará a nada parecido com reconciliação. Em outros será possível evoluir para um relacionamento satisfatório que não envolva intimidade e confiança total.⁸¹

Portanto, o que se tem observado é que dentro deste processo restaurativo a conscientização assume papel de relevância, de modo que, esta será alcançada apenas através do diálogo e este por sua vez terá ainda a capacidade de desencadear um processo de inclusão. Significa dizer que, o processo restaurativo prioriza o diálogo por meio da qual se alcançará o reconhecimento não apenas do crime como a inadequação da conduta, do erro, da ofensa ao outro, de modo que por meio desse processo introspectivo seja possível evitar novos conflitos entre vítima e autor do crime.⁸²

Sobre o tema cumpre ainda trazer a baila uma importante observação quando se diz que:

O sucesso do encontro restaurativo é dependente da organização e da gestão do seu funcionamento. [...] independente do termo designativo e quem exerce a função, denomine-se o exercício deste papel de mediador, estimulador, coordenador, presidente ou moderador, tem essa figura a tarefa central de motivar o encontro, facilitar no desenvolvimento do diálogo [...].⁸³

Imperioso afirmar, portanto, que o grande desafio que a justiça restaurativa enfrenta para a sua concretização, decorre da dificuldade de avaliação de seus métodos, sobretudo por que, a tradição das ciências modernas é que tudo necessariamente deve ser medido, explicado e demonstrado.

⁸¹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p.176.

⁸² SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p.170.

⁸³ KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.89.

No entanto, a justificativa que se tem apresentado como contra-argumento a esta tendência das ciências da modernidade é que, “a justiça restaurativa deve ser avaliada pelos valores que representa, e não por aqueles que visa a atacar e substituir”⁸⁴. Assim, deve-se voltar as atenções para a qualidade do processo que esta terá a capacidade de desencadear.

⁸⁴ MORRIS, Alisson. Apud KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.90.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a consolidação de políticas públicas de inclusão social de forma a fortalecer o Estado Democrático de Direito e suas garantias a cada pessoa que dele faz parte, a Justiça Restaurativa apresenta-se como uma alternativa viável, já que permite que as partes envolvidas em um conflito possam cooperar na sua solução, bem como reconhecem os direitos e garantias inerentes a cada um.

Neste contexto, afirma-se que a prática restaurativa diminui o processo de exclusão dos indivíduos ao possibilitar a humanização e a pacificação das relações envolvidas em um conflito, eis que ao contrário da justiça penal, não busca a mera resposta punitiva aos transgressores – fato gerador das desigualdades sociais – mas propõe um processo colaborativo entre todas as partes envolvidas no fato delituoso. Promove, assim, a pacificação dos conflitos e a interrupção das cadeias de reverberação da violência e dos processos de criminalização.

Assim, os mecanismos restaurativos permitem a efetivação de uma gestão de conflitos participativa, democrática e descentralizada, baseada nas relações sociais entre a comunidade e o poder público, sendo que o resultado desta interação mobiliza o capital social e constitui a rede de cooperação, construindo, por conseguinte, uma ação coletiva de redução das desigualdades sociais e de solidificação do sentimento de pertencimento a uma comunidade.

O grande diferencial dessa “nova Justiça” é a visão que se tem do delito. Sua função primordial é de reparação total dos indivíduos, sem utilizar-se para tanto a privação dos direitos. Visando a prevenção da violência e da criminalidade, reprimindo a conduta do causador do delito para que este sinta o “peso” do dano que causou.

A Justiça Restaurativa é um importante método que deveria ser mais pesquisado e priorizado por todas as sociedades. Atualmente, tal sistema tem pouco respaldo jurídico e pouca aplicação pelo estado, mas deveria o estado atentar-se no desenvolvimento destes métodos, para que se torne sua função a restauração da vítima e do infrator.

No Brasil, se faz necessário seu desenvolvimento, pois a Justiça Criminal se preocupa apenas com o castigo, sem se interessar com a restauração. As cadeias

não estão estruturadas suficientemente, não se pode mais permitir, que presos permaneçam amontoamentos em cárceres, gerando sentimentos revoltosos, tornando-se assim, cada vez mais a escola do crime. Amontando também de processo a justiça, que já não consegue suportar a demanda. Comprometendo o bom funcionamento do direito. As penas não se fazem justas a todos os casos, nem todos os aplicadores do direito conseguem individualiza-los no momento de aplicá-la.

