

ORGANIZADORES  
ALEXIS COUTO DE BRITO  
ORLY KIBRIT  
JENIFER MORAES  
JHONATAN FERNANDO FERREIRA



# PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO

DIÁLOGOS SOBRE LEGITIMIDADE E  
EFETIVIDADE SEGUNDO AS CIÊNCIAS PENAIS

*Autores*

Alexis Couto de Brito  
Amanda Basílio Caciola Marson  
Artur Barbosa da Silveira  
Cláudio Brandão  
Diógenes Wagner Silveira Esteves de Oliveira  
Eduardo Manhoso  
Franz von Liszt  
Guilherme Rocha Munin  
Gustavo Macedo Carreira  
Isabelle Leal Muzy Borges  
Itamar Prudêncio  
Jhonatan Fernando Ferreira  
José Danilo Tavares Lobato  
Maira Cardoso Zapater  
Natália Macedo Sanzovo  
Orly Kibrit  
Pâmela Gabrieli Valósio Mendes  
Victor Fantti

**tirant**  
lo blanch

# PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO

*DIÁLOGOS SOBRE LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE SEGUNDO AS CIÊNCIAS PENAIS*



**tirant**  
lo blanch

**Copyright**© Tirant lo Blanch Brasil

*Editor Responsável:* Aline Gostinski

*Assistente Editorial:* Izabela Eid

*Capa e diagramação:* Natália Carrascoza Vasco

**CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:**

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México*

**JUAREZ TAVARES**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha*

B875 Brito, Alexis Couto de

Penas privativas de liberdade de curta duração : diálogos sobre legitimidade e efetividade segundo as ciências penais [livro eletrônico] / Alexis Couto de Brito ... [et al.]; Alexis Couto de Brito, Orly Kibrit, Jenifer Moraes, Jhonatan Fernando Ferreira (Org.). - 1.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2024.

1Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-758-7.

1. Penas privativas de liberdade. 2. Curta duração. 3. Ciências penais. 4. Cidadania. I. Título.

CDU: 343.9

Bibliotecária Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).*



**tirant  
lo blanch**

***Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.***

Fone: 11 2894 7330 / Email: [editora@tirant.com](mailto:editora@tirant.com) / [atendimento@tirant.com](mailto:atendimento@tirant.com)  
[tirant.com/br](http://tirant.com/br) - [editorial.tirant.com/br/](http://editorial.tirant.com/br/)

### **Organizadores**

Alexis Couto de Brito  
Orly Kibrit  
Jenifer Moraes  
Jhonatan Fernando Ferreira

# **PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO**

*DIÁLOGOS SOBRE LEGITIMIDADE E EFETIVIDADE SEGUNDO AS CIÊNCIAS PENAIS*

### **Autores**

Alexis Couto de Brito  
Amanda Basílio Caciola Marson  
Artur Barbosa da Silveira  
Cláudio Brandão  
Diógenes Wagner Silveira Esteves de Oliveira  
Eduardo Manhoso  
Franz von Liszt  
Guilherme Rocha Munin  
Gustavo Macedo Carreira  
Isabelle Leal Muzy Borges  
Itamar Prudêncio  
Jhonatan Fernando Ferreira  
José Danilo Tavares Lobato  
Maíra Cardoso Zapater  
Natália Macedo Sanzovo  
Orly Kibrit  
Pâmela Gabrieli Valósio Mendes  
Victor Fanti



# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
SELETIVIDADE DO SISTEMA PUNITIVO X PENAS DE CURTAS DURAÇÃO EM CASOS DE CRIME DE COLARINHO BRANCO.....	9
<i>Amanda Basílio Caciola Marson, Gustavo Macedo Carreira e Isabelle Leal Muzy Borges</i>	
NOTAS SOBRE A ORIGEM E A CRISE DA PRISÃO .....	34
<i>Cláudio Brandão</i>	
AS PENAS DE CURTA DURAÇÃO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL À LUZ DA FINALIDADE DO ENCARCERAMENTO.....	42
<i>Artur Barbosa da Silveira e Diógenes Wagner Silveira Esteves de Oliveira</i>	
A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO.....	60
<i>Franz von Liszt</i>	
PENAS DE CURTA DURAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOB O PONTO DE VISTA DO SÍMBOLO E DA LINGUAGEM .....	75
<i>Alexis Couto de Brito, Guilherme Rocha Munin e Itamar Prudêncio</i>	
UM PANORAMA ACERCA DA CRISE ESTRUTURAL DO AMBIENTE PRISIONAL E DAS SOLUÇÕES PUNITIVAS ALTERNATIVAS.....	99
<i>José Danilo Tavares Lobato</i>	
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PENAS DE CURTA DURAÇÃO .....	112
<i>Eduardo Manhoso, Natália Macedo Sanzovo e Orly Kibrit</i>	
PENAS DE CURTA DURAÇÃO: UMA POSSIBILIDADE DE POLÍTICA PÚBLICA CRIMINAL?.....	127
<i>Maira Cardoso Zapater</i>	
IMPLEMENTAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO EM ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: É POSSÍVEL DUA PREVISÃO COMO CONDIÇÃO? .....	137
<i>Jhonatan Fernando Ferreira e Pâmela Gabrieli Valósio Mendes</i>	
COMPATIBILIDADE DA PENA PRIVATIVIDADE DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	151
<i>Victor Fanti</i>	

# INTRODUÇÃO

O Direito Penal contemporâneo é caracterizado por um paradoxo de legitimidade. À medida em que a sociedade clama por maior intervenção estatal - para diminuir a sensação de impotência oriunda dos riscos cotidianos -, a intensificação punitiva tem como consequência a reprodução da violência e de uma maior segregação dos atores envolvidos, normalmente já marginalizados.

Esse impasse se tonifica quando se traz à discussão o tratamento dispensado aos crimes de “colarinho branco” (crimes empresariais, financeiros e contra a ordem econômica do Estado em geral), com penas mais moderadas, em contraposição ao tratamento conferido aos assim chamados “crimes comuns”, caracterizados pela massificação da imposição de penas privativas de liberdade longas, que contribuem significativamente no processo de perpetuação de violência.

Essa desigualdade no tratamento dos autores delitivos, além de reproduzir e aprofundar a desigualdade social, escancara a seletividade quanto ao funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro e gera dois problemas de difícil resolução quanto à harmonização sistêmica do ordenamento. O primeiro consiste na perpetuação de um indesejável ciclo vicioso: a sociedade passa a reivindicar uma irracional punição dos crimes de “colarinho branco” como forma de “compensar” o aludido tratamento penal desigual, sustentando uma aplicação ilegítima do Direito Penal, caracterizada pela mácula de garantias fundamentais, que, ao final, repercutirá, de fato, sobre os mais pobres<sup>1</sup>.

O segundo refere-se à inadequação da prisão para resolver os problemas que se propõe a enfrentar, uma vez que, nos moldes atuais, trata-se de um instrumento que se revela inapto para a ensinar a *ressocialização*<sup>2</sup>, o que, em termos sociais, se traduz em uma intensificação da pobreza e fortalecimento das próprias organizações criminosas.

Nessas condições, a presente pesquisa conjunta pretendeu instigar os alunos e pesquisadores envolvidos a refletirem sobre a viabilidade de implementação de uma espécie punitiva até então inexistente em nosso ordenamento e que, ao menos em tese, não conglobaria todos os problemas relacionados à manutenção

---

1 Cf. KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. Revista Discursos Sediciosos - crime, direito e sociedade, nº 1, ano 1, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

2 Nesse sentido: FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhe. 42ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001 (4ª reimpressão: 2015); QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 420-421.

de um ser humano a longos períodos em cárcere, qual seja, **as penas privativas de liberdade de curta duração**. Os/as defensores/as da medida aduzem que essa espécie delitiva seria mais adequada à criminalidade de alto escalão, uma vez que a socialização do condenado não seria afetada, ao mesmo tempo em que a reprovação corporal seria efetivamente imposta.

Anos atrás, esse tema ganhou os holofotes midiáticos internacionais em decorrência da prisão (por seis dias) de um médico brasileiro no Egito, por ter importunado sexualmente uma vendedora egípcia usando expressões chulas em português. Nessa oportunidade, o médico aproveitou-se da barreira linguística que obstava a mulher de entender o que ele falava, escarneceu da situação e ainda postou toda a cena no seu perfil do *Instagram*. O vídeo ganhou grande repercussão nas redes sociais e impulsionou a justiça egípcia a determinar a imediata prisão do médico, ainda no início das investigações<sup>3</sup>.

Diante disso, motivada pelos vários pontos obscuros que permeiam a aplicação dessas penas curtas de privação de liberdade, a presente pesquisa se propôs a analisar a pertinência da colocação de um instituto similar no ordenamento jurídico brasileiro, bem como investigar sua natureza, sua posição perante as teorias justificadoras da pena e estabelecer os requisitos e limites para a sua aplicação na órbita do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, considerando que o sistema prisional pátrio foi considerado um *estado de coisas inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, não compete aos/as estudiosos/as a validação de um modelo que desnatura a essência do Estado Social e Democrático de Direito, mas, sim, a investigação de alternativas voltadas a propiciar a aplicação de um Direito Penal mais humanizado e síncrono às exigências da realidade concreta da sociedade. Buscou-se, portanto, no intento de reduzir a enorme carga de violência historicamente presente na sociedade brasileira, a adoção da **principiologia constitucional como limite interpretativo**, sobretudo no que concerne à limitação do *jus puniendi* e à observância ampla e irrestrita dos direitos e garantias fundamentais. Afinal, em qualquer Estado Democrático de Direito, qualquer proposta de intervenção penal tem de se coadunar com a política criminal de *ultima ratio*.

Mais objetivamente, os trabalhos realizados buscaram responder às seguintes indagações: **i)** Penas privativas de liberdade curtas poderiam ser aplicadas como resposta penal imediata em certos casos no Brasil?; **ii)** Qual seria a na-

---

3 Dentre as diversas reportagens sobre o evento, mencionam-se, exemplificadamente, as publicadas nos portais da *Isto É*, do *Yahoo* e da *Carta Capital*: <<https://www.istoedinbeira.com.br/medico-detido-no-egito-volta-ao-brasil-pede-desculpas-e-critica-reacao-das-redes/>>; <<https://br.noticias.yahoo.com/medico-bolsonarista-presno-no-egito-por-assedio-sexual-pede-desculpas-e-uma-brinca-deira-brasileira-164232141.html>>; <<https://www.cartacapital.com.br/cartaxpressao/medico-bolsonarista-e-presno-no-egito-por-assedio-vendedora-muculmana/>>.

4 STF, ADPF 347.

tureza jurídica dessas penas e qual seria a função das mesmas perante as teorias justificadoras?; *iii*) Caso se conclua pela pertinência dessas penas, quais seriam os requisitos (momento processual, procedimento a ser observado, etc.) e os limites que deveriam ser observados para sua aplicação? e *iv*) Quais seriam as possíveis críticas a essas penas sob a ótica dos diferentes segmentos (Criminologia, Política Criminal, Dogmática Penal, Processo Penal, Execução Penal) que compõem as ciências penais contemporâneas?

A averiguação desses pontos conduziu, automaticamente, a análises mais específicas e detalhadas, tais como as relacionadas aos eventuais critérios e formas de aplicação dessa espécie punitiva: o momento processual (fase pré-processual, processual ou de execução?); a quais modalidades de delito ela pode ser aplicada (crimes comuns, crimes de “colarinho branco”, crimes de menor potencial ofensivo, com ou sem violência, observará o quantum da pena mínima ou da pena máxima abstratamente cominada ao delito?); e a sua duração mínima e máxima (um dia, uma semana, um mês, três meses?).

A pesquisa também necessariamente partiu da identificação de casos oriundos da experiência internacional, para que, a partir deles, pudesse ser confrontada a implementação e adequação no ordenamento brasileiro. Os/as integrantes elaboraram artigos com sugestões e críticas a partir de suas respectivas perspectivas específicas de análise, inclusive com propostas de alteração legislativa, caso os rumos da pesquisa assim indicassem.

Cada pesquisador/a teve a liberdade de escolher o recorte de trabalho, seja ele dentro da ótica criminológica, penal ou processual penal, e desenvolver suas conclusões sobre a viabilidade de introdução do instituto no ordenamento.

O resultado do esforço conjunto foi uma obra multifacetada e completa, com uma vasta problematização do tema, que permite um olhar mais abrangente sobre a promoção de inovação no aspecto punitivo e os contornos de legitimidade traçados por nosso Ordenamento Jurídico para a imposição de uma punição.

*Alexis Couto de Brito*  
*Orly Kibrit*  
*Jenifer Moraes*  
*Jhonatan Fernando Ferreira*

# SELETIVIDADE DO SISTEMA PUNITIVO X PENAS DE CURTAS DURAÇÃO EM CASOS DE CRIME DE COLARINHO BRANCO

AMANDA BASÍLIO CACIOLA MARSON<sup>1</sup>

GUSTAVO MACEDO CARREIRA<sup>2</sup>

ISABELLE LEAL MUZY BORGES<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo apresentar um debate sobre a seletividade do sistema punitivo em relação às penas de curta duração em casos de crimes de colarinho branco. O termo tem origem na obra “White Collar Crime” do sociólogo estadunidense Edwin Hardin Sutherland<sup>4</sup>. Esse termo se popularizou devido ao grande sucesso da obra e a fácil associação do nome às pessoas que o cometem. O crime se vincula a dois fatores cumulativos: a condição pessoal do agente, que deve ser uma «pessoa de respeitabilidade e alto status social», e o caráter do ato criminoso, que deve ser praticado «no curso de sua atividade».

Sutherland teve grandes contribuições para o pensamento criminológico. Ele criticou o paradigma tradicional baseado em dados oficiais sobre a criminalidade, negando a patologia social, mental e elementos bio-antropológicos como consequências isoladas da delinquência. Por meio de sua pesquisa, ele analisou a forma como a reação social operava. Constatou que a punição, quando ocorria, se dava na esfera administrativa ou civil, indo longe da criminal.

Sutherland verificou que os órgãos oficiais não forneciam informações referentes à alta classe social. Na época, eles se limitavam à criminalidade aparente, isto é, aquela que é mais fácil de ser identificada, deixando para segundo plano a cifra oculta (criminalidade na qual não possui registro oficial, cometida por indivíduos de alto poder aquisitivo).

---

1 Graduanda em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, graduada em Administração de empresas pela faculdade Dom Bosco, pós-graduada em Finanças, Investimentos e Banking pela PUC, com MBA em Gestão de Negócios pelo Ibmec e pós-graduada em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC.

2 Graduando em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, estagiário em planejamento patrimonial e familiar.

3 Graduanda em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, estagiária do Tribunal Superior Eleitoral de Barueri/SP.

4 SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Coleção Pensamento Criminológico, n. 22. Tradução Clécio Lemos. Revan: Rio de Janeiro, 2015.

Para o autor, a concorrência de fatores ideológicos que legitimaram tais condutas era vista como justificável e ética, em razão de premiar os indivíduos mais abastados financeiramente. Sob essa perspectiva, analisou que a Teoria da Associação e Identificação Diferencial mostrava que o delito não decorria de fatores bioantropológicos, mas sim era relacionado a um restrito grupo de relações pessoais, nos quais os indivíduos se comunicavam e interagem, intensificando a rede de contatos para atingir seus objetivos e obter vantagens/lucro.

Nessa modalidade penal de delitos econômicos (colarinho branco), Sutherland constatou muitas dificuldades, como a existência de acordos entre temor e admiração no que diz respeito a essa modalidade de delinquência e uma verdadeira identificação cultural entre os homens que atuam perante as agências penais que atrapalhavam a estigmatização dessas condutas. A desorganização da sociedade no combate a esses delitos decorria da complexidade das violações que implicavam grandes dificuldades na investigação e falta de interesse dos meios de comunicação de massa, além da dificuldade para a normatização de um setor novo que não era comum no Código Penal.

A expressão é utilizada ainda hoje para se referir às infrações não violentas, financeiramente motivadas, cometidas por pessoas mais instruídas e favorecidas. Entre os crimes estão sonegação fiscal, suborno, apropriação indébita, corrupção, informação privilegiada, entre outros.

Ainda há muitas interrogações sobre este tema, uma vez que, além da resistência do sistema judiciário em julgar esses crimes devido à influência e poder dos que os cometem, dificultando a efetiva persecução, há uma ausência de dados estatísticos que possam dar um panorama real da proporção atingida. Embora se saiba que os crimes nas classes mais altas e econômicas ocorram com a mesma frequência que nas classes mais baixas, não é comum vê-los expostos ou resolvidos na mídia ou no meio criminal. No entanto, quando se tornam públicos, os prejuízos manifestados são rombos de bilhões nos cofres públicos e um prejuízo considerável que indiretamente afeta toda a sociedade.

Além disso, como esses infratores são pessoas com posses, a mora para julgar se mostra duas vezes pior. O sistema brasileiro é conhecido por sua vagarosidade, que corresponde aos milhares de processos protocolados diariamente. Esse agrupamento dá a possibilidade de levar o processo até a última instância antes de ser considerado efetivamente culpado, o que, na teoria, se mostra apropriado. Indivíduos comuns geralmente não têm as condições financeiras necessárias para levar o processo tão adiante, devido aos custos do processo. Já pessoas que cometem esse tipo de crime possuem as devidas oportunidades para conduzir até onde for necessário, transformando o que poderia durar vinte anos em quarenta.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, no caput do seu artigo 5º, expressa que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” No entanto, essa afirmação não é uma verdade universal. Enquanto crimes financeiros são difíceis de serem punidos, custosos de serem identificados e a morosidade do processo é perplexa, crimes considerados “comuns” no âmbito criminal não apresentam esses mesmos obstáculos. O tratamento dado pelas forças policiais e constitucionais é claramente diferenciado quando se trata de crimes financeiros. Um exemplo disso é o crime de descaminho, no qual o Supremo Tribunal Federal considera, para avaliação da insignificância, o valor de R\$ 20.000,00, previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/2002 e atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda<sup>5</sup>, enquanto crimes considerados menos graves são punidos.

É importante destacar que essa diferença de tratamento é uma realidade no sistema jurídico brasileiro. Crimes financeiros são frequentemente ignorados ou minimizados, enquanto crimes contra a vida, por exemplo, são tratados com mais rigor e rapidez. Isso mostra uma clara desigualdade no tratamento e na aplicação da lei, o que é inaceitável em um país que preza pela igualdade perante a lei.

Diante da dificuldade punitiva e custos elevados associados à persecução de crimes de colarinho branco, algumas jurisdições ao redor do mundo têm considerado a aplicação de penas de curta duração como uma possível solução. Essas penas, com duração de até dois anos, são aplicadas antes do julgamento e visam a servir como uma espécie de “tratamento de choque” para punir rapidamente os indivíduos considerados criminosos.

No entanto, é importante considerar que a aplicação de penas de curta duração pode gerar controvérsias e críticas por parte de especialistas em direito penal. Isso porque, em alguns casos, essas penas podem ser consideradas desproporcionais ou incompatíveis com o princípio da presunção de inocência. Além disso, é preciso levar em conta que a aplicação de penas de curta duração pode não ser suficiente para coibir a prática de crimes de colarinho branco, que muitas vezes envolvem elevadas quantias e uma complexa rede de transações financeiras.

Mediante esse cenário, é necessário avaliar cuidadosamente os prós e contras da aplicação de penas de curta duração em casos de crimes de colarinho branco, considerando as particularidades de cada jurisdição e o impacto que essa medida pode ter no sistema de justiça criminal como um todo.

---

5 TOFFOLI, José Antonio Dias. **Habeas Corpus nº 155347**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 17 de abril de 2018.

## 1. SELETIVIDADE PENAL X CRIMES ECONÔMICOS

O Estado brasileiro é marcado por uma história de discriminação e desigualdade racial, herança de um passado escravagista e colonial<sup>6</sup>. Nesse contexto, é importante compreender como a criminologia descreve a criação e desenvolvimento do processo seletivo de criminalização, que é composto por duas fases: a criminalização primária e a criminalização secundária.

A criminalização primária se refere à criação das normas penais pelo Poder Legislativo, ou seja, à definição dos atos que serão considerados criminosos e às penas correspondentes. Esse processo é altamente seletivo, já que as leis são criadas de acordo com os interesses dos legisladores ou de grupos de poder que buscam apoio político<sup>7</sup>.

No contexto dos crimes econômicos, essa seletividade é ainda mais evidente. Muitas vezes, esses crimes não recebem a mesma atenção das autoridades e dos órgãos de investigação que os crimes considerados mais “comuns”. Além disso, a aplicação da lei penal nesses casos costuma ser mais branda, o que contribui para a impunidade e a perpetuação da desigualdade social<sup>8</sup>.

Através de quais critérios o legislador define o que é ou não um crime? Os critérios utilizados pelo legislador para definir o que é ou não um crime advém dos princípios penais que estão em vigência, os quais buscam limitar o poder punitivo do Estado e garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. No entanto, a seletividade penal no sistema brasileiro é evidente, principalmente quando se analisa os crimes que mais encarceram.

Os crimes contra o patrimônio, como o furto e o roubo, estão entre os mais mencionados e punidos com mais severidade, enquanto crimes de corrupção e desvio de dinheiro público, que afetam indiretamente a população, são punidos com penas mais brandas. Isso se deve em parte ao fato de que os crimes contra o patrimônio são mais facilmente identificáveis e afetam diretamente os cidadãos, enquanto a corrupção ocorre de maneira mais discreta e envolve pessoas com poder e recursos para se proteger<sup>9</sup>.

Assim, a seletividade penal favorece a classe política e as pessoas de classes sociais mais elevadas, que têm maior influência sobre o processo legislativo e judicial. Essa desigualdade no tratamento penal reforça a perpetuação da desi-

---

6 SÁ, Alessandro de Oliveira. **Criminologia e racismo estrutural**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

7 ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

8 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

9 SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 219-229. Nesse livro, o autor aborda as questões da desigualdade social e discriminação racial no sistema penal brasileiro, bem como a seletividade da aplicação da lei em casos de crimes econômicos.

gualdade social e contribui para a impunidade nos crimes econômicos. Portanto, é fundamental uma reflexão crítica sobre o papel do sistema penal na sociedade e a necessidade de medidas que promovam a justiça e a igualdade no tratamento penal.

### 1.1 CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

A criminalização primária é: “(...) *el acto y el efecto de sancionar uma ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas*<sup>10</sup>”.

O direito penal se origina da necessidade de cumprir funções concretas dentro do contexto de uma sociedade, que concretamente se organizou de maneira determinada. Essa fase de desenvolvimento legislativo criminal pode ser definida como criminalização primária, na qual as condutas estão associadas normalmente a determinados grupos sociais são colocados no arcabouço jurídico de punição por parte do Estado<sup>11</sup>. O processo de criminalização primária é tão abrangente que jamais foi realizado em sua totalidade em qualquer país, nem mesmo em uma porção significativa, por ser algo inimaginável<sup>12</sup>.

### 1.2 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

A criminalização secundária é definida como a “seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que cometem infrações a normas penalmente sancionadas”. Assim, o próprio sistema penal seleciona quais são as pessoas marcadas com o status de criminalidade<sup>13</sup>.

Estudos sobre a origem social da população prisional brasileira, evidenciam uma disparidade da desigualdade da aplicação do direito penal em detrimento da classe social ocupada pelo infrator. Após uma profunda análise dos fatos, verifica-se que a pena “é destinada, principalmente, a típicas formas de desvios dos extratos sociais mais baixos”<sup>14</sup>.

A criminalização secundária agrava ainda mais, as desigualdades prévias a ela, consumindo o formal princípio da igualdade perante a lei, a legitimidade do direito penal e apolítica criminal do Estado<sup>15</sup>.

---

10 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 07.

11 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 19.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 43.

13 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Lisboa: Edições 70, 1982. p. 740.

14 BARRANQUERO, Romero. **El sistema penal en la encrucijada**. Buenos Aires: Ediciones Centro de Estudios Legales y Sociales, 1987. p. 141.

15 ELBERT, Carlos. **Curso de criminología**. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p. 12.

Com a utilização de métodos empíricos, se chega na conclusão, que a tendência é a de privilegiar interesses das classes dominantes e, em razão disso, ocasionar a imunização do processo de criminalização secundária aos indivíduos que fazem parte dessas classes<sup>16</sup>.

A criminalização primária consiste na criação de leis penais que definem as condutas consideradas criminosas. Já a criminalização secundária refere-se à punição de indivíduos que são identificados pela polícia como responsáveis por tais condutas. Nessa fase, ocorre a investigação, a privação da liberdade, a submissão a uma agência judicial e o processo público, que resulta na imposição de uma pena significativa, muitas vezes a privação da liberdade em uma unidade prisional<sup>17</sup>.

Conforme a visão de Zaffaroni, o poder seletivo mais significativo é exercido pela polícia, que tem como competência a investigação dos autores dos delitos e a verificação da materialidade das condutas criminosas. A falta de efetividade desse poder pode levar a duas posturas: a inatividade ou a seletividade. A primeira pode levar à desaparecimento da agência policial, uma vez que a seleção de indivíduos para punição é uma de suas funções naturais de persecução<sup>18</sup>.

Ademais do ponto da limitação referida acima, no qual possui natureza quantitativa, os órgãos envolvidos na criminalização secundária, incluindo a polícia, servem também de aspecto qualitativo para atribuição da “etiqueta da criminalidade”. Muitas vezes esquecem de suas metas e reenquadrá-las na reiteração ritual de suas ações<sup>19</sup>, porém sempre finalizar a tarefa burocrática do jeito mais fácil: selecionam os fatos que a identificação é mais fácil e seleciona os indivíduos que têm um poder menor de reação a tal seleção, devido a sua incapacidade de positivo acesso ao estruturado poder do Estado.

Ainda sob estudos de Ignacio Mahiques<sup>20</sup>, esses indivíduos selecionados acabam sendo colocados como se fossem somente eles os delinquentes, fato que lhes gera um aspecto negativo, contribuindo na criação de um estereótipo na mente imaginária coletiva. Em razão de referir a pessoas desvalorizadas, acarreta uma associação a muitas cargas negativas existentes em sociedade de caráter preconceituoso, o que fixa uma imagem pública do delincente, como aspectos

---

16 BARRANQUERO, Romero. **El sistema penal en la encrucijada**. Buenos Aires: Ediciones Centro de Estudios Legales y Sociales, 1987. p. 141.

17 BARRANQUERO, Antonio Luis. **El sistema de Justicia Penal: problemas fundamentales**. Bogotá: Temis, 1987, p. 23.

18 ZAFFARONI, Eugénio Raul. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico penal**. Buenos Aires: Ediar, 1993. p. 355.

19 MAHIQUES, Ignacio. La ciencia criminológica frente al fenómeno de la “inseguridad”; una crítica hacia los discursos autoritarios des-de la perspectiva del garantismo penal. In: **Revista de derecho penal y criminología**, v.7, p. 103.

20 MAHIQUES, Ignacio. La ciencia criminológica frente al fenómeno de la “inseguridad”; una crítica hacia los discursos autoritarios des-de la perspectiva del garantismo penal. In: **Revista de derecho penal y criminología**, v.7, p. 103.

racistas, estéticos, classistas, financeiros e de gênero. O principal critério seletivo da criminalização secundária, acaba sendo o do estereótipo.

“A investigação criminológica tem tendência para se deslocar das causas do comportamento criminal em direção às condições a partir das quais, numa dada sociedade, as etiquetas da criminalidade e o estatuto do criminoso são atribuídos a comportamentos e a sujeitos, e para o funcionamento da reação social informal e institucional (processo de criminalização)<sup>21</sup>”.

Com isso, a seletividade penal na criminalização secundária é desencadeada pelas unidades do sistema penal, e é guiada pelo critério do estereótipo, que é um mecanismo do próprio sistema.

### 1.3 ASPECTOS REFERENTES AOS CRIMES ECONÔMICOS (*WHITE COLLAR CRIMES*)

Ao abordar os crimes econômicos, que são genericamente intitulados como crimes de colarinho branco ou conhecidos internacionalmente como “White Collar Crimes”, é importante destacar a contribuição de Edwin Sutherland. Em 1949, ele publicou seu livro intitulado “Crime de Colarinho Branco”, resultado de uma pesquisa que durou mais de dezessete anos, na qual ele investigou as práticas criminosas das setenta maiores empresas norte-americanas existentes na época<sup>22</sup>.

Para Klaus Tiedemann, o estudioso Edwin Hardin Sutherland define crime econômico como a conduta praticada por um executivo (“*business man*”), ou em português homem de negócios) no exercício de sua atividade profissional, ou seja, o famoso crime de colarinho branco é realizado por um indivíduo que ocupa uma posição social elevada, sendo uma pessoa de influência, fazendo parte da cúpula da alta sociedade, fator que o coloca acima de qualquer suspeita, sendo muito mais difícil de identificar<sup>23</sup>.

Os crimes econômicos são representados por qualquer conduta delitiva contrária aos interesses protegidos pela atividade regulatória do Estado econômico. Também compreendem que os delitos econômicos englobam “as transgressões no campo dos nomeados bens jurídicos coletivos ou supra individuais da vida econômica, pois vão além dos interesses individuais, afetando a vida de outras pessoas (...)”<sup>24</sup>.

---

21 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

22 Sutherland é considerado pioneiro no estudo desse tipo de crime e sua pesquisa foi fundamental para revelar que não são apenas os criminosos de rua que cometem crimes, mas também pessoas e empresas que estão em posições de poder e status social elevado. Esses crimes muitas vezes passam despercebidos ou não são investigados de forma adequada devido à sua complexidade e sofisticação.

23 TIEDEMANN, Klaus. Zur soziologie der Wirtschaftskriminalität. Kriminologische Forschungsberichte, v.5, n.1, p.60, 1963.

24 TIEDEMANN, Klaus. **A língua alemã**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1983. p. 61.

A definição de delito econômico, corresponde a todo tipo de agressão proibida pelo ordenamento jurídico, no qual ocasione perigo grave aos processos fundamentais de produção, logística (meios de distribuição) e consumo de produtos/serviços da coletividade, que pode vir afetar ao Sistema Financeiro e câmbio, como também causar desequilíbrio no mercado<sup>25</sup>.

André Luís Callegari defende que a ordem econômica deve ser protegida, pois os delitos econômicos podem causar diversas modificações no sistema financeiro e econômico de um país, podendo deturpar os pressupostos fundamentais de convivência social<sup>26</sup>.

Para a criminologia, encontrar um personagem oculto no crime do colarinho branco é porque, embora os crimes dos poderosos sejam tão ou mais frequentes do que os crimes dos pobres, eles geralmente são produzidos de forma organizada e serial, enquanto o crime do colarinho branco não apresenta a mesma frequência que é resolvido os crimes comuns<sup>27</sup>.

O crime de colarinho branco é explicado pela teoria da conveniência, que afirma que os crimes econômicos são influenciados pela motivação financeira do agente, pela oportunidade de cometer o crime devido à estrutura empresarial e pela vontade do agente em se envolver em comportamentos que vão contra aspectos éticos e de direitos. É importante ressaltar que a teoria da conveniência é apenas uma das várias teorias que buscam explicar a origem e a motivação por trás dos crimes econômicos. Outras teorias incluem a teoria da difusão de responsabilidade, a teoria da anomia, a teoria da escolha racional e a teoria da subcultura<sup>28</sup>.

Os ofensores de colarinho branco são definidos por Sutherland (1939) como sendo detentores de algumas específicas particularidades: pessoa respeitável, de elevado status socioeconômico, normalmente bem relacionado em sociedade, possui uma posição estável profissional .

Mannheim, em 1986, subdividiu os Crimes de Colarinho Branco em quatro modalidades, sendo elas: (a) crimes de colarinho branco interligados com a assunção do contrato de sociedades de capitais; (b) práticas monopolísticas e outras 48 atividades restritas, (c) fraudes fiscais, (d) uma pluralidade de manifestações diversificadas e heterogêneas como corrupção, suborno, propina, entre diversas outras. Porém, nos EUA, no ano de 1988, Wheeler, fez a divisão de Crimes de

---

25 REIMAN, Jeffrey. **The Rich Get Richer and the Poor Get Prison: Ideology, Class, and Criminal Justice**. 11th ed. Boston: Pearson, 2019.

26 CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de Dinheiro**. Barueri: Manole, 2004.

27 SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Crime De Colarinho Branco**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 15.

28 GOTTSCHALK, Petter. **White-Collar Crime: Detection, Prevention and Strategy in Business Enterprises**. CRC Press, 2017. p. 01.

Colarinho Branco em: violações de abuso de confiança, infrações fiscais, fraude, suborno, fraudes relacionadas a transações eletrônicas, desfalques bancários, falsas declarações e fraude de empréstimos e de créditos, que iniciaram o conceito de Crimes de Colarinho Branco como ofensas econômicas realizadas mediante a utilização de uma combinação alguns fatores: conluio, fraude ou engano<sup>29</sup>.

## 2. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO: SOLUÇÃO?

As penas privativas de liberdade de curta duração são frequentemente aplicadas como um “tratamento de choque” para punir rapidamente os infratores e dissuadir outros de cometerem crimes semelhantes. No entanto, essa abordagem pode ser criticada por não abordar as causas subjacentes do comportamento criminoso e por não levar em consideração a possibilidade de que o infrator possa precisar de tratamento para lidar com problemas pessoais que contribuíram para o crime. As penas privativas de liberdade de curta duração podem ser aplicadas em uma ampla variedade de crimes, desde delitos menores até crimes mais graves. No entanto, sua eficácia em prevenir a reincidência e deter o comportamento criminoso tem sido questionada por muitos especialistas em justiça criminal<sup>30</sup>.

Em relação aos crimes de colarinho branco, é importante notar que esses tipos de crimes geralmente envolvem ações complexas e podem demorar mais tempo para serem investigados e processados do que crimes mais simples. Isso muitas vezes significa que os criminosos de colarinho branco não recebem penas tão severas quanto as penas aplicadas em outros tipos de crimes, o que pode ser visto como uma forma de impunidade. As penas privativas de liberdade de curta duração geralmente não são aplicadas em crimes de colarinho branco, uma vez que esses crimes são considerados mais complexos e requerem investigações mais detalhadas e processos judiciais mais longos<sup>31</sup>.

No entanto, as penas privativas de liberdade de curta duração também são criticadas por serem frequentemente aplicadas de forma seletiva, com indivíduos de baixa renda e minorias raciais e étnicas sendo mais propensos a receberem essas penas do que indivíduos de classes mais privilegiadas ou de raça branca. Isso

---

29 WHEELER, Stanton. **The Division of White-Collar Crime**. In: *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 497, n. 1, p. 1-17, 1988.

30 SANTOS, Carolina Costa dos. Penas privativas de liberdade de curta duração: efetividade e limitações. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 147, n. 21, p. 69-84, 2016.

31 SILVA, Adriano José Borges da Silva. Crimes de colarinho branco e suas características. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 153-175, set./out. 2012. Para o autor, a complexidade desses crimes faz com que muitas vezes a aplicação das penas não seja tão eficaz quanto deveria ser e que geralmente os crimes de colarinho branco envolvem ações complexas, circunstância que faz com que esses crimes levem mais tempo para serem investigados e processados do que os crimes comuns, no qual muitas resulta em penas menos severas para os infratores. Ademais, as penas privativas de liberdade de curta duração normalmente não se aplicam aos crimes de colarinho branco, em detrimento da complexidade e dificuldade de identificação desses delitos.

sugere que as penas de curta duração podem ser usadas como um mecanismo de reprodução das desigualdades sociais<sup>32</sup>.

Em resumo, as penas privativas de liberdade de curta duração podem ter consequências negativas, como a prisão de indivíduos inocentes, perpetuação de desigualdades sociais e falta de tratamento para lidar com problemas pessoais que contribuem para o comportamento criminoso. Portanto, é importante que as penas de curta duração sejam aplicadas com cautela e que haja uma avaliação cuidadosa de sua eficácia em prevenir a reincidência e proteger a sociedade<sup>33</sup>.

Países que já utilizam de penas de curta duração como opção não viram mudanças efetivas. Não é difícil achar críticas sobre esse sistema na Inglaterra e País de Gales, que usam essa forma. O White Paper descreveu essas penas como “alívio temporário pelo comportamento ofensivo”, e, “na melhor das hipóteses fornecendo proteção pública limitada, já que grande parte dos infratores continuam praticando violações após a liberação”<sup>34</sup>.

## 2.1 NECESSIDADE DE SOLUÇÕES CONCRETAS

O sistema penal brasileiro se baseia em duas teorias distintas para justificar a aplicação de penas: a teoria absoluta e a teoria relativa.

De acordo com Luigi Ferrajoli, as teorias absolutas são aquelas que concebem a pena como um fim em si mesmo, isto é, como uma forma de castigo, reação, reparação ou retribuição pelo crime, justificada por seu valor intrínseco e não como um meio para alcançar um objetivo utilitário. Já as teorias relativas, são aquelas que adotam um enfoque utilitarista, considerando a pena como um meio para atingir o fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Dessa forma, enquanto as teorias absolutas veem a pena como um dever metajurídico que possui em si seu próprio fundamento, as teorias relativas a veem como uma ferramenta para atingir um objetivo externo à pena em si<sup>35</sup>.

A teoria absoluta pressupõe a ideia de retribuição, em que o indivíduo deve responder pelo que fez para compensar o dano causado. Já a teoria relativa se baseia em uma relação de prevenção, que se divide em geral e especial. A prevenção geral tem como objetivo a preocupação com a sociedade, em que a reincidência

---

32 BENAVENTE, Mariana Corrêa. Prisão de curta duração no Brasil: um estudo sobre a seletividade penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 112, p. 361-386, mar/abr. 2015.

33 JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Obra de referência na área do Direito Penal, escrita pelo Prof. Damásio de Jesus, um dos principais juristas brasileiros da atualidade. A obra aborda temas relevantes para a compreensão do sistema penal brasileiro e traz reflexões sobre as principais questões relacionadas à aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração.

34 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO REINO UNIDO. **Breaking the Cycle**: Effective Punishment, Rehabilitation and Sentencing of Offenders. White Paper, Cm 5072, 2000.

35 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

é prejudicial para o povo, e deve ser minimizada para que não prejudique o todo. A prevenção especial, por sua vez, é concentrada no agente, buscando a ressocialização do indivíduo.

Assim, quando o juiz aplica a pena, busca-se tanto a finalidade retributiva quanto a preventiva. No entanto, quando essa finalidade não é alcançada, qual é a função da pena? Nesse caso, é necessário buscar soluções concretas. As penas de curta duração não corrigem, mas aprofundam ainda mais o desajuste do criminoso. Devido ao seu caráter de curto prazo, não atingem qualquer objetivo e colocam o indivíduo em contato com outros potencialmente mais perigosos, estimulando ainda mais as práticas criminosas.

Quanto aos crimes de colarinho branco, o objetivo da pena é ainda mais suavizado. Essas pessoas não são vistas como delinquentes, já que suas roupas, estudos e jeito de falar os afastam do imaginário popular sobre criminosos. Assim, uma pena de cinco anos e uma multa de vinte milhões para alguém que desviou quatrocentos milhões e ainda sairá com esse montante livre não é uma punição efetiva.

## *2.2 PENAS UTILIZADAS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO DIREITO PENAL ECONÔMICO*

É inegável que o Direito Penal corresponde ao método mais eficiente de controle social, uma vez que ele é violento, restritivo e indica a pena como uma forma de sanção que deveria ser utilizada somente em casos em que não houvesse outras maneiras de prevenção e em que a conduta apresentada fosse de uma gravidade especial<sup>36</sup>.

Referente ao aspecto de controlar e solucionar os conflitos, é importante ressaltar que, antes de criminalizar uma ação, é necessário observar se a conduta está inserida na Política Criminal, pautando-se na relevância dos bens e valores protegidos e se estão de acordo com os limites éticos, princípios e doutrinas referentes ao Estado de Direito, tais como: legalidade, subsidiariedade ou intervenção mínima, fragmentariedade, taxatividade, non bis in idem e proporcionalidade da pena, estabelecidos na Carta Magna (art. 5º, XIII, XL, XLV a L, LIII a LVII, LXI a LXVIII)<sup>37</sup>.

Na Política Criminal, são encontradas muitas dificuldades para prevenir e aplicar sanções nos crimes de colarinho branco. Com o nascimento do Direito

---

36 PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos Políticos Criminais das sanções Penais Econômicas no Direito Brasileiro. In: Direito penal e controle social. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 24, n. 109, p. 235, 2017.

37 HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar? *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, ano 48, v. 13, p. 26-31, abr./jun. 1986, p. 30-31.

Penal da Ilustração, no século XVIII, analisou-se que os valores principais eram fundamentados no critério da racionalidade da pena, que não se limitava apenas à proporção entre a ação cometida e a sanção imposta, mas também incorporava um critério utilitário para a reprovação do ato ilícito, como meio de legitimar os operadores e destinatários da lei penal<sup>38</sup>.

Para Roxin, a pena tem efeitos instrumentais e simbólicos, que demonstram à sociedade o valor que a norma penal representa e, assim, alteram a consciência social. Além disso, o Direito Penal é responsável por proteger a tutela de bens jurídicos, adotando atividades diferentes nas fases sucessivas: na cominação, a prevenção geral; na imposição, a retribuição; e na execução, a prevenção especial, que envolve a reeducação e socialização do condenado<sup>39</sup>.

A culpabilidade é utilizada como um mecanismo de limitação da aplicação da punição penal<sup>40</sup>. Ela é vista, do aspecto normativo, como consequência da reprovação da conduta incriminada e como meio de punição. No entanto, a restrição de um direito fundamental, como a liberdade, não é legitimada somente na culpabilidade, mas também na prevenção e na necessidade<sup>41</sup>.

### 2.3 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Atualmente, na criminalidade econômica, a pena privativa de liberdade é um assunto polêmico e muito discutido. Embora seja conhecido que o legislador prefere as penas privativas de liberdade, que variam de 1 mês a 10 anos, esse tipo de sanção tem se mostrado quase ineficaz, não apenas no Brasil, mas também em outros países europeus, onde o número de condenações por crimes dessa natureza é baixo<sup>42</sup>.

Pelo fato de atribuir à cifra oculta, aspectos de condições judiciais favoráveis e a primariedade (previsto no artigo 59, do Código Penal) tornando passível de beneficiar-se os criminosos econômicos através de elementos criados e despenalizados pelo legislador<sup>43</sup>.

---

38 MARTÍN, José Luis Gracia. **Fundamentos para una teoría del delito en el derecho penal contemporáneo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 43. “[...] para que o Direito penal do presente mereça adquirir a condição de moderno será preciso se distinga daquele liberal da Ilustração não só por se estender a novos e distintos âmbitos ou formas ademais dos já tradicionais, mas também por importar uma ruptura substancial [...]”.

39 ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Madrid: Civitas, 2007, p. 82-84.

40 BRASIL. Constituição (1988). Artigo 29 do Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 23 abr. 2023.

41 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Sétima Revisão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. Artigo 18º, nº 2.

42 FREIBERG, Arie. White-Collar Crime Sentencing: Some Recent Developments in Australia, England and the United States. **Current Issues in Criminal Justice**, v. 12, n. 1, p. 5-15, 2000.

43 SILVA, André Luís Callegari; MOLINA, Fernanda Aparecida. Crimes de colarinho branco: uma análise crítica da impunidade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 3, p. 77-98, 2020.

O enfoque deste trabalho não é falar das penas restritivas de direitos ou alternativas de prisão, mas sim das penas de curta duração, ou seja, a prisão antes do trânsito em julgado que ocorre em outros países e como esse mecanismo funciona no Brasil.

O primeiro aspecto utilizado no Brasil em crimes econômicos está previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95, a transação penal, utilizada nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo, em que a pena não pode ser superior a 2 anos, cumulada ou não cumulada com pena de multa; ou de suspensão condicional do processo (*sursis processual*), no oferecimento da denúncia, ou seja, crimes em que a pena mínima não exceda 1 ano<sup>44</sup>.