Não se deve permitir que infratores de menor potencial ofensivo, tumultuem cadeias e o poder judiciário. E assim, se apresenta a Justiça Restaurativa, uma modalidade de correção, em que o infrator consegue sentir o dano que causou, corroborando assim, a perspectiva desta, afastar o desejo de violência e aumentar o desejo de reconciliação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 163-186.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Edipro, 2011.

BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais**. Campinas: Bookseller, 2002.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 285.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral 1. 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO. Paulo Amador Thomaz Alvas da Cunha. **História do Direito Brasileiro: Notícia histórica do direito penal no Brasil**. Org. Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 144.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.50.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **A pena de multa no Código Penal, suas características e a pena de multa da Lei de Drogas (n. 11.343/06)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.21973&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

GARCIA, Rogério Maia. **Sobre os limites e fundamentos do direito de punir nos crimes econômicos: breves reflexões históricas e uma perspectiva punitiva para a sociedade contemporânea**. Artigo on line. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/SOBRE.pdf>. Acesso em 01 nov. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Da Prisão, das medidas cautelares e da Liberdade Provisória**. In **Prisão e medidas cautelares: comentários à lei 12.403 de 4 de maio de 2011**;

(Coord) GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.25.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2011.

JACCOULD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: SLAKMON, C.; VITO, R. de.; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programas das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p.166.

JORDÃO, Maria Perpétua Dantas. e BARROS, Ana Maria de. **A Cidadania e o Sistema Carcerário Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/anamb1.pdf>. Acesso em 12 nov. 2014.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Silvio. Da prisão domiciliar. *In* **Prisão e medidas cautelares: cometários à lei 12.403 de 4 de maio de 2011**; (Coord) GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma: uma teoria de Justiça Restaurativa**. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 agosto de 2003. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>. Acesso em: 16 nov. 2014.

MARCELO, Nunes Apolinário. “As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo” em *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, Número 78, 2007. Texto completo em <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>. Acesso em 10 nov. 2014.

MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. **Lei 11.313 de 28 de Junho de 2006: Novo conceito de Crimes de Menor Potencial Ofensivo**. Disponível em: <http://www.acmradvogados.com.br/pdfartigos/Crimes%20de%20Menor%20Potencial%20Ofensivo.pdf>

MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: Mundo jurídico, 2011.

NERY, Déa Carla Pereira. **A justiça restaurativa como alternativa de controle social sob a ótica do direito penal do cidadão**. Tese de doutorado em direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 2011.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p.55.

NUNES, Paulo Cesar Marins. **O caráter humanitário das penas alternativas.** [Monografia] Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, João Pessoa, 2009.

PRUDENTE, Neemias. Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça restaurativa. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*. Maringá/PR, jan./jul. 2008, v. 8, n. 1. p.52.

ROLIM, Marcos. **Prisão e Ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil.** Disponível em: <http://www.lac.ox.ac.uk/sites/sias/files/documents/rolim48.pdf>. Acesso em 12 nov. 2014.

RABELO, Galvão. **A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante.** Boletim IBCCRIM, ano 19, nº 225 – agosto, 2011.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009, p.144.

SANCHES, Rogério. **Quais são os critérios de aplicação das penas restritivas de direito e quais as hipóteses de conversão das mesmas em pena privativa de liberdade?** Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2616555/quais-sao-os-criterios-de-aplicacao-das-penas-restritivas-de-direito-e-quais-as-hipoteses-de-conversao-das-mesmas-em-pena-privativa-de-liberdade-denise-cristina-mantovani-cera>. Acesso em 14 nov 2014.

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

SCHMIDT, Ana Carolina. **Práticas restaurativas comunitárias: um olhar psicodramático sobre o lugar do jovem nos círculos.** Trabalho de mestrado em psicologia social na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.* Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZVIRBLIS, Alberto Antonio. **Livramento Condicional e Prática da Execução Penal.** Bauru: EDIPRO, 2000.