Dessa forma, quando não for possível, os réus desses delitos, em via de regra, não sofrem penas superiores a 4 anos, podendo substituir a pena privativa de liberdade por multa (art. 60, § 2º), pena de multa ou pena restritiva de direitos; quando não superiores a 6 meses, por uma pena restritiva de direitos e multa; e quando não superiores a 1 ano, pela suspensão condicional da pena (*sursis penal*, no art. 77). Não é cabível a suspensão condicional da pena quando a pena aplicada for igual ou inferior a 2 anos.

A Lei nº 8.137/90 trata dos Crimes contra a Ordem Tributária e prevê uma situação bastante emblemática: nos crimes cuja pena é de reclusão ou detenção, é possível a aplicação de pena pecuniária. Além disso, em casos de parcelamento ou extinção da punibilidade por meio do pagamento integral, o legislador pode suspender a punibilidade (Lei nº 11.941/2009, arts. 68 e 68-A), podendo afastar a possibilidade de condenação do réu que tenha capacidade econômica a qualquer momento<sup>45</sup>.

A pena privativa de liberdade, por mais que seja direcionada para orientar a reintegração do condenado em sociedade, apresenta graves problemas em sua utilização, evidenciados pelos altos índices de reincidência. Essa situação não é apenas um efeito dessocializador, mas também criminógeno, especialmente em relação a essa modalidade de delito<sup>46</sup>.

---

44 LEI nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 23 abr. 2023.

45 LEI nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm). Acesso em: 23 abr. 2023.

LEI nº 11.941, de 27 de maio de 2009. **Dispõe sobre parcelamento de débitos tributários federais, a remissão de créditos fiscais, na forma que especifica, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm). Acesso em: 23 abr. 2023.

46 MELLO, Ronaldo João Roth. As novas tendências em criminologia: uma abordagem crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 43, n. 188, p. 287-311, jan./fev. 2010. Essa questão da criminogenicidade da pena de prisão tem sido amplamente debatida na criminologia contemporânea. Diversos estudos apontam que a experiência da prisão pode reforçar ou criar comportamentos desviantes, contribuindo para o aumento da reincidência.

A capacidade da pena privativa de liberdade se mostra mais acentuada em crimes econômicos, devido pertencerem a classe social mais rica, que atrapalha a sua função de legitimidade mais importante – a ressocialização – pois esses delinquentes possuem um alto de integração na sociedade.

A ressocialização é compreendida como o entendimento dos valores da vida em sociedade, segurando a compulsão de infringi-los. Diante desse panorama, o infrator econômico pode ser levado a um processo de ressocialização, ainda que haja a possibilidade de obter uma pena privativa de liberdade.

Observando que, de fato, a pena privativa de liberdade não mostre qualquer possibilidade de ressocialização, pois o objetivo dela não é esse, mas sim a prevenção.

Partindo-se dessa premissa, Tiedmann fez uma perspectiva que diz que é extremamente importante analisar se é válida e necessária a aplicação de uma pena de curta duração, sem ser possível a suspensão condicional, progressão de regime ou livramento condicional (*shot-sharp- schock*), em decorrência do seu poder de intimidar<sup>47</sup>.

Klaus Tiedemann e Mark Green por meio de estudos criminológicos, submeteram alguns questionários a um grupo com aproximadamente 100 empresários, concluindo que para os criminosos de colarinho-branco, a única e efetiva sanção é a estigmatização e a perda de sua posição social<sup>48</sup>.

Entretanto, as penas de curta duração retratam uma forma de seletividade e desigualdade em relação à criminalidade comum, que na maioria das vezes, recebe sanções muito mais severas. Além disso, os danos causados pela delinquência de alto poder econômico frequentemente resultam em penas mais brandas, o que representa para a sociedade uma leniência do sistema que é mais tolerante com essa camada social e pune mais duramente a população mais vulnerável.

As penas privativas de liberdade de curta duração possuem um enorme caráter de iniquidade entre os criminosos de elevado poder aquisitivo e a camada mais baixa da sociedade, não representando nenhuma vantagem, pois o sistema penitenciário brasileiro é ineficaz, falido e ultrapassado. Isso traz à tona todas as desvantagens do encarceramento, como a superlotação, em que a quantidade de pessoas é muito maior do que o espaço suporta e não oferece nem o mínimo do básico para sobrevivência, impossibilitando a reeducação ou ressocialização. Na contramão disso, faz com que o condenado seja jogado no sistema, no qual

---

47 TIEDEMANN, Klaus. **Curso de Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 158.

48 MARTINEZ, Vicente. **Manual de Redação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 106.

possui suas próprias normas e controles, aumentando ainda mais a criminalidade e a taxa de reincidência.

## 2.4 PENA PECUNIÁRIA

Como uma alternativa para reduzir os custos do Estado e evitar o agravamento dos problemas relacionados ao encarceramento em massa decorrente de crimes econômicos, as multas penais têm sido utilizadas como uma forma de sanção para crimes considerados de menor ou média gravidade, cujas penas privativas de liberdade são cominadas abstratamente<sup>49</sup>. Essa medida tem sido adotada como uma forma de punir os autores de crimes econômicos sem sobrecarregar o sistema prisional e, ao mesmo tempo, arrecadar recursos financeiros para o Estado. As multas penais podem ser uma alternativa eficaz para combater crimes econômicos sem aumentar o número de presos e os custos associados à prisão.

Pena pecuniária é uma espécie de sanção penal, porém não pode ser confundida a sanção pecuniária com a pena restritiva de direitos – com as de cunho administrativo, razão pela qual pode ser cominada sem prejuízo dessas, isto é, acarreta *bis in idem*, pois as instâncias possuem independência<sup>50</sup>.

O conceito de pena pecuniária no México abrange a multa e a reparação do dano. Na legislação brasileira, a reparação do dano é realizada de forma automática e geral na condenação, por mais que ambos se baseiem nas mesmas características e objetivos<sup>51</sup>.

A sanção penal é revestida das garantias do princípio da pessoalidade da pena, elencado no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal da República de 1988. Esse princípio refere-se a que a pena é individual e não pode ser repassada aos sucessores do condenado. O órgão judicial é o único que pode aplicá-la<sup>52</sup>.

Importante ressaltar que existe a possibilidade de aplicar como forma de sanção para substituir a pena privativa de liberdade quando não superior a 6 meses (art. 60, § 2º), ou nos critérios elencados na Lei nº 8137/1990, arts. 4º a 7º.

Para fixação da pena de multa em várias legislações, três elementos são encontrados. O primeiro refere-se ao valor ou montante total, método utilizado

---

49 LEI ORGÂNICA n. 10/1995 (Código Penal Espanhol), artigo 33, n. 3, i, e n. 4, f.

50 BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1964. Seção 1, p. 13135.

51 CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO. Capítulo V. Sanción pecuniaria. Artículo 29. Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9\\_150921.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_150921.pdf). Acesso em: 23 abr. 2023.

52 No Brasil por meio da Lei nº 1521/1951; Lei nº 1591/1964; Lei nº 4595/1964; Lei nº 4729/1965; Lei nº 5741/1971; Lei nº 6385/1976, arts. 27-C e 27-D; Lei nº 6766/1979; Lei nº 8137/1990, arts. 4º, I a VII, 5º, 6º, 7º, I a IX; Lei nº 8245/1991; Lei nº 8666/1993 e Lei nº 9029/1995.

em vários países latino-americanos, no qual calcula-se a relação do dano causado e a gravidade do crime para determinar o valor, caso do Brasil.

Quanto ao segundo elemento, ele refere-se ao regime de prazo ou tempo de multa, é analisado caso a caso para fixar o valor das parcelas, observando o momento econômico do condenado, valores em conta ou aplicações, no qual sobre o mínimo para sua sobrevivência. Durante o prazo que foi fixado, as parcelas serão pagas até o dia determinado, observando os rendimentos, que deverá ficar somente uma parte que lhe garanta o mínimo existencial<sup>53</sup>.

A multa como pena está de acordo com a sanção aplicada em crimes econômicos, em virtude da divisibilidade e compatibilidade na manutenção da liberdade. Em penas de curta duração, a prisão é substituída pelo pagamento de multa pecuniária, na qual os indivíduos de alto poder aquisitivo têm o valor fixado alto para fazer a prevenção e retribuição<sup>54</sup>.

A seletividade nessa modalidade de crime decorre da impossibilidade de aplicar esse tipo de condenação nos casos de réus que se encontram em vulnerabilidade social e de recursos econômicos, ou seja, hipossuficientes. Tais circunstâncias fazem parte da realidade da população carcerária em países que são subdesenvolvidos, em desenvolvimento ou em recessão econômica.

## 2.5 PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

A pena é definida como a imposição do dever de corrigir o réu na atividade repressiva do delito cometido, tendo como objetivo compensar ou eliminar o mal causado. A diferenciação entre pena e medida de segurança é feita com base na função repressiva de cada uma, sendo que a medida de segurança tem como função principal a prevenção. Segundo Carnelutti, a pena tem a função de emendar ou reeducar o réu, visando seu arrependimento e possível liberdade, enquanto a medida de segurança tem como característica a eficácia preventiva. A eficácia repressiva ou retributiva da pena ou medida de segurança é essencial para diagnosticar qual será mais eficaz<sup>55</sup>.

---

53 CÓDIGO PENAL CHILENO. Art. 70. En la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable.

54 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. "SECCIÓN 4.ª De la pena de multa. Artículo 50. 1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria. 2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa. 3. Su extensión mínima será de cinco días, y la máxima, de dos años. Este límite máximo no será de aplicación cuando la multa se imponga como substitutiva de otra pena; en este caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el artículo 88.

55 CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 220-221. A pena tem como característica a emenda ou reeducação do réu, enquanto a medida de segurança tem como principal função a eficácia preventiva. Para determinar qual será mais eficaz, é essencial considerar a eficácia repressiva ou retributiva de cada uma delas.

## 2.6 MEDIDAS DE SEGURANÇA PECUNIÁRIA

Em casos de penas de curta duração, especificamente nos crimes de colarinho branco, às chamadas penas pecuniárias poderiam ser aplicadas em uma eficácia compensatória, referente ao delito, da extração de uma quantia ou na soma total de todos os determinados bens que compõe o patrimônio do réu.

Partindo do critério de equivalência ou reparação de interesses, que no meio jurídico é chamado de reparação do dano, pois o agente agiu motivado pelo interesse financeiro, via conhecida como eficácia repressiva da pena, na qual se referem nos parâmetros que a multa ou emendar valerpara ressarcir ou parar reparar os danos que o delito causou para a sociedade.

Na obra “O Problema da Pena”, Francisco Canelutti defende o argumento de que não é necessário excluir completamente a reação da perda de bens patrimoniais sobre o espírito do réu, mas que sejam observados os limites que a lei vigente determina, como consequência jurídica do crime cometido, e prescindir da reparação ou do ressarcimento pelo dano ocasionado<sup>56</sup>. Dessa forma, o autor diz que pode ser estabelecido que a extração de uma parcela do patrimônio não atua senão atingindo o réu com um sofrimento apto a formar um contraponto estímulo e, assim, exercer sobre o réu e perante terceiros um mecanismo de prevenção de novos delitos, o que denota a medida de segurança, mas não a pena em si, que consiste no encarceramento (o tratamento de choque, a prisão antes do trânsito em julgado).

## 3. PROBLEMAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Desde a antiguidade, há relatos de enclausuramento e contenção de pessoas que comprometiam a ordem e causavam problemas para garantir o cumprimento dessas “sentenças”. Com o passar do tempo, essa dinâmica foi se modificando, tornando-se uma forma de punição e correção, com o intuito de castigar e suprimir esses indivíduos.

Mantendo as diversas práticas de tortura em praças públicas onde todos poderiam ver, isso era o suplício. Visto como uma extensão do governante, uma vez que o súdito era sua propriedade, essa prática tinha o objetivo de mostrar a todos o que acontecia com quem desobedecia.

Na Idade Moderna, houve diversas mudanças no sistema carcerário, impulsionadas pela disseminação de ideias sobre direitos humanos e dignidade humana. Pensadores começaram a questionar a dinâmica do sistema, que antes se

---

56 CARNELUTTI, Francesco. **O Problema da Pena**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 71.

baseava em marcas no corpo e agora se baseava na privação da liberdade. Michel Foucault argumentou que, com o novo sistema carcerário, o objetivo era a eficiência, mas ele também criticou práticas do passado, como exemplificado em seu livro “Vigiar e Punir” (1975)<sup>57</sup>. Ele afirmou que a “utopia do poder judiciário” era tirar a vida do condenado sem fazê-lo sofrer, privar de todos os direitos sem causar dor e impor penas sem gerar sofrimento.

De acordo com Michel Foucault, o sistema carcerário atual não tem como objetivo ensinar ou reintegrar, mas sim controlar não só o corpo, mas também a alma, permitindo que os poderosos vigiem os presos constantemente através de um poder disciplinar.

No Brasil, o sistema carcerário teve início com a inauguração da Casa de Correção no Rio de Janeiro, em 1850, e tem crescido constantemente. Atualmente, de acordo com dados atualizados do World Prison Brief, o Brasil ocupa atualmente a 3ª posição no ranking mundial de população carcerária, ficando atrás dos Estados Unidos e China <sup>58</sup>. Em junho de 2021, o país tinha cerca de 758.676 presos, para uma capacidade carcerária de 461.026 vagas, o que representa um déficit de mais de 297 mil vagas<sup>59</sup>. Essa superlotação das prisões brasileiras tem causado problemas graves, como a falta de recursos básicos, proliferação de doenças, violência e humilhação, além de tornar ainda mais difícil a possibilidade de ressocialização dos presos.

De acordo com o novo Levantamento de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com dados atualizados até julho de 2021, a população carcerária no Brasil se manteve estável, com um leve aumento de 1,1%, passando de 811.707 pessoas em dezembro de 2020 para 820.689 em junho de 2021. Desse total, 673.614 estão em celas físicas e 141.002 estão em prisão domiciliar.

No entanto, houve um aumento de 7,4% na disponibilidade de vagas para custodiados no sistema, o que resultou em uma diminuição no déficit de vagas. Isso reflete os esforços do Ministério da Justiça e Segurança Pública em enfrentar o problema do déficit de vagas, com investimentos provenientes do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen)<sup>60</sup>.

---

57 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 1975. p. 11.

58 INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. Highest to Lowest - Prison Population Total. World Prison Brief. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All). Acesso em: 22 abr. 2023.

59 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen junho de 2021. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021.

60 FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN) é um fundo financeiro criado em 1994 para destinar recursos para o desenvolvimento e modernização do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: <https://www.gov.br/justica/pt-br/asuntos/sistema-penitenciario/fundo-penitenciario-nacional-funpen>.

Mesmo com essa melhora na disponibilidade de vagas, o sistema carcerário brasileiro ainda enfrenta graves problemas de superlotação, falta de recursos básicos e condições precárias, o que afeta diretamente a dignidade humana dos presos e dificulta a possibilidade de ressocialização.

Embora não haja um conceito objetivo definido, o princípio da dignidade humana é um dos princípios fundamentais garantidos por lei, que incluem o direito à habitação, educação, igualdade, entre outros<sup>61</sup>. Devido à falta de um conceito sólido, essa teoria fica aberta a interpretações diversas. No entanto, todos concordam que é necessária uma vida nobilitante. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é:

“[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto a proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também garantam as condições mínimas de existência para uma vida saudável [...]”<sup>62</sup>

A Constituição brasileira assegura, por meio do art. 5º, inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral do detento<sup>63</sup>. No entanto, esta lei, promulgada há anos, tem sido esquecida e inutilizada por muitos governantes e profissionais do sistema carcerário. As barbáries denunciadas no antigo Carandiru, as epidemias, o rápido contágio de doenças e a violência entre os próprios presos são exemplos claros deste cenário que foi retratado nos mais diversos meios de comunicação, expondo a imagem de um sistema carcerário fadado ao fracasso, incapaz de recuperar os detentos e que, ao invés disso, aumenta ainda mais as desigualdades sociais que sempre existiram no Brasil.

Com a terceira maior população carcerária do mundo, o sistema prisional brasileiro enfrenta um colapso. Com poucos recursos e estrutura para abrigar tantos detentos, a situação se agrava a cada dia, com mais pessoas sendo presas e sem ter para onde ir. Os presos são confinados em celas superlotadas, sem acesso aos seus direitos básicos, e sofrem com a violência, falta de privacidade, falta de água e espaço para se mover. Infelizmente, a falta de dignidade humana no sistema prisional brasileiro é um tema pouco discutido e com pouca visibilidade, devido ao estigma e preconceito em relação aos detentos.

Existem leis que asseguram direitos dentro do sistema presidiário, mas a realidade é bem diferente do que esta na teoria, manchetes e notícias denunciam recorrentemente, sem a falta de atenção, os abusos e situações deploráveis. A reincidência destas pessoas no sistema, mostra um sistema quebrado e ineficaz,

---

61 O princípio da dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assegurado pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Além disso, é reconhecido internacionalmente como um direito humano básico, estando presente em diversos tratados e convenções internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

62 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

63 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

mostrando um ciclo vicioso, sem métodos humano, onde a violência só fomenta a sede de justiça com as próprias mãos, e um sentimento de impotência, promovendo mais violência, dentro e fora das paredes das cadeias.

Na teoria, a Lei de Execução Penal (LEP), garante os direitos básicos e a ressocialização do presidiário na sociedade, sendo bem diferente na realidade. O sofrimento e abuso de policiais carcerários e dos próprios presos contra si mesmos, é reflexo de um governo onde o sofrimento e castigo dessas pessoas é uma pena paralela, onde a obrigação de zelar por indivíduos, que muitas vezes estão ali por penas mínimas, ficam em segundo plano.

### *3.1. PENAS DE CURTA DURAÇÃO NESSE SISTEMA*

Mediante a falta de estrutura e verbas para a população dos presídios brasileiros, o encarceramento rápido de mais indivíduos não é a solução. Essa manobra além de não punir verdadeiramente quem necessita, acentua problemas que já existem, como o aumento da impunidade em crimes de colarinho branco e as superlotações. Se nos crimes comuns há um caráter punitivo, nesse tipo há uma isenção do Estado, posto que a impunidade e a seletividade servem como instrumento de manutenção do poder dos grandes criminosos, que desviam milhões de reais. Alternativas, como a lei 9.714/98, foram colocadas com o objetivo de reduzir a superlotação carcerária, mas de nada adiantou.

As penas de curta duração para esse crimes, surgiria apenas como uma manobra de massa, uma forma de expor à sociedade que estão “resolvendo” a impunidade, limpando assim sua imagem de algoz de pessoas negras e carentes, sem realmente uma solução efetiva, atingindo direitos básicos que devem ser preservados em qualquer local e que são a base desse ordenamento jurídico. O problema está enraizado não apenas no sistema carcerário, mas na sociedade como um todo, punições ínfimas e rápidas se transformando em medidas para inglês ver<sup>64</sup>.

Princípios como ampla defesa e contraditório não podem ser colocados de lado, pois estão intimamente ligados ao devido processo legal. Privar indivíduos de apresentar provas de sua inocência, tomar conhecimento das alegações da parte contrária e poder se contrapor contra elas é negar a nossa sociedade e a base de nossa constituição. Tirar direitos adquiridos com custo e vidas de antepassados é inaceitável. Penas apenas de choque são uma máscara e um atraso para a população.

---

64 SILVA, Eduardo. **A origem da expressão “para inglês ver”**. Disponível em: <https://www.eduardosilva.com.br/a-origem-da-expressao-para-ingles-ver/>. Acesso em: 24 abr. 2023. A expressão “para inglês ver” surgiu na primeira metade do século 19, durante a época em que a Inglaterra tentava abolir a escravidão em todo o mundo, incluindo no Brasil. Como a escravidão era a base da economia brasileira na época, o Império brasileiro fingia tomar medidas para acabar com o tráfico de escravos, mas na prática, não fazia nada. Assim, a expressão “para inglês ver” passou a ser usada para se referir a ações que são apenas encenações, feitas para impressionar ou enganar alguém, mas que na verdade não têm efetividade.

Enquanto os problemas enraizados no sistema penitenciário não forem resolvidos, não há como pensar em punições diferentes para os criminosos. Separá-los em locais diferentes pode transformá-los em uma colônia de férias, enquanto colocá-los na companhia de grandes líderes de facções pode torná-los ainda mais perigosos. Nesse sentido, uma solução viável seria aumentar a duração das penas de multa, uma vez que a motivação financeira foi a razão para a prática do delito.

O que se deve buscar é uma punição efetiva, não uma punição rápida que apenas dê a falsa impressão de ordem e paz pública, desestabilizando ainda mais um sistema já quebrado. É preciso investir em políticas públicas que promovam a inclusão social, a educação e a capacitação profissional dos indivíduos, a fim de reduzir as causas do crime e tornar a pena mais efetiva na ressocialização do indivíduo. Além disso, é importante garantir a efetividade do sistema judiciário, promovendo a celeridade e a imparcialidade dos julgamentos e o respeito aos direitos humanos, especialmente os princípios da ampla defesa e do contraditório.

### *3.2. OS PROBLEMAS QUE UMA INTENSIFICAÇÃO DA POPULAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO PODE ACARRETAR.*

Uma intensificação da população no sistema carcerário pode acarretar diversos problemas graves, tanto para os próprios detentos quanto para os funcionários e para a sociedade em geral. Em primeiro lugar, a superlotação das prisões pode levar a um aumento na violência entre os detentos, tornando o ambiente prisional ainda mais perigoso e insalubre. Além disso, a falta de espaço e de recursos adequados pode dificultar a aplicação de medidas disciplinares e de reabilitação, prejudicando a ressocialização dos detentos e aumentando a probabilidade de reincidência após a soltura<sup>65</sup>.

A superlotação também pode gerar dificuldades logísticas e operacionais, sobrecarregando os funcionários das prisões e prejudicando a segurança e a ordem interna. A falta de pessoal e de recursos pode levar a problemas como a falta

---

65 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pena de prisão de curta duração é inefaz no combate ao crime. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 44% dos detentos brasileiros estão presos por crimes relacionados ao tráfico de drogas, enquanto apenas 2% estão presos por crimes de colarinho branco. No entanto, é importante destacar que a superlotação das prisões afeta todas as categorias de presos, inclusive aqueles condenados por crimes financeiros e econômicos. Estudos têm mostrado que as penas de curta duração, especialmente para os crimes de colarinho branco, não são eficazes na ressocialização dos detentos e na redução da reincidência. Além disso, a superlotação das prisões pode agravar ainda mais essa situação, tornando difícil a aplicação de medidas disciplinares e de reabilitação adequadas para esses presos. É preciso destacar ainda que a superlotação das prisões gera um custo muito alto para a sociedade, tanto em termos financeiros quanto em termos de segurança pública. Isso porque a superlotação pode gerar uma série de problemas estruturais, como a falta de espaço adequado para as celas e para as atividades dos detentos, além de prejudicar a higiene e a saúde dos internos e dificultar a manutenção das instalações. Portanto, é fundamental que sejam adotadas medidas para reduzir a população carcerária, especialmente para os presos de crimes de colarinho branco e para as penas de curta duração. Isso pode incluir a adoção de medidas alternativas à prisão, como a monitoração eletrônica e a prestação de serviços à comunidade, além de investimentos em políticas de prevenção ao crime e de ressocialização dos detentos, visando uma sociedade mais justa e segura. (referência: <https://www.cnj.jus.br/imprensa/noticias/pena-de-prisao-de-curta-duracao-e-inefaz-no-combate-ao-crime/>).

de alimentos, medicamentos e assistência médica, além de favorecer a entrada de drogas e armas nas prisões<sup>66</sup>.

Além disso, a superlotação pode gerar problemas estruturais, como a falta de espaço adequado para as celas e para as atividades dos detentos, prejudicando a higiene e a saúde dos internos e dificultando a manutenção das instalações. A superlotação também pode levar a um aumento nos casos de doenças contagiosas e na disseminação de epidemias, como tem ocorrido com a pandemia de Covid-19<sup>67</sup>.

Por fim, a superlotação pode gerar problemas financeiros, já que manter um grande número de detentos em condições precárias pode ser extremamente custoso para o Estado. Por isso, é fundamental buscar soluções que permitam reduzir a população carcerária e melhorar as condições de vida dos detentos, garantindo assim uma maior segurança e uma maior eficácia no sistema penal como um todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos o problema da seletividade do sistema punitivo no contexto dos crimes de colarinho branco, verificou-se que a prisão desses criminosos não é uma solução eficaz. O Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, e a pena privativa de liberdade tem sido criticada por sua ineficácia em relação à ressocialização e pela perpetuação de um sistema injusto e desigual.

Nesse sentido, é importante considerar outras alternativas para lidar com esse tipo de crime, como a aplicação de multas pecuniárias, por exemplo. Esse tipo de penalidade é mais justa e proporcional ao dano causado pelo crime, além de não sobrecarregar ainda mais um sistema carcerário já falido.

Além disso, a aplicação de multas pode ter um efeito mais dissuasório sobre os criminosos de colarinho branco, que muitas vezes estão mais preocupados com o impacto financeiro do que com a possibilidade de prisão. Dessa forma, é possível reduzir a seletividade do sistema punitivo e garantir que os criminosos

---

66 GOMES, Luiz Flávio. **Sistema penitenciário brasileiro: diagnóstico e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. A superlotação é um problema grave em muitos sistemas prisionais ao redor do mundo. Além dos problemas mencionados, a falta de espaço pode levar a condições insalubres e falta de higiene, aumentando o risco de doenças contagiosas. Também pode dificultar o acesso dos presos a programas de reabilitação e educação, o que pode prejudicar a sua ressocialização e aumentar as chances de reincidência. A entrada de drogas e armas nas prisões pode colocar em risco tanto os presos quanto os funcionários, além de comprometer a segurança pública. Por esses motivos, é fundamental adotar medidas para reduzir a superlotação e melhorar as condições nos sistemas prisionais.

67 VIEIRA, Fabricio C. **Sistema carcerário brasileiro: análise crítica e perspectivas de mudança**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85. O autor em questão aborda em sua obra os problemas do sistema carcerário brasileiro, entre eles, a superlotação que pode levar à falta de espaço e prejudicar a higiene e saúde dos detentos, além de aumentar a disseminação de doenças contagiosas, como a pandemia de Covid-19 que tem afetado não só o sistema carcerário brasileiro, mas também os sistemas prisionais de diversos países.

de colarinho branco sejam responsabilizados pelos seus atos de maneira justa e eficaz.

Portanto, a aplicação de multas pecuniárias pode ser uma alternativa mais eficaz e justa para lidar com a seletividade do sistema punitivo no contexto dos crimes de colarinho branco. É necessário repensar o sistema de justiça criminal e buscar soluções mais adequadas aos desafios contemporâneos, a fim de garantir a justiça e a igualdade para todos.

## REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Lisboa: Edições 70, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.
- BARRANQUERO, Romero. **El sistema penal en la encrucijada**. Buenos Aires: Ediciones Centro de Estudios Legales y Sociales, 1987.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BENAVENTE, Mariana Corrêa. Prisão de curta duração no Brasil: um estudo sobre a seletividade penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 112, p. 361-386, mar/abr. 2015.
- BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 23 abr. 2023.
- BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1964. Seção 1, p. 13135.
- CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de Dinheiro**. Barueri: Manole, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2000.
- \_\_\_\_\_. **O Problema da Pena**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- CÓDIGO PENAL CHILENO. Art. 70. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=3058>. Acesso em: 08 mai. 2023.
- CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO. Capítulo V. Sanción pecuniaria. Artículo 29. Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9\\_150921.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_150921.pdf). Acesso em: 23 abr. 2023.
- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. “SECCIÓN 4.ª De la pena de multa. Artículo 50. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&cp=20150801&tn=1#a50>. Acesso em: 08 mai. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pena de prisão de curta duração é ineficaz no combate ao crime**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/imprensa/noticias/pena-de-prisao-de-curta-duracao-e-ineficaz-no-combate-ao-crime/>. Acesso em: 24 abr. 2023.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Sétima Revisão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. Artigo 18º, nº 2.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen junho de 2021. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021. Disponível em: <https://depen.gov.br/estatisticas/infopen-2/infopen-junho-2021>. Acesso em: 22 abr. 2023.
- ELBERT, Carlos. **Curso de criminología**. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

FREIBERG, Arie. White-Collar Crime Sentencing: Some Recent Developments in Australia, England and the United States. **Current Issues in Criminal Justice**, v. 12, n. 1, p. 5-15, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

GOMES, Luiz Flávio. **Sistema penitenciário brasileiro: diagnóstico e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOTTSCALK, Petter. **White-Collar Crime: Detection, Prevention and Strategy in Business Enterprises**. CRC Press, 2017.

HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar? **Justitia**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, ano 48, v. 13, p. 26-31, abr./jun. 1986, p. 30-31.

INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. **Highest to Lowest - Prison Population Total**. World Prison Brief. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All). Acesso em: 22 abr. 2023.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

LEI ORGÂNICA n. 10, de 23 de novembro de 1995. **Código Penal Espanhol**. Artigo 33, n. 3, i, e n. 4, f. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 08 mai. 2023.

LEI nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm). Acesso em: 23 abr. 2023.

LEI nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 23 abr. 2023.

LEI nº 11.941, de 27 de maio de 2009. **Dispõe sobre parcelamento de débitos tributários federais, a remissão de créditos fiscais, na forma que especifica, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm). Acesso em: 23 abr. 2023.

LEIS citadas. In: Lei nº 1521/1951; Lei nº 1591/1964; Lei nº 4595/1964; Lei nº 4729/1965; Lei nº 5741/1971; Lei nº 6385/1976, arts. 27-C e 27-D; Lei nº 6766/1979; Lei nº 8137/1990, arts. 4º, I a VII, 5º, 6º, 7º, I a IX; Lei nº 8245/1991; Lei nº 8666/1993 e Lei nº 9029/1995. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 54. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1891-1892.

MAHIQUES, Ignacio. La ciencia criminológica frente al fenómeno de la “inseguridad”; una crítica hacia los discursos autoritativos des-de la perspectiva del garantismo penal. **Revista de derecho penal y criminología**, v.7, p. 103.

MARTÍN, José Luis Gracia. **Fundamentos para una teoría del delito en el derecho penal contemporáneo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MARTINEZ, Vicente. **Manual de Redação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 106.

MELLO, Ronaldo João Roth. As novas tendências em criminologia: uma abordagem crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 43, n. 188, p. 287-311, jan./fev. 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN)**. Disponível em: <https://www.gov.br/justica/pt-br/assuntos/sistema-penitenciario/fundo-penitenciario-nacional-funpen>. Acesso em: 18 maio 2023.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO REINO UNIDO. **Breaking the Cycle: Effective Punishment, Rehabilitation and Sentencing of Offenders**. White Paper, Cm 5072, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2007.

REIMAN, Jeffrey. **The Rich Get Richer and the Poor Get Prison: Ideology, Class, and Criminal Justice**. 11th ed. Boston: Pearson, 2019.

SÁ, Alessandro de Oliveira. **Criminologia e racismo estrutural**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

SANTOS, Carolina Costa dos. Penas privativas de liberdade de curta duração: efetividade e limitações. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 147, n. 21, p. 69-84, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Fede-**

**ral de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Adriano José Borges da Silva. Crimes de colarinho branco e suas características. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 153-175, set./out. 2012.

SILVA, André Luís Callegari; MOLINA, Fernanda Aparecida. Crimes de colarinho branco: uma análise crítica da impunidade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 11, n. 3, p. 77-98, 2020.

SILVA, Eduardo. **A origem da expressão “para inglês ver”.** Disponível em: <https://www.eduardosilva.com.br/a-origem-da-expressao-para-ingles-ver/>. Acesso em: 24 abr. 2023.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Crime de colarinho branco:** versão sem cortes. Coleção Pensamento Criminológico, n. 22. Tradução Clécio Lemos. Revan: Rio de Janeiro, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. Zur soziologie der Wirtschaftskriminalität. *Kriminologische Forschungsberichte*, v.5, n.1, p.60, 1963.

\_\_\_\_\_. **A língua alemã.** São Paulo: Editora Melhoramentos, 1983.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Habeas Corpus nº 155347. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 17 de abril de 2018.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos Políticos Criminais das Sanções Penais Econômicas no Direito Brasileiro. In: *Direito penal e controle social.* **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 24, n. 109, p. 235, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. **Direito penal brasileiro:** teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro - I.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

WHEELER, Stanton. **The Division of White-Collar Crime.** In: *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 497, n. 1, p. 1-17, 1988.

# NOTAS SOBRE A ORIGEM E A CRISE DA PRISÃO

CLÁUDIO BRANDÁO<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO: TRAJETÓRIA DA PRISÃO COMO RESPOSTA PENAL PRIMÁRIA

A prisão se institucionalizou como resposta penal ordinária no Século XIX. De início, registre-se que essa criação europeia, que iria se converter no modelo de consequência penal para todo o mundo, foi implementada em completa falta de sintonia com o sistema de penas preconizado pelos revolucionários liberais setecentistas do século anterior. Com efeito, ela se afirmou despida do acompanhamento de uma justificação teórica, vez que a tradição jurídica que tinha se solidificado desde o Direito Romano, que a cominava ordinariamente para a imposição de disciplina aos escravos, não a prescrevia como resposta aos crimes e delitos. Na alta Idade Média a prisão tampouco era uma resposta autônoma ao crime, porquanto era vista como forma de obrigar alguém à prática do comportamento esperado com a criação de uma obrigação jurídica; por essa razão, nessa referenciada tradição jurídica, era comum a imposição da prisão para que se pagasse uma dívida privada, ou para que se pagasse impostos. Nesse período, assim, encontra-se a prisão como forma de coerção, isto é, como forma de obrigar alguém a cumprir um dever ou obrigação; veja-se o exemplo da atual Alemanha, no final do período carolíngio, isto é, no décimo século, Ifict, sobre o tema assim se expressa, *verbis*:

“A masmorra (prisão) como meio de coerção foi apenas rastreada no período carolíngio tadio (...) Presos eram pessoas que não pagaram suas multas, taxas ou impostos”<sup>2</sup>.

Não obstante, logo após às revoluções liberais setecentistas na Europa, a prisão foi concretizada na seara penal como uma opção pragmática dos detentores do poder político. Michel Foucault sistematiza que os filósofos das revoluções liberais preconizaram quatro espécies diferentes de respostas penais ordinárias, nomeadamente a pena de talião, a pena de trabalhos forçados, a pena de depor-

---

1 Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Executive Director of Humanities and Rights Global Network. Professor Titular de Direito Penal. Professor visitante, ao abrigo do Programa Erasmus, das Universidades de Lisboa e Roma (Tor Vergata).

2 Tradução de: “*Die Kerkerhaft als Zwangsmittel wurde erst in der spätkarolingischen Zeit verfolgt (...) Insassen waren Personen, die ihre Bußschuld oder Abgaben bzw Steuern nicht zahlten.*” IFTIC, Izeta. Die Entwicklung der Freiheitsstrafe vom Mittelalter zur Gegenwart, unter besonderer Berücksichtigung des Zeitalters des Aufgeklärten Absolutismus - Mag.-Diss. Graz: Graz Universität. 2019, pp.9-10.

tação e a pena de humilhação pública. Entretanto, nenhuma das quatro espécies de pena prosperou, pois:

“a deportação desapareceu bem rapidamente; o trabalho forçado foi geralmente uma pena simplesmente simbólica, em sua função de reparação; os mecanismos de escândalo nunca chegaram a ser postos em prática; a pena de talião desapareceu rapidamente, tendo sido denunciada como arcaica para uma sociedade suficientemente desenvolvida”<sup>3</sup>.

Esse sistema quadripartido de penas foi substituído pela prisão, que se implementou pragmaticamente, vez que experiências pontuais anteriores, as quais alternavam o ócio e o trabalho em locais de confinamento compulsório, foram termômetros para a implementação de um experimento de controle sobre o Homem, que não se volta propriamente para o que ele fez no passado, mas sim sobre o que ele será capaz de fazer no futuro ou no presente. Essas experiências, todas elas dissociadas do direito canônico, tiveram início no norte da Europa, em Londres (1555), Oxford (1562), Amsterdam (1596), Antuérpia (1613), Bruxelas (1625), para citar algumas<sup>4</sup>, impuseram por meio da internação compulsória em instituições que, como dito, alternavam o ócio e o trabalho, uma disciplina que acarretava no controle dos corpos e na programação do subjetivo humano.

Deve ser registrado, entretanto, que, muito anteriormente as citadas experiências, o direito canônico já havia cominado a prisão como uma resposta autônoma. No século IV, para regular a disciplina eclesiástica, o papa Sirício estabeleceu a prisão como pena, aplicada aos monges e monjas que coabitassem sexualmente em um mosteiro, violando sua promessa a Deus (votos) de conversão dos costumes e castidade. O papa Sirício ordenou que os que praticassem tais condutas fossem retirados da comunidade monástica, para serem encerrados em prisões e fazer penitência perpétua, somente recebendo a absolvição e a comunhão na iminência da morte<sup>5</sup>.

Spierenburg afirma que a palavra-chave para identificar a raiz da pena de prisão é o ócio. As pessoas, independentes de suas classes sociais que falharam em realizar atividades economicamente produtivas ou em cumprir suas tarefas e deveres, deveriam ter seu ócio combatido através de políticas específicas. O percurso histórico da prisão representa a implementação dessas referenciadas políticas.

“A ociosidade pode se manifestar de várias maneiras, mas duas formas aparecem com destaque no registro histórico. O primeiro era a ociosidade de grupos específicos, vagando sem emprego e sobrevivendo mendigando e possivelmente roubando. Uma segunda forma de ociosidade consistia em viver uma vida de prazer ou desobediência à autoridade e, assim, negligenciar as

---

3 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro:Nau. 1996. pp. 83-84

4 SPIERENBURG, Pieter. **The Prison Experience: disciplinary institutions and their inmates in early modern Europe**. Amsterdam: Amsterdam University Press. 2007. pp. 25-26

5 Sobre o tema consulte-se: BRANDÃO, Claudio. **Lições de História do Direito Canônico e História do Direito em Perspectiva**. Belo Horizonte:Dplacido. 2020. pp. 58-64.

próprias tarefas e deveres. Essa forma não se limitava a um grupo social específico; poderia se manifestar em indivíduos de todas as classes, ricos ou pobres.”<sup>6</sup>

O combate ao ócio por meio dos trabalhos forçados é o motor que propuliona a afirmação da prisão nos séculos XVI e XVII, submetendo o indivíduo a apresentação de resultados materiais decorrentes do emprego de sua própria força de trabalho. Note-se que essa forma compulsória de combate ao ócio está historicamente inserida em um panorama onde é corriqueira, por conta da política pós-feudal, a semiliberdade, que é substancialmente o mesmo que semiescavidão.

## 1. APORIA DA PRISÃO

A prisão é a coluna cervical do sistema contemporâneo de penas<sup>7</sup>. Isto se dá porque em todos os países do ocidente a resposta primária à criminalidade é feita através dela; as demais penas somente são engendradas ou para substituir a prisão ou para serem aplicadas cumulativamente a ela, ocupando, por conseguinte, uma posição no sistema de sanções que, vista no plano lógico, é secundária.

Porém, desde os anos sessenta do século vinte, a pena privativa de liberdade foi submetida a agudas críticas, que fizeram despontar na ciência penal o tema da *crise da prisão*. Zaffaroni, por exemplo, afirma que a prisão é substancialmente um depósito de seres humanos deteriorados<sup>8</sup>. Essa crise foi motivada pelo modelo europeu de Estado de Bem-estar social e democrático, que é incompatível com uma modalidade de sanção que é cumprida em um estabelecimento de eliminação do ser humano e de sua dignidade<sup>9</sup>.

Mesmo com as críticas, a pena privativa de liberdade ainda continua a ser a resposta primária à criminalidade, vez que outra modalidade de resposta não foi capaz de retirar a sua proeminência. Fora da ciência, essas críticas são geralmente recebidas com irracionalidade. Porém sua crise permanece, porque, parafraseando Zaffaroni, a observação dos fatos mostra que as unidades prisionais não são somente um local de confinamento, que retiram a capacidade de locomoção. Na verdade, essas unidades passaram a ser o lugar de eliminação da pessoa que

---

6 Tradução de: “Idleness might manifest itself in various ways, but two forms appear prominently in the historical record. The first was the idleness of specific groups, roaming around jobless and surviving by begging and possibly stealing. A second form of idleness consisted of living a life of pleasure or disobedience to authority, and thus neglecting one’s proper tasks and duties. This form was not confined to a specific social group; it could manifest itself in individuals of all classes, rich or poor” SPIERENBURG, Pieter. **The Prison Experience: disciplinary institutions and their inmates in early modern Europe**. Amsterdam: Amsterdam University Press. 2007, p.12

7 “A pena privativa de liberdade continua sendo a coluna vertebral do sistema penal, porque é a única reação que pode ser adequada para a criminalidade grave e para a criminalidade média não coberta pela multa, assim como para a reincidência frequente” Tradução livre de: “Die Freiheitsstrafe ist als Rückgrat des Strafsystems bestehen geblieben, da sie für die schwere u. die durch Geldstrafe nicht ausreichend zu erfassende mittlere Kriminalität sowie auch für den häufigen Rückfall die einzig Reaktion ist.” JESCHECK, Hans-Heirich. **Lehrbuch des Strafrechts**. Berlin:Duncker u. Humblot. 1988. p.678.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raul et all. **Derecho Penal**. Parte general. Buenos Aires:Ediar. 2002. p.932-933.

9 ESCHHECK, Hans-Heirich. **Lehrbuch des Strafrechts**. Berlin:Duncker u. Humblot. 1988. P.674.

cometeu um crime, porquanto ditos cárceres se transmudaram em campos de extermínios *físicos*, *psíquicos* ou *físicos e psíquicos*, com maior ou menor sofisticação, segundo o potencial econômico do país<sup>10</sup>.

A pena privativa de liberdade atinge, como dito, a liberdade de locomoção, retirando do sujeito que a sofre o direito de dominar seus movimentos, segundo a sua vontade. Isto significa, como dito acima, que as penas privativas de liberdade atingem diretamente o *tempo* da pessoa que a cumpre. Com efeito, Aristóteles já vinculava à noção de tempo o movimento; para ele, o tempo é o número do movimento, segundo o antes e o depois<sup>11</sup>. Deste modo, ao se retirar a liberdade de locomoção, que essencialmente é a liberdade de movimento, atinge-se, por conseguinte, o tempo do apenado. A retirada do tempo é forma de desconstrução do humano. Ao se retirar o tempo, subtrai-se parte da existência social, isto é, subtrai-se a própria vida do apenado, o que aniquila a dignidade da pessoa humana.

## 2. ESTADO E PRISÃO: O IDEÁRIO SETECENTISTA

A prisão como instituição autônoma no sistema de sanções do direito penal, que confina em um estabelecimento alguém, privando-o da autodeterminação de movimento e locomoção, é produto do posicionamento político defendido no século dezoito, que com isso desviava o foco do castigo corporal do direito penal. A infraestrutura física da prisão como pena autônoma, que deu suporte material ao confinamento privando de maneira plena a liberdade de movimento, somente se implementou no século posterior, isto é, no século dezenove, com o desenvolvimento dos sistemas penitenciários. Segundo Cuesta Arzamendi:

“(...)as ordens monásticas medievais impuseram a privação de liberdade com fins punitivos. Não obstante, somente a partir da Idade Moderna, com o renascimento do trabalho forçado e o desenvolvimento das instituições de correção se consolida o emprego da prisão que, mais tarde, no século XVIII encontrará um lugar de destaque no elenco de penas dos sistemas liberais, generalizando-se, durante o século XIX através dos sistemas penitenciários.”<sup>12</sup>

Os ideias humanitários do século dezoito inseriram no debate já existente dos fins das penas às questões relativas ao abandono dos castigos corporais. As questões referentes à prevenção e à retribuição são muito mais antigas que o fim do período moderno, basta se fazer referência, para comprovar esse fato, que as denominações latinas que as caracterizam, nomeadamente *punitur quia peccatur*, para a retribuição, e *punitur ne peccetur*, para a prevenção, foram criadas pelo

10 ZAFFARONI, Eugenio Raul et all. **Derecho Penal**. Parte general. Buenos Aires: Ediar. 2002. P. 933.

11 Física, IV, 219a-219b

12 ARZAMEDI, Jose de la Cuesta. “**La Prisión: Historia, Crisis, Perspectivas de Futuro**”. Reformas Penales de Hoy. Madrid: Edición de Antonio Berstein. 1983. p. 139.

romano Sêneca inspirado em Platão. De fato, Platão já na antiguidade grega, enxergou a essência dessa dicotomia ao afirmar que:

“(…)é isto tão certo, Sócrates, que se queres tomar o trabalho de examinar o que significa esta expressão: castigar aos maus, a força que tem o fim que nos propomos com este castigo. (...) Por que ninguém castiga a um homem mau só porque tem sido mau, a não ser que se trate de uma besta feroz que castigue para saciar sua crueldade.(...)Mas o que castiga com razão, castiga, não pelas faltas passadas, porque já não é possível que o que já foi sucedido deixe de suceder, mas pelas faltas que possam sobrevir, para que o culpável não reincida e sirva de exemplo aos demais seu castigo”.<sup>13</sup>

Os autores setecentistas queriam demonstrar que os castigos corporais, aplicados pelos detentores do poder (nobres e clérigos), não se vinculavam aos propósitos humanizadores que tornariam o poder legítimo. A filosofia setecentista propôs um discurso que se afastou daqueles castigos corporais. Esse referido discurso vinculou o poder predominante da época, por eles denominados – de maneira pejorativa – de “antigo regime”, às penas que incidiam como castigos sobre os corpos dos condenados, e passou a defender uma instituição substitutiva: a prisão. Essa última seria monopolizada pela nova forma de organização política proposta, nomeadamente o Estado.

A prisão, portanto, seria em última análise o instrumento que possibilitaria o controle penal estatal e quebraria os poderes do clero e da nobreza de impor sanções penais, as quais se davam através de castigos corporais. Para tanto, o discurso de humanização foi um convincente mecanismo, já que os abusos tanto do clero quanto da nobreza, provocaram uma trajetória de terror que custou na história humana mais dor e sofrimentos do que a própria guerra. Entretanto, a humanização penal por meio da prisão não passou de um discurso. A privação de liberdade enquanto pena não é outra coisa senão o extermínio do ser pela privação do seu tempo, o que a torna conceitualmente incompatível com a promoção da dignidade do homem, isto é, com a humanização.

### 3. A ARQUITETURA PENITENCIÁRIA DO SÉCULO DEZENOVE

O espaço de inflição do castigo penal é presente na história da humanidade muito antes da afirmação da prisão. Tal *locus* era a *ante sala do* suplício corporal, por isso não há nele uma metodologia espacial tal como existe na pena privativa de liberdade, vez que a resposta penal não consistia em privação compulsória da capacidade de exercer o movimento autodeterminado. O espaço físico de inflição de castigo sobre o corpo do apenado, a mais das vezes retirando-lhe a vida, não possui a necessidade de uma arquitetura específica, tal como a prisão como pena exige.

---

13 PLATÃO. “*Protogoras o de los sofistas*”. Diálogos. Mexico: Porrúa. 1993. P. 115.

O ideário da privação de liberdade enquanto pena acarretou, ainda no final século dezoito, um movimento nos Estados Unidos da América com vistas a realizar uma reforma penitenciária, tanto na Filadélfia (1790) quanto em Auburn (1821). Esse movimento, aliado ao sistema de vigilância prisional panóptica, proposta por Bentham (1791), formou os motores para a construção de uma infraestrutura prisional com um método arquitetônico, que deu o suporte físico para o desenvolvimento de instituições especializadas na supressão da liberdade de locomoção e do tempo dos réus, por meio da potencial vigilância contínua.

O século dezenove tornou a prisão a instituição protagonista do controle penal. Através da vigilância e da imposição de disciplina, possibilitava-se uma arquitetura de segregação na qual o indivíduo pudesse ser privado das interações humanas ordinárias. Isso fez com que a infraestrutura física fosse traduzida em uma arquitetura de poder sobre o outro, que o privou o sujeito não só da capacidade de movimentação, mas do contato humano, retirando-lhe o tempo e a vida, como é conhecida no vulgo cotidiano.

A prisão é antítese da vida ativa do vulgo. Ela:

“com mais clareza impõe a disciplina individual e o controle das massas, tal como estava proposto no *Panóptico*”.<sup>14</sup>

A formação do vocábulo panóptico traduz seu sentido arquitetural: ver (óptico) tudo (pan). Essa infraestrutura física possibilitava que o recluso fosse observado sem que pudesse ver os vigilantes. Desse modo, a potência da observação atingia o sujeito submetido ao sistema penal através de duas características: a subtração das interações humanas e a suscetibilidade de observação permanente.

#### 4. A VELOCIDADE SOCIAL DO SÉCULO VINTE

A marca do século vinte para a pena privativa de liberdade se dá através da *rápida e profunda* mudança das *características sociais*, que se verificaram a partir dos anos noventa do século XX, portanto do seu final, até o período hodierno. Essas mudanças reconfiguram as fronteiras do espaço tempo, eliminando antigos limites as interações sociais e trazendo novos frutos, de um lado, e novos perigos, de outro lado.

A tomada do mundo real pelo virtual é “realidade”. As inovações tecnológicas são desenvolvidas em períodos de tempo cada vez menores para uma sociedade que se moldou a uma adoção tecnológica tão veloz quanto a sua própria produção.

A internet foi criada no âmbito do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América em 1969, como resultado de um projeto chamado de AR-

---

14 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan. 2008. p. 219.

PANET, com a função de integrar os diversos laboratórios de pesquisa e garantir que a comunicação entre militares e cientistas permaneceria, mesmo em caso de ataques militares<sup>15</sup>. Mas o impacto que a internet provocou nas interações sociais foi resultado da criação, no começo da década de noventa do século XX, por Tim Berners-Lee, de uma rede de alcance mundial (1992), o WWW (World Wide Web), que possibilitava a conexão de computadores em todo o mundo, seguida da criação dos primeiros navegadores (Mosaic – Netscape/1993). Nesse contexto, a Internet, concebida nesta geração *millennials*, tornou-se a plataforma sobre a qual a sociedade moderna tem erigido seu legado.

Por conseguinte, as relações humanas nunca foram tão exploradas quanto são no mundo virtual, ao mesmo tempo que irrompem novos conceitos dignos de estudo que moldam a maneira com que o homem moderno interage com as pessoas e com o mundo a sua volta.<sup>16</sup>

Nesse contexto, o isolamento engendrado idealmente para a privação de liberdade encontra uma contradição decorrente da recomposição das relações humanas. Um aparelho celular conectado à internet, por exemplo, faz com que a segregação projetada pela prisão não exista e as novas interações possíveis pela tecnologia anulam toda a concepção vinculada a essa modalidade de sanção. Esse aspecto da crise é trazido a partir do século vinte.

## CONCLUSÃO: OS SÉCULOS DA PENA DE PRISÃO

A prisão, enquanto instituição total que suprime a liberdade de movimento no espaço e a consequente eliminação do tempo de quem é submetido ao sistema penal como réu, entrou em crise pela convergência de características antagônicas de três séculos sucessivos. Com efeito, primeiramente cabe assinalar que, a partir do **século dezoito**, a gestação ideal da privação de liberdade – aí incluídas a apropriação do discurso anterior sobre as finalidades – foi iniciada com as revoluções liberais. Em segundo lugar, os sistemas penitenciários do **século dezenove** desenvolveram a infraestrutura física das prisões à luz do ideário de controle pela vigilância. Em terceiro lugar, o desenvolvimento tecnológico que surgiu a partir do **século vinte** possibilitou o desaparecimento de barreiras físicas

---

15 Sobre o tema: “Além de ter sido uma resposta às disputas tecnológicas entre o Estado norte-americano e a extinta União Soviética, a ARPANET foi projetada para ser uma rede militar de comunicação independente, com um único servidor, isto é, sem um comando central, objetivando preservar a operabilidade do sistema mediante ataques nucleares. Posteriormente, sua utilização foi disponibilizada às universidades, sendo difundida paulatinamente nos meios acadêmicos” CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antonio Carlos. “Dos crimes informáticos sob a ótica do ambiente digital constitucionalizado e da segurança da informação”. *Revista Jurídica Cesumar*. v. 14, n. 2. 2014, p.390.

16 Ressalte-se que, sobre a internet, “ao mesmo tempo em que este grande repositório de informações e conhecimentos se expande, olhares temerosos veem o desenvolvimento de uma ‘outra’ internet, onde os delitos virtuais são comuns, profissionalizados, difíceis de se alcançar, além de estarem conectados, por vezes, a interesses políticos, econômicos e ideológicos das transnacionais” SILVA, Ricardo. Delito virtual: um diálogo sobre as transgressões online do mundo real. *Delictae: Revista de estudos interdisciplinares sobre o delito*, v. 3. N. 4. 2018, p.261.

para as interações sociais no espaço. No século vinte – e no tempo presente – o isolamento físico não significa mais ausência de relacionamento humano, vez que a internet e os recursos tecnológicos suprimiram as barreiras físicas do espaço para a realização de interações.

Por conseguinte, a pena de privação de liberdade foi concebida através da mentalidade do pensamento liberal do século dezoito, foi desenvolvida materialmente através das instituições penitenciárias e seus sistemas do século dezenove e se confrontou com a característica de supressão de espaços e velocidade das interações sociais do século vinte. A convergência do antagonismo desses três séculos implementou no século vinte e uma aporia, um problema no qual é impossível uma solução.

Ressalte-se que essa aporia já foi antevista no século vinte, com o anteprojeto alternativo do Código Penal Alemão, que definia a pena como uma *amarga necessidade dentro da comunidade formada por seres imperfeitos que são os homens*. Entretanto, a pena continua significando o monopólio do poder de punir pelo Estado. Há, pois, um componente político que a coloca como uma necessidade para a existência da organização estrutural das sociedades, desde as revoluções liberais do período setecentista até o tempo presente. O desafio que se põe aos cientistas do direito, nesse panorama, é limitar os efeitos nefastos dessa modalidade de sanção em crise. O caminho para esse escopo é aplicar à prisão as limitações de poder decorrentes do sistema internacional normativo dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan. 2008.
- ARZAMEDI, Jose de la Cuesta. “**La Prisión: Historia, Crisis, Perspectivas de Futuro**”. Reformas Penales de Hoy. Madrid:Ediccion de Antonio Beristein. 1983.
- BRANDÃO, Claudio. **Lições de História do Direito Canônico e História do Direito em Perspectiva**. Belo Horizonte:Dplacido.
- CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antonio Carlos. “Dos crimes informáticos sob a ótica do ambiente digital constitucionalizado e da segurança da informação”. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 14, n. 2. 2014, p.390.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau. 1996.
- JESCHECK, Hans-Heirich. **Lehrbuch des Strafrechts**. Berlim: Duncker u. Humblot. 1988.
- PLATÃO. “**Protogoras o de los sofistas**”. Diálogos. Mexico: Porrua. 1993.
- SPIERENBURG, Pieter. **The Prison Experience: disciplinary institutions and their inmates in early modern Europe**. Amsterdam: Amsterdam University Press. 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul et all. **Derecho Penal**. Parte general. Buenos Aires: Ediar. 2002.

# AS PENAS DE CURTA DURAÇÃO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL À LUZ DA FINALIDADE DO ENCARCERAMENTO

ARTUR BARBOSA DA SILVEIRA<sup>1</sup>

DIÓGENES WAGNER SILVEIRA ESTEVES DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A política de encarceramento, por meio de penas de curta duração, é trazida à discussão pela comunidade jurídica em diversos países do mundo. A maior crítica aos modelos de penas pequenas seria a substituição destas por modelos alternativos de sanções, pois muitas vezes os delitos praticados não estão atrelados a crimes violentos<sup>3</sup>.

Outro viés que está intimamente ligado às penas curtas seria a própria finalidade da pena que, ao fim e ao cabo, deveria reabilitar o preso para o retorno ao convívio social, fato que não se mostra com penas curtas<sup>4</sup>, uma vez que é longa suficiente para causar perturbação no encarcerado, mas não longa suficiente para reabilitar.

No concernente a nossa temática, faz-se o recorte na aplicação das penas de curta duração relacionada aos militares (militares federais/policiais militares/bombeiros militares), quando submetidos a medidas de restrição de liberdade por força de ordenamentos administrativos<sup>56</sup> (Regulamentos Disciplinares) e proces-

---

1 Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

2 Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

3 Pode-se citar a pesquisa com as mulheres presas na Inglaterra e País de Gales que apontam que os delitos mais comuns atrelados as penas de curta duração são o furto e o descumprimento de ordens judiciais. Conferir em: *Short but, not seen: A Study of the impact of short custodial sentences on mothers and their children.*

4 Conferir em: UK Justice Policy Review, FOCUS, Issue 6, p. 1.

5 C.f. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;**

6 Lei complementar do Estado de São Paulo 893/2001. REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. Artigo 26 - O recolhimento de qualquer transgressor à prisão, sem nota de punição publicada em boletim, poderá ocorrer quando:

I - houver indício de autoria de infração penal e for necessário ao bom andamento das investigações para sua apuração;

II - for necessário para a preservação da ordem e da disciplina policial-militar, especialmente se o militar do Estado mostrar-se agressivo, embriagado ou sob ação de substância entorpecente.

§ 1º - São autoridades competentes para determinar o recolhimento disciplinar aquelas elencadas no artigo 31 deste Regulamento.

§ 2º - A condução do militar do Estado à autoridade competente para determinar o recolhimento somente poderá ser efetuada por superior hierárquico.

suais<sup>7</sup> (Código de Processo Penal Militar).

A discussão prender-se-á a que se prestam essas medidas de restrição de liberdade aos policiais militares e aos militares federais. Notadamente, algumas dessas medidas não são penas, propriamente, amoldam-se muito mais a medidas cautelares (prisões cautelares) por analogia a aplicação.

Contudo, não se pode olvidar a finalidade que se destina a medida restritiva de liberdade, isto é, à prevenção, à repressão, à cautelaridade, mas também à reabilitação e a não reincidência, por isso, estes últimos serão levados à discussão no presente estudo.

Em vista das grandes discussões acerca da temática, principalmente no Reino Unido e no Egito, e sua aplicabilidade e viabilidade no ordenamento brasileiro, faz-se mister a investigação em face dos princípios constitucionais existentes no Brasil e também apontar uma análise qualitativa e transversal apontada aos militares e as medidas restritivas de liberdade de curta duração aplicadas a esta classe.

Utiliza-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental nos grandes temas do Direito nacional e internacional que versam sobre a temática em comento, além de se pautar no método hipotético-dedutivo de pesquisa científica que visa à obtenção de resultados palpáveis e aplicáveis à realidade social.

A escolha do método hipotético-dedutivo se deu pelo fato de que a investigação partirá de uma análise geral dos institutos que versam sobre as penas de curta duração, tais como: matrizes teórico-filosóficas, dispositivos legais (nacionais e internacionais) e aplicação prática em outros países como já apontado, para uma análise particular.

Além disso, no Brasil, não há, em primeira análise, penas de curta duração (como no caso do Egito, sem as garantias constitucionais como as previstas na CF de 1988), porém sua comprovação acerca da atual aplicabilidade aos militares poderá ser discutida ao longo deste ensaio.

## 1. ENTENDENDO AS PENAS DE CURTA DURAÇÃO

Nesse tópico, apontam-se as críticas ao modelo de política criminal pautado em desigualdades sociais, da mesma maneira, mostram-se algumas circunstâncias peculiares deste modelo no Brasil.

---

§ 3º - As decisões de aplicação do recolhimento disciplinar serão sempre fundamentadas e comunicadas ao Juiz Corregedor da polícia judiciária militar.

§ 4º - O militar do Estado preso nos termos deste artigo poderá permanecer nessa situação pelo prazo máximo de 5 (cinco) dias.

7 C.F. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR: DETENÇÃO DE INDICIADO, Art. 18. **Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias**, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica.

Por fim, conceituam-se e se escrutinam as críticas aos modelos de curta duração como tendência atual do direito penal contemporâneo.

### *1.1. CRÍTICA À FINALIDADE DAS PENAS DE CURTA DURAÇÃO EM FACE DE CRIMES SEM VIOLÊNCIA*

Antes de partir, objetivamente, para âmago da pesquisa opta-se por contextualizar o leitor a respeito do cárcere, sendo este instituto muitas vezes utilizado como discurso panfletista em campanhas de lei e ordem.

O que se quer mostrar é que o cárcere para muitos doutrinadores contemporâneos<sup>8</sup> não é a melhor política criminal, muito pelo contrário, seria a verdadeira escola da marginalização das classes proletárias, uma vez que os cumpridores das medidas penalizadoras aplicadas pelo Estado são, majoritariamente, pertencentes à plebe social<sup>9</sup>.

A crítica trazida pelo autor italiano Alessandro Baratta se sustenta em decorrência do modelo fracassado do encarceramento, como visto em muitos países do mundo, e no Brasil se deu da mesma forma, ou seja, sem se atentar para uma das principais funções da pena: a ressocialização. A afirmação anterior é vista por Correa da seguinte maneira:

Hoje é de conhecimento geral que existe um sistema penitenciário cruel e desumano no Brasil. **Maus tratos verbais e físicos, abusos sexuais, falta de higiene, superpopulação carcerária, falta de trabalho e cultura, doenças, ausência de assistência médica e jurídica, rebeliões e fugas, são alguns exemplos das mazelas do sistema penitenciário nacional**<sup>10</sup>. (grifo nosso).

No Brasil, a busca por meios alternativos se mostrou assiduamente presente na Reforma Penal de 1984 dando mostras de que o cárcere não era a solução mais adequada para a política criminal, a saber:

**DA APLICAÇÃO DA PENA - Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a **substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível**.<sup>11</sup> (grifo nosso).

8 Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Política Criminal Alternativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

9 Cf. Para uma análise profunda do tema, tem – se a visão de BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Política Criminal Alternativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 14 e 15, ao trazer à baila sua opção pela política criminal alternativa pelo fato das desigualdades sociais, do mesmo modo, o autor elencou 4 (quatro) indicações de que as políticas criminais atuais se mostram inócuas, sendo estas: I – A introdução do problema da conduta desviante e da criminalidade, na análise da estrutura geral da sociedade; II- A desigualdade como característica e função do direito penal; III – A particular função do cárcere no sistema de desigualdades e IV – A função da opinião pública e dos processos ideológicos e psicológicos que se realizam, como base e legitimação do direito penal desigual.

10 CORREA, Rafael. **Serra contra o crime**. Revista Veja, ano 40, n. 20, mai. 2007, p.62-64.

11 BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências.

Como visto, o Brasil e o mundo perceberam que o encarceramento único e exclusivamente aplicado ao infrator teria um efeito rebote, tanto pela ineficiência dos sistemas carcerários em ressocializar, como pelo próprio modelo seletivo de desigualdades penais, predominante no sistema capitalista burguês como bem argumentou o autor Marcelo Baratta. De fato, há outras perspectivas e abordagens sobre os sistemas de política criminal, mas a sinopse acima introduzida é unânime quando se trata do cárcere.

Pois bem, superada a contextualização resta conceituar as penas de curta duração e também não se devem confundir penas de curta duração com penas alternativas, uma vez que aquelas há restrição de liberdade e estas não, as penas curtas são, propriamente ditas, aquelas que possuem um “*quantum*” penal reduzido e estão intimamente ligadas a delitos com baixa lesividade aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, estas penas também contrariam, em alguns países, princípios sedimentados pelo direito em cenário internacional como o da presunção de inocência<sup>12</sup>.

O diálogo atual é se o cárcere é a prática mais adequada para infrator, neste ponto, não se tem muitas divergências no concernente aos penalistas de que o cárcere é o um evento danoso à natureza social humana, Bruno de Moraes Ribeiro<sup>13</sup> citando Donald Clemmer<sup>14</sup> traz o seguinte:

Pelo contrário, parece estar comprovado que, não obstante toda pena privativa de liberdade seja prejudicial ao indivíduo, quanto mais duradoura ela for (sobretudo em regime fechado), tanto mais lesiva à personalidade individual e às possibilidades de reinserção na sociedade livre ela será, como evidenciam numerosos estudos de índole sociológica, que analisaram o inextricável processo de adaptação ou aculturação dos internos às normas e valores próprios do meio carcerário.

O que se tem como problema, então, é se as penas curtas são indicadas para a ressocialização de um delinquente menor periculosidade, mas especificamente aplicados aos crimes sem violência.

Recentes estudos internacionais<sup>1516</sup> demonstram que as penas alternativas aplicadas ao cárcere se mostram mais adequadas do que o cárcere puramente

---

12 POR QUE ASSÉDIO DE MÉDICO BRASILEIRO PRESO NO EGITO REVOLTOU ÁRABES. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57363146>. Acesso em: 30 set. 2022.

13 RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Revalorização das Penas de Curta Duração**. Belo Horizonte: Meritum – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007

14 CLEMMER, Donald. **The prison community**, p. 299. Trata-se do fenômeno da prisionização que são lesivos aos indivíduos à proporção do aumento do tempo encarcerados, termo alcunhado pelo autor.

15 Cf.: **Rehabilitative and Punitive Models and Evidence-Based Policy** – O estudo abordou até que ponto as mudanças políticas são necessárias para melhor alocar recursos, reduzir o crime e ajudar aqueles que foram condenados por crimes a melhorar suas circunstâncias. Os membros do painel variaram em seus pontos de vista sobre as mudanças políticas apropriadas, mas foram unânimes em afirmar a benefícios de pesquisas rigorosas baseadas em evidências para determinar quais mudanças de política devem ser feitas e quais programas tentar e a importância da implementação de qualidade.

16 Cf. **Successes in Criminal Legal Reforms, 2021** – O estudo aponta que os Estados Unidos continuam a liderar o mundo em encarceramento, uma vez que mais de 6,3 milhões de pessoas estão sob controle correccional. Mais de 2,1 milhões estão

(medida restritiva de liberdade). É neste contexto que recortamos a aplicação de penas curtas aos militares do Brasil, pois se segundo os estudos atuais trazidos não se parece razoável a aplicação do cárcere em crimes sem violência, quanto mais em transgressões disciplinares sem ao menos visar à ressocialização.

Frise-se que a intenção não é apontar inconstitucionalidades na aplicação dos institutos militares, pois não o são, mas sim apontar que estes não estão adequados no sentido de cumprir com a tríplice finalidade da sanção penal: retribuição, prevenção e ressocialização. A ressocialização, certamente, não foi pensada aos militares quando o código de processo penal militar trouxe a prisão do indiciado por até 50 dias pelo encarregado do Inquérito policial militar conforme o artigo 18 do Código de Processo Penal Militar. Ou mesmo a prisão administrativa por transgressão disciplinar.

Sabe-se que a prisão do indiciado é objeto de críticas, mas não foi extinta ou revogada do Código de Processo Penal Militar, sendo uma espécie de prisão cautelar aplicada por uma autoridade administrativa.

## **2. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DE PENAS DE CURTA DURAÇÃO NO BRASIL EM FACE DE SEU ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL E A INVIABILIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO**

Neste capítulo, em uma análise geral, aponta-se a inviabilidade de ressocialização do infrator, tanto pelo estado de coisa inconstitucional (presídios) como pela inobservância a princípios constitucionais.

### *2.1. O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO EM FLAGRANTE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS*

De acordo com Guimarães<sup>17</sup>, o estado de coisas inconstitucional pode ser definido como uma técnica decisória, desenvolvida inicialmente pela Corte Constitucional colombiana, que objetiva enfrentar situações de violações massivas e generalizadas a vários direitos fundamentais, que afetam um número significativo de pessoas, cujas causas sejam ações ou omissões de natureza estrutural, ou seja, que decorram de falhas nas políticas públicas adotadas pelos Estados, a

---

na prisão ou cadeia, e 4,4 milhões estão sob vigilância comunitária em liberdade condicional. Pelo menos 19 milhões de pessoas vivem com um crime condenação, enquanto cerca de 70-100 milhões têm antecedentes criminais. A persistência de extremamente leis e políticas de condenação punitiva, e não aumentos nas taxas de criminalidade, sustentam a alta taxa de criminalidade do país. Acabar com o encarceramento em massa requer uma mudança transformadora nas políticas e práticas de condenação alinhado com a redução das consequências colaterais da condenação e desafiando disparidades no sistema de justiça criminal. Este documento informativo destaca as principais reformas realizadas em 2021 priorizado pelo The Sentencing Project.

17 GUIMARÃES, Mariana Rezende. “O Estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional Colombiana”. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017.

exemplo da não tomada de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias para sanar ou amenizar o problema.

Dessa forma, por meio do estado de coisas inconstitucional, o Poder Judiciário, ao ser provocado, pode declarar, por exemplo, a existência de um verdadeiro quadro insuportável de violações a direitos fundamentais no sistema carcerário de determinado país, decorrente de atos omissivos ou comissivos praticados por autoridades públicas, situação que se agrava ante a contínua inércia daquelas autoridades, de modo que apenas uma intervenção direta por meio da atuação do Poder Público pode modificar aquele estado de coisas.

Dantas sintetiza as principais críticas doutrinárias acerca da atuação judicial no estado de coisas inconstitucional:

A primeira entende que a intervenção judicial em atos praticados pelos demais Poderes, que são eleitos pelo povo, seria antidemocrática. A segunda defende a falta de conhecimento e expertise do Poder Judiciário para intervir em questões técnicas ou que demandem um intenso debate público. A terceira defende a usurpação, pelo Judiciário, das atribuições dos demais Poderes<sup>18</sup>.

A despeito da existência de tal divergência, entendemos que, ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional, o Poder Judiciário, sem qualquer ativismo ou ingerência indevida nos outros poderes, interpreta um mandamento constitucional e determina aos responsáveis a implementação de políticas públicas, a alocações de recursos orçamentários e a coordenação de medidas concretas necessárias à superação dessa situação gravosa.

Campos<sup>19</sup>, ao realizar um estudo aprofundado do tema, afirma serem três as características principais do estado de coisas inconstitucional:

- a. a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
- b. a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; e
- c. a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

O mesmo autor relata que as primeiras decisões judiciais do mundo envolvendo o estado de coisa inconstitucional remontam à Colômbia, com a “Sentencia de Unificación” 559, de 1997, quando pela primeira vez foi declarado e, no

---

18 DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 71.

19 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural”. Disponível em [https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#\\_ftn7](https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn7). Acesso em 26/09/2022.

ano seguinte, a “Sentencia de Tutela” (T) nº 153, de 1998, na qual foi discutida a questão da superlotação e das condições desumanas vividas nas Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín.

De acordo com Campos<sup>20</sup>, naqueles casos, os juízes colombianos, constatando a generalidade do quadro de violação de direitos humanos naquele país, com base em estudos empíricos, concluíram que a questão da violência e da superlotação dos presídios se tratava de um problema nacional, de responsabilidade das autoridades públicas. Ademais, ante a absoluta ausência de políticas públicas para, ao menos, tentar minimizar a situação, foi declarado judicialmente o “estado de coisas inconstitucional”, com ordenação ao estado colombiano da elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias, bem como a determinação para que os governos locais mantivessem presídios prósrios.

Infelizmente, nessas primeiras decisões sobre o tema, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Poder Judiciário colombiano foi enfrentado de forma genérica, sem investigar suas reais causas, sendo ainda criticado na doutrina por não ter sido acompanhado de forma adequada na fase de implementação, tendo fracassado naquela oportunidade, conforme relata Ariza<sup>21</sup>.

Já na sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004, a Corte Constitucional colombiana enfrentou a questão dos “deslocados”, que corresponde a um grupo de milhões de cidadãos obrigados a se deslocarem de suas residências por motivo de ameaça à vida ou à integridade física na Colômbia.

Naquela decisão, o Poder Judiciário colombiano considerou que as políticas públicas então existentes eram incapazes de lidar com o estado de coisas inconstitucional, tanto em razão da ausência de recursos públicos, quanto pela incapacidade estrutural das instituições públicas envolvidas. Elogiada pela doutrina de Franco e Garavito<sup>22</sup>, a decisão em referência determinou a expedição de ordens de procedimentos que envolvessem o Estado e a sociedade na elaboração e aplicação de políticas públicas, determinando a convocação de audiências públicas e criando um ambiente de mútua colaboração, que pudesse oferecer alternativas democráticas para a atuação judicial na tutela dos direitos fundamentais.

No Brasil, o estado de coisas inconstitucional é o cerne principal, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

---

20 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. Cit.

21 ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159.

22 FRANCO, Diana Rodríguez; GARAVITO, César Rodríguez. **Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010.

nº 347<sup>23</sup>, relatada pelo Ministro Marco Aurélio. De acordo com a petição inicial da ação<sup>24</sup>, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), haveria um flagrante estado de coisas inconstitucional em todos os presídios do nosso país, bem como o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar nº 79/1994, possui recursos reservados para a melhora do sistema penitenciário, mas que são contingenciados, de forma sistemática, pelo Poder Executivo. Ainda segundo a inicial da ação, existem recursos que não são utilizados e há R\$ 2,2 bilhões disponíveis atualmente no FUNPEN.

Assim, na ação em referência, foi requerido que o sistema penitenciário brasileiro fosse declarado como um Estado de Coisas Inconstitucional, de forma que o Supremo Tribunal Federal passasse a interferir diretamente na elaboração e execução de políticas públicas, discussões e deliberações referentes a verbas a serem gastas com o sistema carcerário e na aplicação de institutos processuais penais, objetivando aliviar os problemas da superlotação dos presídios e as condições degradantes do encarceramento.

Em seu voto, prolatado aos 28/05/2021, o relator julgou parcialmente procedente o pedido, declarando o estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema carcerário brasileiro, determinando, dentre outras providências: a) aos juízes e tribunais, que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais, que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais, que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes, que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, a ser utilizado conforme a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

---

23 STF (Supremo Tribunal Federal). Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 26/09/2022.

24 ADPF 347. Petição inicial disponível na íntegra em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em 26/09/2022.

Foi determinado, ainda, ao Governo Federal, a elaboração, no prazo de três meses, de plano nacional visando a superação, em, no máximo, três anos, do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, observadas as balizas mínimas voltadas a: (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos, relativamente a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) separação dos custodiados a partir de critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do crime; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à Justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para atuação nas instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades, sem o devido processo legal, nos estabelecimentos prisionais; (viii) tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT; 2. aos Estados e Distrito Federal, a formulação, observado o prazo de três meses, contados da publicação do plano formalizado pela União, de planos próprios, em harmonia com o nacional, visando a superação, em dois anos, do estado de coisas inconstitucional.

Após a prolação do voto pelo relator, houve a suspensão do julgamento após o pedido de vistas do Ministro Roberto Barroso.

Em síntese, para caracterização do estado de coisas inconstitucional, deve ser reconhecida uma grave e sistemática violação a direitos e garantias fundamentais de uma parcela significativa da população, a exemplo da carcerária, em situação na qual seja evidenciada uma falha estrutural de autoridades na execução e implementação de políticas públicas. Essa situação ensejará a intervenção do Poder Judiciário que, caso provocado, proferirá ordens de execução complexa, com a determinação da execução coordenada de medidas protetivas da população atingida, sendo, no caso do Brasil, a ADPF um terreno fértil a ser utilizado para a proteção de direitos e garantias fundamentais, em seus mais variados aspectos.

## *2.2. DIÁLOGOS ENTRE AS PENAS DE CURTA DURAÇÃO, O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.*

Para Ferrajoli<sup>25</sup>, as teorias sobre a finalidade das penas podem ser divididas em absolutas e relativas, sendo que as primeiras consideram a pena como uma finalidade em si mesma, isto é, um castigo ou uma retribuição, e as segundas defendem a função da pena como preventiva à prática de novos delitos.

---

25 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Editora RT, São Paulo: 2010, p. 204.

Por sua vez, Roxin<sup>26</sup> não vislumbra na retribuição um objetivo socialmente útil, uma vez que visa apenas castigar o criminoso pelo delito praticado, sem qualquer benefício à sociedade. Para ele, a pena deve se afigurar justa, com lapso temporal proporcional ao delito praticado.

A doutrina de Ribeiro<sup>27</sup> defende a revalorização das penas privativas de liberdade curtas, narrando que, até meados da década de 1960 no mundo, e final dos anos 1980 no Brasil, os juízes e legisladores desacreditavam as penas privativas de liberdade de curta duração, sob o estigma do caráter de ressocialização da execução penal, desde que possuísse uma orientação terapêutica e contasse com os recursos humanos e materiais.

Segundo o mesmo autor, naquela época, Baumann afirmava que as penas privativas de liberdade de curta duração eram inúteis do ponto de vista pedagógico-criminal, socialmente danosas e que, ademais, sobrecarregavam a execução penal. E Ferrajoli, por sua vez, ao comentar a reforma da parte especial do Código Penal português de 1963, defendia a implementação de uma estratégia de reforma no direito penal que apontasse a longo prazo pela supressão integral das penas privativas de liberdade e a curto e médio prazos a uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição das penas de prisão perpétua. Assim, a maioria da doutrina estudada pelo autor condena o uso das penas privativas de liberdade – mormente as penas longas - e propõe a sua substituição por medidas alternativas.

O mesmo Ribeiro<sup>28</sup>, embora reconheça a dificuldade de valorização das penas privativas de liberdade de curta duração, afirma que não há nelas qualquer problema intrínseco que não exista também nas penas de longa duração. Segundo o doutrinador, “uma vez que, qualitativamente, não haja grande diferenciação entre penas privativas de liberdade longas e curtas, deve-se priorizar as curtas, já que estas, ao menos, impõem uma quantidade menor de sofrimento e um menor estigma, lesando menos, psicológica e socialmente, o indivíduo a elas submetido”.

Com a devida vênia aos defensores das penas de curta duração, entendemos que a sua implementação no nosso país encontraria grandes dificuldades, tanto culturais quanto principiológicas, indo em sentido contrário à *mens legis* de toda legislação criminal construída no decorrer da nossa história, inclusive da

---

26 ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena et al. Barcelona/Madrid: Civitas, 1997. t.1, p. 81-82.

27 RIBEIRO, Bruno de Moraes. “Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal”. In *Revista Meritum* – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007.

28 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Op. cit.

Constituição Federal de 1988, que prevê como direitos fundamentais o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, além do devido processo legal.

Sob esse prisma, o próprio Código Penal e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), reconhecendo a inviabilidade do cumprimento das prisões de curta duração, preveem, em diversos dispositivos, a sua substituição por penas restritivas de direitos, mormente em se tratando de crimes dolosos e nos crimes culposos (art. 44 do CP), ou por medida de segurança, quando no curso da execução da pena sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental do condenado (art. 183 da LEP).

Oliveira<sup>29</sup> fundamenta no princípio da humanidade das penas a proibição constitucional do estabelecimento de penas cruéis. Para a autora em questão, a duração das penas deve ser sempre revisada, reduzindo-a, se oportuno, o tempo das sanções privativas de liberdade e suprimindo as penas de curta duração, em razão do compromisso de proteção de direitos humanos, e tendo em vista que o encarceramento de curta ou média duração já podem trazer riscos de danos irreversíveis à personalidade do preso e prejudicar princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Para a doutrina de Pinho<sup>30</sup>, o caminho mais adequado para a ressocialização do condenado, para a redução da superlotação carcerária e para eliminação da contradição entre a segurança e a reeducação é o estabelecimento de penas alternativas, sobretudo nas hipóteses de penas de curta duração, sendo tal medida benéfica ao criminoso e menos dispendiosa à sociedade:

As medidas e Penas Alternativas, resultantes da crise na prisão, sobretudo nas hipóteses de penas de curta duração, permitem que o condenado cumpra a sua pena junto à família e ao emprego, eliminando a contaminação carcerária, diminuindo a superpopulação prisional e suprimindo a contradição entre segurança e reeducação.

Além do benefício para o criminoso, ao possibilitar a sua reintegração no grupo social, as penas alternativas, como a restritiva de direitos, a prestação de serviços à comunidade, pecuniária, e limitação de fim de semana, são altamente benéficas para o Estado, pois a prisão é bastante dispendiosa para a sociedade, sendo o custo de um apenado maior que o de um estudante universitário, daí o porquê do prejuízo para os recursos humanos e societários.

Grecco, da mesma forma, aponta para o fracasso da prisão como “agência terapêutica”, especialmente no tocante às penas de curta duração, devendo o ambiente pernicioso do cárcere ser evitado, sempre que possível, nos casos de breve passagem do condenado pela prisão:

---

29 OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/publico/MarciadeFreitasOliveiraOprinciopdahumanidade.pdf>. Acesso em 27/09/2022.

30 PINHO, Marco Antônio de Oliveira. Das penas alterativas em face da ineficiência das privativas de liberdade. In **Revista “Prolegis”**. Disponível em <https://prolegis.com.br/das-penas-alterativas-em-face-da-inefici%c3%aaancia-das-privativas-de-liberdade/>. Acesso em 27/09/2022.

O fracasso da prisão como agência terapêutica foi constatado, relativamente às penas de curta duração, logo depois de iniciada a prática do encarceramento como pena. É antiga, portanto, a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado, sempre que possível, nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização. Por outro lado, essas pequenas condenações não se prestam a servir como prevenção geral, acrescentando-se o inconveniente de afastar o sentenciado do convívio familiar e do trabalho, desorganizando, sem nenhuma vantagem<sup>31</sup>.

Bittencourt também defende a fixação das penas alternativas, afirmando se tratarem de novas penas compatíveis com os novos tempos:

É indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época não foram injustas, hoje, indiscutivelmente, o são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do século XVIII. Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável<sup>32</sup>.

Por fim, Martins entende ser necessária a eliminação definitiva das penas de curta duração, com necessária aplicação de um “Direito Penal de Ultima Ratio”:

Neste sentido, critica-se fortemente a utilização de penas privativas de liberdade de curta duração, ou seja, a imposição de pena de prisão aos delitos de pequeno e médio potencial lesivo, praticado muitas vezes por criminosos primários e ocasionais, sobre quem os efeitos do cárcere se mostram mais gravosos.<sup>33</sup>

Dessa forma, conclui-se pela impossibilidade da aplicação de penas de curta duração no Brasil em face de seu ordenamento constitucional e a ante a inviabilidade de ressocialização do condenado.

### **3. A PREMENTE NECESSIDADE DE ANÁLISE QUANTO À APLICAÇÃO DE PENAS DE CURTA DURAÇÃO AOS MILITARES NOS MODELOS ATUAIS**

Como já anunciado por diversos motivos não se vê apropriada as penas de curta duração, quer seja em civis ou militares. Acontece que penas curtas, em sede administrativa, são aplicadas, até hoje, aos militares federais (Marinha, Exército e Aeronáutica) e até 2019 aos policiais militares e bombeiros militares, porém. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) tornou sem efeito a lei federal que extinguiu a pena de prisão disciplinar/administrativa dos policiais militares e dos corpos de bombeiros militares. Em 20 de maio de 2022, o Supremo julgou a ADI n.º 6595 como procedente, com isso extinguiu a regra, prevista na Lei 13.967/2019.

31 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 529.

32 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

33 MARTINS, Fernanda Rocha. **As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro: em busca de novas alternativas**. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2004. Disponível em <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/23820/Fernanda%20Rocha%20Martins.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 27/09/2022.

Note-se que não se quer tão somente criticar as prisões administrativas aplicadas em sede de encarceramento por militares, pois se sabe que o cárcere da sanção administrativa é cumprido, por muitas vezes, nos próprios quartéis em celas apartadas.

No entanto, aquilo que se quer discutir é a principal mazela que contém nas penas curtas (dos países que adotam), que como já apontado são incompatíveis ao ordenamento constitucional do Brasil, está contida nas sanções administrativo-militares, pois estas também não se preocupam com a ressocialização, assim se considera como medida preventiva a não reincidência somente o ato de aplicação da sanção e por conseguinte o encarceramento.

A seguir exporemos como se dão, de maneira resumida, as prisões emanadas por autoridades administrativas que, por vezes, caracterizam-se, por semelhança, às penas de curta duração quer seja pelo caráter não ressocializador quer seja pelo curto período encarcerado.

### *3.1. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DAS PRISÕES DISCIPLINARES POR TRANSGRESSÕES*

Notadamente, as prisões administrativas são plenamente legais e compatíveis ao ordenamento brasileiro, pois tem autorização expressa na própria Constituição Federal segundo a teleologia dos artigos abaixo:

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar. (BRASIL, 1988)

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Do exposto acima, percebe-se claramente que o legislador chancelou os Tribunais de Justiça Militar e, por óbvio, as suas polícias judiciárias à apuração mediante lei das transgressões disciplinares e suas aplicações sancionatórias.

### 3.2. *ENCARCERAMENTO MILITAR POR TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR: UMA APLICAÇÃO LEGAL, PORÉM NÃO RESSOCIALIZADORA*

Outro ponto que nos faz crer que a aplicação de medida de encarceramento administrativo aplicado aos militares (estaduais/federais) foi autorizada pelo legislador é a hermenêutica do artigo 5º, inciso LXI, quando deste modo traz:

LXI - **ninguém será preso senão em flagrante delito** ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar** ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Portanto, a olhos vistos se supera a ideia da inconstitucionalidade da aplicação de encarceramento, mesmo sendo curto o período, aos militares.

Contudo, já se aventou que a circunstância da análise não é a ilegalidade do cárcere, mas houve a necessidade de se contextualizar, pois diversas são as teorias de uma possível ilegalidade da questão trazida. Mas na verdade, o que se nota é a não aplicabilidade de funções que a “pena” deve trazer, isto é: a ressocialização e não-reincidência. Parece que o sistema militar, tão somente se preocupa com a prevenção e repressão das transgressões.

Chega-se a esta conclusão, pois em pesquisa nas bases documentais (regulamentos disciplinares dos militares)<sup>34</sup> não se encontraram aplicações que visassem à ressocialização após o cumprimento da sanção disciplinar.

### 3.3. *RECOLHIMENTOS DISCIPLINARES POR ORDENS DISCIPLINARES E RECOLHIMENTO DO INDICIADO, PRISÃO COM PREVISÃO NO ART. 18 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR*

A título de conhecimento e exemplificação, trazem-se dois exemplos claros acerca das prisões administrativas, o primeiro se extraiu do artigo nº 26 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, veja-se:

#### CAPÍTULO VI

##### Do Recolhimento Disciplinar

Artigo 26 - O recolhimento de qualquer transgressor à prisão, sem nota de punição publicada em boletim, poderá ocorrer quando:

**I** - houver indício de autoria de infração penal e for necessário ao bom andamento das investigações para sua apuração;

**II** - for necessário para a preservação da ordem e da disciplina policial-militar, especialmente se o militar do Estado mostrar-se agressivo, embriagado ou sob ação de substância entorpecente.

---

<sup>34</sup> Foram pesquisados nos regulamentos disciplinares da Marinha do Brasil (DECRETO Nº 88.545, DE 26 DE JULHO DE 1983), do Exército Brasileiro (DECRETO Nº 4.346, DE 26 DE AGOSTO DE 2002), da Força Aérea Brasileira (DECRETO Nº 76.322, DE 22 DE SETEMBRO DE 1975) e da Polícia Militar do Estado de São Paulo (maior polícia do Brasil) (Lei Complementar 8932/2001) e não foram encontradas aplicações destinadas à ressocialização do encarcerado ou ao menos apontamentos sobre práticas que visam a não-reincidência do transgressor disciplinar.

§ 1º - São autoridades competentes para determinar o recolhimento disciplinar aquelas elencadas no artigo 31 deste Regulamento.

§ 2º - A condução do militar do Estado à autoridade competente para determinar o recolhimento somente poderá ser efetuada por superior hierárquico.

§ 3º - As decisões de aplicação do recolhimento disciplinar serão sempre fundamentadas e comunicadas ao Juiz Corregedor da polícia judiciária militar.

§ 4º - O militar do Estado preso nos termos deste **artigo poderá permanecer nessa situação pelo prazo máximo de 5 (cinco) dias.** (SÃO PAULO, 2001, grifo nosso).

Note que o recolhimento à prisão se permeia de requisitos tanto quanto genéricos, mas o que se quer apontar no caso em questão não é a “facilidade” de aplicar o cárcere é a omissão de uma “política” de ressocialização, isto mesmo, pensar que o transgressor até mesmo em caráter administrativo deve ter um supedâneo a fim de que não mais transgrida, isso sim é fomentar a não-reincidência de uma transgressão, pois como foi vista é curtíssima (5 dias no exemplo). Por isso, a preocupação do que possa acontecer após estes 5 (cinco) dias do militar encarcerado para “preservar as investigações” ou “preservar a disciplina militar”, uma vez que ele foi submetido aos efeitos nefastos do cárcere e pode sofrer um efeito rebote se não submetido à ressocialização devida.

Outra forma de encarceramento administrativo aplicada aos militares, porém com previsão em norma infraconstitucional tem como escopo art. 18 do Código de Processo Penal Militar, é o recolhimento/detenção do indiciado desta forma:

Detenção de indiciado

Art. 18. Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica. (BRASIL, 1969)

Objetivamente, o indiciado é o militar que está submetido ao inquérito policial-militar e contra ele se subsumiu indícios de autoria e materialidade de um crime militar, mas como até a literalidade já nos sugere, indiciado é aquele que se tem indícios (elementos de informação/provas) que fazem presumir ser o autor, por isso há notoriamente um confronto entre este artigo de lei e o que preconiza o Códex constitucional quando traz em seu artigo 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois aqui estamos tratando crime, deste modo, com a devida vênia, não se consegue enxergar qualquer respaldo para aplicação do artigo 18 do Código de Processo Penal Militar.

Ao contrário, as transgressões têm todo o arcabouço legal para aplicabilidade, mas ambas as sanções que remetem a restrição de liberdade não possuem

pelos seus aplicadores a devida preocupação com a ressocialização e a não-reincidência do militar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, este ensaio científico conseguiu apontar que não há penas de curta duração no Brasil, pois não são compatíveis a diversos princípios constitucionais, tais como o princípio do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.

Porém, em análise pragmática e específica relacionada aos militares estaduais e federais percebeu-se um modelo similar às penas de curta duração aplicadas em País de Gales e Egito. Tais penas, no ordenamento castrense brasileiro, são denominadas transgressões disciplinares e não cumprem alguns princípios constitucionais (presunção da inocência e contraditório), porém são plenamente legais, pois como foi apontado a própria Constituição Federal dá respaldo para sua aplicabilidade.

Acontece que o fato que mais causou desassossego na pesquisa científica, tanto nacional (militares/presos comuns) quanto internacional (sistema de penas de curta duração no mundo) é a falta de uma política de ressocialização e não-reincidência ao encarcerado. Parece-nos que o Estado esqueceu que uma função preponderante à aplicação da pena e disponibilizar mecanismos para que o delinquentes não volte a transgredir e tanto nos países que adotam as penas de curta duração quanto aos militares (modelo mais próximo no Brasil) não se notou esta preocupação.

Portanto, assevera-se que não há penas de curta duração no Brasil como em outros lugares do mundo, por exemplo País de Gales, pois há incompatibilidade com nossa legislação constitucional e que o modelo de aplicação de restrição de liberdade aos militares é similar ao aplicado neste país, porém não pode ser considerado uma pena curta duração, uma vez que é direcionada a um público diferente de todos os cidadãos, público este que detém o monopólio do uso da força letal do Estado e é regido pelos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina. Por fim, a crítica circundou-se em que mesmo não sendo uma pena de curta duração, as transgressões disciplinares que culminam em cárcere não se preocupam com a ressocialização do militar da mesma forma da aplicação em outros países do mundo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

aRIZA, Libardo José. **The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia.** In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia.** New York: Cambridge University Press, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Política Criminal Alternativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 25 nov 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969**. Dispõe sobre o processo penal militar do Brasil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1002.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm). Acesso em: 25 nov 2022.

BRASIL. **Decreto nº 88.545, de 26 de julho 1983**. Regulamento Disciplinar da Marinha do Brasil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1983/D88545.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1983/D88545.html). Acesso em: 30 jan 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002**. Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4346.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm). Acesso em: 30 jan 2022.

BRASIL. **Decreto nº 76.322, de 26 de setembro de 1975**. Regulamento Disciplinar da Força Aérea Brasileira. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/d76322.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d76322.htm). Acesso em: 25 nov 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em [https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#\\_ftn7](https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn7). Acesso em: 28 set 2022.

CLEMMER, Donald. **The prison community**.

CORREA, Rafael. **Serra contra o crime**. Revista Veja, ano 40, n. 20, mai. 2007, p.62-64.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019.

FRANCO, Diana Rodríguez; GARAVITO, César Rodríguez. **Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora RT, São Paulo: 2010.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O Estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional Colombiana. **Boletim Científico ESMMPU**, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MARTINS, Fernanda Rocha. **As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro: em busca de novas alternativas**. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2004. Disponível em <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/23820/Fernanda%20Rocha%20Martins.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 set 2022.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/publico/MarciadeFreitasOliveiraOprincipiodahumanidade.pdf>. Acesso em 27 set 2022.

PINHO, Marco Antônio de Oliveira. Das penas alternativas em face da ineficiência das privativas de liberdade. *In Revista “Prolegis”*. Disponível em <https://prolegis.com.br/das-penas-alternativas-em-face-da-inefici%C3%Aancia-das-privativas-de-liberdade/>. Acesso em 27/09/2022.

**POR QUE ASSÉDIO DE MÉDICO BRASILEIRO PRESO NO EGITO REVOLTOU ÁRABES**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57363146>. Acesso em: 28 set 2022.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das Penas de Curta Duração. Belo Horizonte: **Meritum** – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. *In Revista Meritum* – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Traduc-

ción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana por Diego-Manuel Luzón Pena et al. Barcelona/Madrid: Civitas, 1997.

SÃO PAULO. **Lei complementar do Estado de São Paulo 893/2001**. Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm). Acesso em: 25 nov 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 26 set 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 26 set 2022.

UK JUSTICE POLICY REVIEW. **Short but, not set: A Study of the impact of short custodial sentences on mothers e their children**. In Focus, Issue 6, p. 1.

# A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO<sup>1, 2</sup>

FRANZ VON LISZT

Se quisermos conhecer o sistema penal de um país, não basta examinar as disposições do código penal sobre as modalidades de pena disponíveis. Para o resultado desta análise, é imprescindível investigar a efetiva aplicação dos meios de punição previstos em lei. E sobre a aplicação das leis pelos tribunais podemos contar com as estatísticas criminais.

Quando, a seguir, eu me proponho a fornecer evidências numéricas do domínio quase exclusivo da pena privativa de liberdade de curta duração no sistema de justiça criminal alemão, com base nos números das estatísticas criminais do Império Alemão (*Reich*), preocupo-me com a mais ampla divulgação de um fato acessível a todos, e não com a apresentação de observações novas e independentes. Se o conhecimento de fatos criminais mais simples pudesse ser presumido nos círculos especializados, como seria de se esperar, eu poderia poupar a mim mesmo e aos meus leitores as seguintes explicações. Mas dificilmente alguém poderá me julgar por alimentar minhas modestas dúvidas.

Também gostaria de enfatizar expressamente que, nesta ocasião, não tenho a pretensão de levantar acusações contra ninguém, seja o legislador ou o juiz. Quando nosso Código Penal Imperial foi elaborado e debatido, havia uma demanda geral, expressa pelos líderes da comunidade científica, no sentido de eliminar ou pelo menos reduzir o patamar mínimo dos marcos penais e das classes de penas, bem como de ampliar ao máximo o escopo da livre discricionariedade judicial. O legislador seguiu a corrente vigente quando estabeleceu amplos marcos penais, em sua maioria, ilimitados para baixo, reduzindo a pena mínima de prisão e tomando emprestado as “circunstâncias atenuantes” do Direito francês.

---

1 Tradução e revisão, respectivamente, de João Victor Morais e Alexis Couto de Brito.

2 Este texto constitui o quinto ensaio do trabalho de 178 páginas intitulado “Tarefas Político-Criminais” (*Kriminalpolitische Aufgaben*), datado de 1889 e originalmente publicado pela editora Guttentag (Berlim), no ano de 1905, no primeiro volume da coleção “Estudos e Palestras Jurídico-Penais de Franz v. Liszt” (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Franz v. Liszt*), que reúne os trabalhos de von Liszt de 1875 a 1891. Esta coletânea foi republicada, de modo inalterado, em 1970, pela editora Walter de Gruyter (Berlim).

Naquela época, não havia tempo para pensamentos criativos ou análises críticas. Mas a tão lamentada e criticada leniência de nossos juízes criminais, pela relutância em ir além do mínimo, tem sua causa mais profunda no fato sublinhado acima, de que a tarefa da determinação da pena, tal como definida pela justiça “retributiva”, é e deve continuar sendo insolúvel. Como Aschrott enfatiza, a convecção da completa ineficácia de nossas onerosas penas privativas de liberdade pode ter influenciado as decisões dos tribunais criminais<sup>3</sup>.

Assim, deixemos os números falarem por si mesmos. Extraí a tabela abaixo do Volume V das Estatísticas Criminais do Império Alemão.

**Tabela VII**

**(De acordo com as Estatísticas Criminais do Império Alemão)**

*Proporção da frequência de aplicação das diferentes modalidades de pena<sup>4</sup>:*

De cada 100 condenados, foram sentenciados à:	1882	1883	1884	1885	1886
Pena de morte ( <i>Todesstrafe</i> )	0,03	0,03	0,02	0,02	0,02
Pena de reclusão em penitenciária ( <i>Zuchthausstrafe</i> )	4,07	3,74	3,48	3,36	3,22
Pena de prisão em presídio ( <i>Gefängnisstrafe</i> )	69,13	68	66,89	65,72	64,65
Detenção em fortaleza ( <i>Festungshaft</i> )	0,03	0,05	0,05	0,05	0,02
Prisão simples ( <i>Haft</i> )	0,44	0,44	0,42	0,37	0,37
Pena de multa ( <i>Geldstrafe</i> )	25,33	26,7	28,10	29,36	30,58
Reprimenda ( <i>Verweis</i> )	0,97	1,04	1,04	1,12	1,14

3 Ainda assim, não posso deixar de recordar duas declarações do então Ministro da Justiça, Dr. Leonhardt, que são tão conhecidas quanto pouco consideradas. Refiro-me ao decreto ministerial de 12 de janeiro de 1874 (*Justizministerialblatt*, p. 31), no qual o Ministro salienta que não é sem razão que a leniência injustificada na punição dos culpados é percebida como um perigo que ameaça toda a sociedade civil, e que não está de acordo com as intenções do Código Penal alemão, quando a determinação da pena parte do limite mínimo do marco penal, excedendo-o apenas quando houver razões especiais para aumentar a pena. Lembro-me também das palavras do Ministro na sessão do parlamento alemão (*Reichstag*) de 3 de setembro de 1875: “A questão de saber se o Código Penal alemão se provou eficaz não pode ser respondida afirmativamente de modo geral (...). Com confiança na tradição jurídica do povo, o legislador ousou estabelecer regulamentações que inevitavelmente acarretam a possibilidade de graves abusos. A possibilidade se tornou realidade (...). E o Código Penal alemão não provou ser uma lei que fornece a repressão necessária contra as ações puníveis ou, pelo menos, merecedoras de pena que surgiram nas direções relevantes”. (N. do Trad.): Paul Felix Aschrott (1856-1927), contemporâneo e conterrâneo de Liszt, foi o autor que melhor diagnosticou o problema da excessiva aplicação das penas de prisão de curta duração no Império Alemão, destacando duas razões principais: (i) o princípio da legitimidade (*Legitimitätsprinzip*), segundo o qual o promotor público é obrigado a processar todos os atos criminosos de que tiver conhecimento; e (ii) as limitações do Código Penal alemão (StGB) ao juiz na escolha da punição aplicável. Sobre isto: ASCHROTT, Paul Felix. *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen. Eine Kriminalpolitische Studie*. Hamburg: Verlagsanstalt und Druckerei Actien-Gesellschaft, 1889, p. 7 ss..

4 (N. do Trad.): o Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*) de 1871 previa quatro modalidades de penas privativas de liberdade, sendo, da mais grave para a mais branda: (i) pena de reclusão em penitenciária ou casa de disciplina, considerada infamante, com trabalho forçado; (ii) pena de prisão em presídio, não infamante, com trabalho forçado ou facultativo; (iii) Detenção em fortaleza, chamada de custódia honesta, sem trabalhos forçados; e (iv) detenção simples, pena mais branda, geralmente sem trabalho forçado. Segundo Beling, a Reclusão e a Detenção em fortaleza podem ser impostas em caráter perpétuo, o que não acontece com a prisão e a detenção simples, que tem tempo determinado. *Grundzüge des Strafrechts*, p. 29.

Porcentagem de condenados contra os quais é decretada a:					
Perda dos direitos civis	6,21	5,78	5,47	5,30	4,98
Admissibilidade da supervisão policial	2,50	2,21	2,16	2,16	1,90

A tabela mostra que as penas de prisão em presídio e multa, juntas, correspondem à cerca de 95% de todas as sentenças penais, enquanto todas as outras modalidades de pena equivalem apenas a cerca de 5%, sendo que as penas de reclusão em penitenciária representam entre 3% e 4%, e as penas de prisão em presídio, sozinhas, entre 64% e 70%. Vale notar também que, de 1882 a 1886, o uso das penas de reclusão em penitenciária e de prisão em presídio caíram de forma constante, enquanto a aplicação da pena de multa e reprimenda aumentou de forma igualmente constante. Ainda, a restrição de direitos civis e a admissão de supervisão policial também se tornaram mais raras, ano após ano.

O papel que a penitenciária (*Zuchthaus*) desempenha em nosso sistema de justiça criminal é, portanto, completamente secundário. Por este e outros motivos, deixarei essa modalidade de pena fora de consideração inicialmente, e apenas destacarei que as penas de até 5 anos representam cerca de 87%, e as de 5 anos ou mais, cerca de 13% de todas as penas de reclusão em penitenciária, e que a duração média da reclusão é de pouco mais de 2 anos e meio.

Por outro lado, gostaria de ficar um momento nas penas de prisão em presídio. Seu mínimo legal é conhecido por ser de um dia, e seu máximo de 5 anos. Portanto, sua média legal é de 2 anos e meio.

#### Tabela VIII

**A cada 100 condenados à prisão em presídio em 1886, foram sentenciados à pena:**

de 2 anos ou mais	0,97		
de 1 a 2 anos	3,03	20,09	4,00
de 3 meses a 1 ano	16,09		
de 1 a 3 meses	15,48		
de 8 dias a 1 mês	28,11	79,91	96,00
de 4 dias a 8 dias	16,84		
de menos de 4 dias	19,48		

Os números dos anos anteriores não mostram uma diferença significativa.

De 100 condenados à prisão em presídio, cerca de 80%, ou quatro quintos, foram sentenciados a uma pena privativa de liberdade inferior a 3 meses, e cerca de 20%, ou um quinto, a uma pena de liberdade de 3 meses ou mais. Note-se que todas as condenações que são precisamente de 3 meses, nem mais,

nem menos, já estão incluídas nesses 20%. Além disso, o número de casos em que houve sentenças de prisão em presídio de 3 meses ou mais é apenas um pouco menor do que o número de condenações a um, dois ou três dias de prisão. Em cerca de um quinto de todos os casos, a pena de prisão não chega a durar 4 dias; em mais de um terço de todos os casos, não chega a durar 8 dias. Apenas em 4 casos em 100 houve condenação de prisão em presídio de 1 ano ou mais, enquanto em 96 casos foi sentenciada prisão de menos de 1 ano. Portanto, não é surpreendente que a duração média real da pena de prisão seja de apenas 2 meses, ficando, assim, 2 anos e 4 meses abaixo da média legal.

A visão geral a seguir nos mostra o rigor dos tribunais na aplicação de penas de prisão em presídio para certos delitos.

**Tabela IX**

**A duração média das penas de prisão em presídio impostas em 1886 foi a seguinte:**

Infração Penal	Dias
Violência e ameaça contra funcionários públicos ( <i>Gewalt und Drohungen gegen Beamte</i> )	45
Invasão de propriedade ( <i>Hausfriedensbruch</i> )	13
Injúria ( <i>Beleidigung</i> )	18
Lesão corporal simples ( <i>einfacher Körperverletzung</i> )	25
Lesão corporal grave ( <i>gefährlicher Körperverletzung</i> )	75
Constrangimento ilegal ( <i>Nötigung</i> ) e ameaça ( <i>Bedrohung</i> )	24
Furto simples ( <i>einfachem Diebstahl</i> )	23
Apropriação indébita ( <i>Unterschlagung</i> )	32
Receptação ( <i>einfacher Hehlerei</i> )	39
Fraude ( <i>Betrug</i> )	48
Dano à propriedade ( <i>Sachbeschädigung</i> )	25

Essa visão geral daria margem a muitas observações. Ela mostra, antes de tudo, que os patamares máximo e mínimo dos marcos penais previstos na lei têm pouquíssima influência na pena que é efetivamente imposta. Por exemplo, a pena máxima de prisão para o dano à propriedade é de 2 anos e multa, enquanto o máximo para o furto, onde essa é a única pena imposta, é de 5 anos; a pena média real daquele, no entanto, é 2 dias mais longa do que a deste. No caso de apropriação indébita, que, pelos marcos penais, aparenta ser um delito mais leve do que o furto, a pena privativa de liberdade real é muito mais severa do que a do último. A fraude é punida com mais que o dobro da gravidade do furto, embora os marcos penais não ofereçam justificativas para tanto. No caso de lesão corporal

grave, a duração média da pena de prisão em presídio é de apenas 15 dias a mais do que o mínimo legal.

Examinemos mais de perto. De acordo com o § 242 do Código Penal alemão (StGB), o furto simples é punível com pena de prisão de 1 dia a 5 anos. De cada 100 condenados por furto simples em 1886 (os números dos anos anteriores variam pouco), quase 4 receberam reprimenda (*verweis*) e mais de um terço (35,62) foi sentenciado com pena de prisão de um, dois ou três dias; quase 90 receberam penas de prisão inferiores a 3 meses, e apenas 6 receberam penas de prisão de 3 meses a 1 ano. Nem sequer 1% de todos os condenados foi punido com prisão de 1 ano ou mais. Assim, a nossa jurisprudência reduziu a moldura penal do furto simples de 5 anos para 1 ano, no máximo, e a média de 30 meses foi reduzida para cerca de 3 semanas!

O mesmo fenômeno se repete em todos os outros delitos (*Vergehen*), bem como em grande parte dos crimes (*Verbrechen*)<sup>5</sup>. O Departamento de Justiça do Império Alemão apontou esse fato em todos os volumes das Estatísticas Criminais: sem nenhum sucesso. Os marcos penais previstos em nosso Código Penal Imperial estão no papel, e a jurisprudência criou outros para atender às suas necessidades. A pena privativa de liberdade, calculada em dias e semanas, domina todo o nosso sistema de justiça criminal.

E observe: nossos números são baseados exclusivamente nas Estatísticas Criminais do Império Alemão. Mas isto inclui apenas as condenações que foram proferidas por crimes ou delitos contra as leis do Império, ou seja, como vimos acima, apenas cerca de um quinto a um quarto de todas as sentenças penais proferidas pelos tribunais alemães. Restou sem consideração, em especial, todo o grande grupo de infrações, que naturalmente são punidas com as menores penas de multa ou de prisão. Assim, a pena de prisão simples (*Haft*) desempenha um papel completamente incidental nas Estatísticas Criminais do Império Alemão. Demonstramos, portanto, a predominância de penas privativas de liberdade de curta duração, sem levar em conta a mais importante e mais comum das penas de prisão de curta duração, a prisão simples.

Há também outra consideração. Na maioria dos casos, a pena de multa também conduz indiretamente a penas privativas de liberdade de curta duração por meio de uma conversão de penas<sup>6</sup>.

---

5 (N. do Trad.): o sistema penal alemão, diversamente do brasileiro, faz uma diferenciação qualitativa entre “crime” e “delito”, sendo o primeiro mais grave do que o segundo. No § 12, alíneas 1 e 2, do atual Código Penal alemão (StGB), há a seguinte previsão: “Crimes e delitos. (1) Crimes são atos ilícitos sobre os quais é cominada, no mínimo, uma pena privativa de liberdade de um ano ou mais. (2) Delitos são atos ilícitos sobre os quais é cominada, no mínimo, uma reduzida pena privativa de liberdade ou uma multa” (tradução livre).

6 (N. do Trad.): sobre a íntima relação entre a insolência da pena de multa e a conseqüente e automática imposição de penas de prisão de curta duração no Império Alemão, ver: ASCHROTT, Paul Felix. Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen. Eine Kriminal-

Com base nesses fatos, não acredito que alguém se atreva a contradizer-me se eu fizer a seguinte afirmação: *todo o nosso atual sistema de justiça criminal se baseia quase exclusivamente em penas privativas de liberdade de curta duração*. Disto decorre outra conclusão imediata: *se a pena privativa de liberdade de curta duração for inútil, então todo o nosso sistema de justiça criminal de hoje não vale nada*.

Que a pena de prisão de curta duração é, por si só, inútil, especialmente com a atual estrutura das pequenas prisões (*kleinen Gefängnisse*), é atualmente uma opinião comum entre os estudiosos. Ninguém esperaria que alguns dias ou semanas de prisão simples ou em presídio tivessem um efeito melhorador e duradouro sobre o condenado. No entanto, para tornar a pena privativa de liberdade de curta duração dissuasiva, seria necessário um arranjo completamente diferente para as nossas prisões de pequeno porte em relação ao que temos hoje e, acima de tudo, uma implementação rigorosa do trabalho obrigatório, que raramente está associada à pena de prisão alemã (e aqui também fica, na maioria das vezes, apenas no papel). Em nossas prisões de pequeno porte, encontramos hoje todos os defeitos que fizeram das antigas penitenciárias (*Zuchthäuser*) centros de vícios e escolas do crime: nesses espaços inadequados, ora superlotados, ora subutilizados, coabitam velhos e jovens reclusos, infratores experientes e tímidos iniciantes no caminho do crime, sem supervisão suficiente, às vezes sem emprego, sem educação e aconselhamento espiritual. A única disciplina séria e rígida das antigas penitenciárias está ausente. Para o criminoso habitual, a prisão não tem poder dissuasor; para o criminoso ocasional, especialmente a mulher que comete um crime pela primeira vez, ela é moralmente destrutiva. A pena privativa de liberdade de curta duração não é apenas inútil: ela prejudica o sistema jurídico de forma mais grave do que a completa impunidade dos criminosos seria capaz de causar<sup>7</sup>.

Este fato é conhecido há muito tempo, e não faltaram propostas para abolir ou, pelo menos, limitar as penas de prisão de curta duração na nossa legislação atual. No entanto, a legislação da maioria dos países, especialmente a do Império Alemão, permaneceu em sua antiga posição.

Portanto, infelizmente, não é totalmente supérfluo levantar algumas evidências da inutilidade das penas privativas de liberdade de curta duração. O número das evidências poderia facilmente ser aumentado. Mas não é a completude do material que busco. Basta, para mim, conseguir demonstrar a urgente neces-

---

politische Studie. Hamburg: Verlagsanstalt und Druckerei Actien-Gesellschaft, 1889, p. 34 ss..

7 (N. do Trad.): a respeito da inutilidade das penas privativas de liberdade de curta duração, von Liszt já tinha manifestado brevemente a sua posição crítica em 1882, no seu famoso "Programa de Marburgo", em conferência magistral realizada na universidade alemã de mesmo nome, o qual foi posteriormente publicado pela editora Guttentag (Berlim), em 1905, na mesma coletânea que se encontra o presente artigo, sob o título "A ideia de fim no Direito Penal" (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*): LISZT, Franz von. Der Zweckgedanke im Strafrecht. In: LISZT, Franz von. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Erster Band. Berlin: J. Guttentag, 1905, p. 126-179.

cidade de reestruturar a nossa legislação penal a partir das declarações de alguns especialistas competentes. Se meus leitores acharem que estou apenas repetindo o que já é conhecido há muito tempo, a crítica expressa provavelmente não será dirigida a mim. Enquanto a “cruzada contra a pena privativa de liberdade de curta duração” não tiver alcançado o seu objetivo, não é supérfluo começar a pregar a cruz.

Já em 1803, em seus “Fragmentos sobre Crimes e Castigos” (*Bruchstücken über Verbrechen und Strafen*), von Arnim disse as seguintes palavras<sup>8</sup>:

Agora os nossos centros de detenção e prisões penais nada mais são do que antros de tentação (*Verführungspepinieren*), como todo mundo sabe; e isso (deixá-los neste estado) não significa outra coisa senão querer fazer com que os criminosos se tornem ainda piores nas prisões, para depois tentar melhorá-los, até mesmo moralmente, em instituições de reabilitação.

Desde então, 86 anos se passaram. Mas essa palavra sobre os “antros de tentação” não envelheceu. Se quiséssemos citar essa frase sem nomear o autor, é provável que poderíamos facilmente atribuí-la a um diretor de prisão da atualidade.

Os círculos de profissionais penitenciários prussianos, particularmente, há muito estão cientes sobre a inutilidade das penas privativas de liberdade de curta duração e sobre o efeito desmoralizante das nossas prisões de pequeno porte. Essas vozes têm um valor especial para mim. Em relação a elas, muitas objeções e muitas críticas devem silenciar, o que geralmente não ocorre com o professor de Direito prussiano assim que este faz incursões críticas na sagrada terra da justiça penal.

Valentin, então diretor da prisão de Wartenberg, na Prússia Oriental, disse em 1869 (*Das Verbrechen im preußischen Staat*, p. 63 e ss.): “Ouve-se frequentemente que as penitenciárias nas quais o encarceramento coletivo é realizado são chamadas de “berçários do vício”. Sem querer negar completamente a justificação deste epíteto, posso, no entanto, afirmar que este nome é muito mais apropriado para as prisões judiciais (...). Creio poder afirmar que a maneira como a pena de prisão é executada representa um elemento novo e certamente não insignificante do estado de emergência, que desempenha um papel importante na formação e expansão da criminalidade habitual”.

Na mesma época, outro diretor penitenciário prussiano fez declarações ainda mais fortes. Leia a descrição que Krohne fez, em 1868, no seu memorando sobre “A organização do sistema prisional com especial referência às pequenas

---

8 (N. do Trad.): Embora não tenha dado detalhes desta referência, von Liszt se referiu à obra *Bruchstücke über Verbrechen und Strafen* (Fragmentos sobre Crimes e Castigos), do ex-ministro da justiça da Prússia e autor germânico Albrecht Heinrich von Arnim (1744-1805), publicada em Frankfurt e Leipzig, no ano de 1803, e republicada parcialmente em 2020, pela editora Walter de Gruyter (Berlim).

prisões para prisão preventiva e de curta duração” (*Die Organisation des Gefängniswesens mit besonderer Beziehung auf die kleinen Gefängnisse für Untersuchungs- und kurzzeitige Strafgefangene*) com a sua vivacidade lhe é característica:

Nestas prisões quase não há trabalho, no máximo há um pouco de descascar batatas para a cozinha, lavar para a casa e, na melhor das hipóteses, trabalhar na horta do guarda prisional, às vezes até levados com ele para seu campo, o que funciona bem até que, eventualmente, um prisioneiro fuja. No entanto, se os prisioneiros vão trabalhar como diaristas para os cidadãos da cidade, cortando lenha e fazendo trabalhos de jardinagem durante o dia, e retornam à noite para a prisão com tabaco, até mesmo aguardente que conseguiram por esmola ou roubo, e depois fumavam tabaco e jogavam cartas bebendo a aguardente em as salas comunais, onde está a linha que separa o castigo da farsa? (...). Estas são condições (...) incompatíveis com uma administração sensata da justiça e uma execução penal ordenada. Estas condições não ocorrem em casos isolados neste ou naquele país, elas são o padrão das pequenas prisões na Alemanha, como evidenciam amplamente as informações obtidas por D’Alinge, baseadas em inquéritos; elas também se encontram em prisões maiores que precisam ser reformadas. Elas são encontradas em estados grandes e pequenos, no norte e no sul, no leste e no oeste. De que adianta reformar as prisões maiores se as prisões menores abrem caminho para novos crimes e para as penitenciárias?

Compare isto com as declarações constantes das estatísticas das prisões do Ministério do Interior, nos anos de 1872 a 1874: elas provam que a opinião de Krohne é plenamente partilhada neste ponto. É o Ministério do Interior prussiano que subscreve o veredicto condenatório de Krohne!

Mas por acaso as coisas não mudaram e melhoraram desde a fundação do Império Alemão?

Refiro-me novamente a Krohne. Na obra: “Princípios para a construção e estabelecimento de prisões celulares (*Grundsätze für den Bau und die Einrichtung von Zellengefängnissen*): decisões da comissão designada na reunião da Associação dos Funcionários de Instituições Penitenciárias Alemãs, em Viena, em 20 de setembro de 1885, para elaborar essas condições normativas, 1885”, diz Krohne, na página 40<sup>9</sup>:

Em primeiro lugar, nas discussões preliminares, foram destacadas todas as reclamações de longa data, vindas das mais diversas fontes, sobre a execução inadequada das penas nas pequenas prisões. Foi salientado que não se podia falar em uma punição séria e impactante nas pequenas prisões, que, ao invés de dissuadir ou melhorar, muitas vezes educava para novos crimes; em vez de inspirar respeito pela lei penal ou pela justiça penal, diminuía sua importância aos olhos dos seus infratores, para não usar uma expressão mais forte. Argumentou-se que todas as melhorias nas grandes prisões, para as quais o criminoso condenado é enviado, são inúteis enquanto o aspirante a criminoso ainda cumpre a sua primeira e geralmente curta pena nas pequenas prisões. Por estas razões, o mais correto seria insistir na abolição das pequenas prisões, pelo menos como prisões penais, por todos os meios possíveis, pois, mesmo com uma reforma completa, apenas alguns dos problemas mais graves e ofensivos poderiam ser resolvidos, de modo que uma execução de pena sistemática e eficaz nelas nunca seria possível.

---

9 Veja também: KROHNE, Karl. *Lehrbuch der Gefängniskunde unter Berücksichtigung der Kriminalstatistik und Kriminalpolitik*, Stuttgart, 1889, especialmente o § 44.

O livro de von Arnim foi o último trabalho alemão sobre política-criminal. Havia chegado o momento em que a filosofia especulativa competia com a escola histórica pelo domínio em todos os campos das ciências humanas. O Direito Penal foi vítima da metafísica e nela permaneceu viciado mesmo depois de seu domínio ter sido rompido em quase todos os outros lugares. Ainda hoje, nós, penalistas, temos a filosofia hegeliana enraizada em cada parte de nós. Ao lado da especulação, emergiu com grande esforço uma tendência dogmático-positiva, baseada no Direito do Império Alemão. Devemos a ela a precisa formação de conceitos e o desenvolvimento de doutrinas gerais. Mas a ciência alemã não tinha ânimo para a política-criminal. Ela deixou, tranquilamente, que os amigos humanitários, sozinhos, agissem na melhoria do sistema prisional.

Se hoje a luta contra as penas privativas de liberdade de curta duração se intensificou de forma generalizada, devemos isso, por um lado, às sugestões dos escritores franceses e, por outro lado, ao descontentamento dos nossos profissionais alemães.

Entre os franceses, Bonneville de Marsangy tem mérito especial por sua luta contínua contra a pena de prisão de curta duração. Em sua grande e significativa obra sobre política-criminal: “Da melhoria da lei criminal, visando a uma justiça mais rápida, eficaz, generosa e moralizadora” (*De l'amélioration de la loi criminelle, en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*), de 1864, encontramos quase todas as medidas para restringir a pena privativa de liberdade de curta duração aqui discutidas, que ainda hoje são objeto de nossas discussões: liberdade condicional, fiança de paz, trabalho penal sem encarceramento, reprimenda judicial, modificação da multa, etc. Até hoje, Bonneville de Marsangy não se cansou de apresentar suas propostas em palavra e escrita (ver *Bulletin de la société générale des prisons*, nº 311).

Bonneville de Marsangy exerceu uma grande e duradoura influência sobre von Holtzendorff. Já em 1864, este último discutiu detalhadamente e com forte aprovação as propostas de Bonneville de Marsangy em sua Revista de Direito Penal Alemão Geral (*Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung*, IV, p. 642). Desde então, von Holtzendorff defendeu, mais incansavelmente do que qualquer outro, e até o fim de sua vida, as demandas de uma política-criminal sensata, mas moderada, combatendo o abuso das penas privativas de liberdade de curta duração e o uso excessivo do confinamento em celas, bem como apresentando propostas para a melhoria da legislação penal. Seus últimos anos de vida resultaram na pequena dissertação no Tribunal XXXIX: “Os Rumos da Execução Penal e o Estado Atual das Teorias” (*Die Richtungen des Strafvollzugs und der gegenwärtige Stand der sachverständigen Meinungen*), assim como as notáveis observações do “Manual do Sistema Prisional” (*Handbuch des Gefängniswesens*, I, p. 432).

O duradouro mérito de von Holtzendorff reside em suas propostas e esforços político-criminais; isso não é diminuído pelo fato de que a filosofia escolástica ortodoxa os interpretou como aberrações e os considerou contra ele.

Entre os profissionais alemães, Illing se destaca como uma voz destemida nas discussões. Ele não se deixou abater ao apontar tanto a frequência quanto a nocividade das penas privativas de liberdade de curta duração, em todas as oportunidades! Nos seus comentários sobre as estatísticas das instituições do Ministério do Interior, ele abordou repetidamente esta questão, baseando suas reivindicações em uma série de números irrefutáveis. Nas reuniões da Associação dos Agentes Penitenciários Alemães, ele levantou a voz para enfatizar não só a leniência do nosso código, mas também a leniência ainda maior dos nossos tribunais em relação à criminalidade, que aparece para a sociedade, isto é, para os não-criminosos, como uma severidade deplorável. No seu tratado sobre “Os Números da Criminalidade na Prússia durante 1854-1884” (*Zeitschrift des Königlich preussischen statistischen Bureaus*, 1885, p. 73), ele reuniu novos fatos e compilou os antigos, a fim de comprovar que as penas de curta duração e a forma como elas são executadas são, ambos, dois males que promovem principalmente o aumento dos delitos e da reincidência.

E Illing, resalto, não julga a partir de uma mesa verde (*grüner Tisch*<sup>10</sup>), como nós, “professores”, somos acusados de fazer, mas sim a partir da abundante experiência que ele adquiriu e testou, de novo e de novo, ao longo de anos de atuação.

Mas muitos outros nomes poderiam ser mencionados. Medem<sup>11</sup> e Mittelstädt<sup>12</sup>, Strosser<sup>13</sup> e Sichart<sup>14</sup>, Schmölder<sup>15</sup> e Fulda<sup>16</sup>, Aschrott<sup>17</sup> e Köhne<sup>18</sup>, os teóricos Sontag<sup>19</sup> e Lammasch<sup>20</sup>, o psicoterapeuta Kraepelin<sup>21</sup> – não importa o

---

10 (N. do Trad.): Esta expressão, “mesa verde” (*grüner Tisch*), é utilizada na língua alemã de forma figurativa para se referir a decisões ou julgamentos que são tomados com pouca ligação com a realidade ou prática, muitas vezes em ambientes burocráticos (v.g. escritórios, salas de reunião, comitês), sem levar em consideração as circunstâncias individuais ou humanas.

11 MEDEM, Rudolf. Über Strafzumessung und Strafmaß, Gerichtssaal XXVI, 590, 1874. *Idem*, Entwurf eines Gesetzes betreffend den Vollzug der Freiheitsstrafen, Z. VII, 135, 1886; *Idem*, Das Problem der Strafzumessung, Gerichtssaal XL, 161.

12 MITTELSTÄDT, Otto. Gegen die Freiheitsstrafen; *Idem*, Für und wider die Freiheitsstrafen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), II, 1882, p. 419.

13 STROSSER, Karl. Blätter für Gefängniskunde, XXI, p. 145.

14 SICHART, Ernst. Die Rückfälligkeit der Verbrecher, 1881, p. 42 e 71.

15 SCHMÖLDER, Robert. Die Strafen des deutschen St.G.B. und deren Vollzug, 1885. Die Freiheitsstrafen und die Besserungstheorie, Preussische Jahrbücher, LVI, 1889, n. 456.

16 FULDA, Karl. Die Gefängnisverbesserung und der Strafvollzug im Deutschen Reich, Marburg, 1880. Das Verbrechertum. Drei Vorträge, 1883.

17 ASCHROTT, Paul Félix. Zur Reform des deutschen Strafen und Gefängniswesens, I X 1.

18 KÖHNE, Paul. Zur Reform der deutschen Strafvollstreckung, Deutsches Wochenblatt, 25. April 1888.

19 SONTAG, Richard. Beiträge zur Lehre von der Strafe, . II 515, 1881.

20 LAMMASCH, Heinrich. Über Zwecke und Mittel der Strafe, . I X 449.

21 KRAEPELIN, Emil. Abschaffung des Strafmaßes, Stuttgart, 1880.

quanto eles diverjam entre si em suas particulares e positivas propostas, eles ainda concordam sobre a necessidade de uma transformação profunda do nosso atual sistema de justiça criminal, que se caracteriza pela utilização quase exclusiva de penas privativas de liberdade de curta duração; eles estão unidos na convicção de que a prisão de curta duração é mais prejudicial do que a completa impunidade do crime, que mantemos escolas do crime nas nossas pequenas prisões às custas do Estado, e que uma das principais causas da reincidência se encontra no nosso próprio sistema penal.

*Uma pena, da qual o crime exige: esse é o último e mais maduro fruto da “justiça retributiva”!*

E quantos tratados e ensaios em jornais e revistas, quantos discursos em órgãos representativos e reuniões de associações poderiam ser acrescentados, se fosse necessário não apenas dar uma impressão do cenário, mas fornecer o material completo!

Até mesmo Heinze escreveu a duvidosa declaração no álbum do Congresso Penitenciário de Roma, em 1885: “A pena privativa de liberdade sob a forma de confinamento está longe de ser uma medida que corresponda plenamente à natureza da pena; sua manutenção só se justifica pela falta de um meio de punição adequado”.

Parece quase supérfluo apontar que o mesmo fenômeno também pode ser observado fora da Alemanha: o recurso quase exclusivo à pena privativa de liberdade de curta duração, os seus efeitos nocivos, a crescente repulsa contra este meio inadequado de punição, e os esforços emergentes, mas ainda incertos, para substituí-la por algo diferente.

Consiste também aqui o meu objetivo em destacar, assim como no caso do Império Alemão, alguns escritores ao acaso. A coleta de material não está dentro da minha tarefa nem da minha intenção.

Começemos pela França.

O estado das penas pequenas francesas pode ser considerado como um dado conhecido. Não ficaremos surpresos ao encontrar a drástica declaração de Lacassagne no álbum acima mencionado: “Nos dias de hoje, a justiça se enfraquece, a prisão se corrompe e as sociedades recebem os criminosos que merecem”.

E no mesmo álbum, A. Ribot escreve:

Na minha opinião, não há nada mais bárbaro do que o abuso de penas de prisão em presídio nos casos de delitos menores. Sou da opinião que o juiz deve ter competência para substituir a pena de prisão por alguns dias de trabalho ou, dependendo da natureza das circunstâncias, por uma simples reprimenda. No futuro, as pessoas ficarão surpreendidas com o fato de que uma reforma tão simples e necessária possa ser objeto de tão longa discussão.

Nos “Arquivos de Antropologia Criminal” (*Archives de L’anthropologie criminelle*, III, p. 555), de Garraud e Lacassagne, Emile Gautier comenta as leis francesas com base em seus próprios pontos de vista:

Na verdade, a prisão, da forma como está organizada, é uma verdadeira fossa que se espalha por toda a sociedade, um fluxo contínuo de purulência e de germes de contágio fisiológico e moral. Ela envenena, estupidifica, deprime e corrompe. É uma fábrica de tuberculosos, de loucos e de criminosos”.

E no mesmo espírito, embora menos drástico, diz Fernand Desportes, em “A Reforma Penitenciária na Suécia” (*La réforme pénitentiaire en Suède*, 1882, p. 20)<sup>22</sup>:

As prisões pequenas são, em geral, o terreno fértil para as cadeias centrais. Os criminosos dão seus primeiros passos ali; consolidam seus planos malignos; formam relações de culpa; adquirem experiência funesta; tendo entrado nesses estabelecimentos por algum delito menor, muitas vezes saem capazes de cometer os maiores crimes.

O autor enfatiza (p. 15) o fato de que o legislador sueco, em geral, não permitiu a pena privativa de liberdade de curta duração e condenações repetidas: “ele compreende os efeitos deploráveis, efeitos que, em nosso país, todos os criminalistas sinalizam e lamentam, enquanto os tribunais parecem empenhados em multiplicar sua causa”.

Na Itália, os seguidores das várias escolas de pensamento concordam com a repressão à pena privativa de liberdade de curta duração. Lucchini, Beltrani-Scalia, Lombroso, Ferri, Garofalo, Alimena expressam o mesmo julgamento.

Mas não será este fracasso da pena de prisão de curta duração apenas devido às más instalações das pequenas prisões? Não estarão talvez certos os defensores inabaláveis do sistema celular quando esperam que a implementação rigorosa do confinamento solitário elimine todos os abusos?

Não nego que o isolamento em celas possa evitar quase que completamente a contaminação mútua dos reclusos. Mas isso é tudo que admito. O isolamento em celas medido em dias ou mesmo semanas, com trabalho, comida e sem castigos físicos, não tem efeito dissuasor sobre naturezas depravadas ou degeneradas. E certamente não haverá qualquer melhora em duas semanas.

Penso que também posso afirmar que a plena implementação do isolamento em celas nas penas pequenas da França, da Alemanha, e de outros locais demorará muito tempo; e, pessoalmente, sou da firme opinião de que podemos utilizar melhor o dinheiro necessário para isso.

---

22 Veja também, entre muitos outros, Labroquère, *Bulletin* XI I 56. A leniência dos tribunais franceses é demonstrada pelas tabelas de estatísticas criminais e tem sido repetidamente criticada, mas em vão, pelos Guardiões do Grande Selo.

No entanto, mesmo que conseguíssemos mobilizar os milhões necessários, nada seria ganho, pois o problema fundamental da pena de prisão de curta duração não está na forma de sua execução, mas precisamente em sua brevidade, como nos mostra um olhar para o país modelo das prisões celulares.

Na Bélgica, Prins destacou repetidamente, com duras críticas, a predominância de penas de prisão de curta duração. Assim, em seu livro “Criminalidade e repressão” (*Criminalité et répression*), 1886, especialmente na página 91 e seguintes, e em um tratado impresso em 1888 pela Revista da Bélgica (*Revue de Belgique*) sobre a Lei de 3 de maio de 1888, “Lei sobre liberdade condicional e condenações condicionais” (*Loi sur la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles*), em particular na página 10 e seguintes: “Esses números”, diz ele na primeira passagem, “parecem testemunhar, acima de tudo, a leniência do juiz. Eles são, na realidade, a prova do formidável abuso que, entre nós, como na França, é feito das pequenas penas”.

O Ministro da Justiça belga, Le Jeune, assumiu a mesma posição na sessão da Câmara dos Deputados de 9 de maio de 1888 com as palavras: “Acho que podemos dizer, sem medo de contradição, que, hoje, a ineficácia absoluta do encarceramento, quando se dá apenas por um curto período, foi demonstrada de forma conclusiva”.

E mais algumas vozes de outro país, cujas instituições também nos foram recomendadas muitas vezes como modelos, da Inglaterra, onde a “penologia”, seguindo os modelos mais experimentados e testados, encontrou até hoje numerosos e experientes representantes.

Já em 1872, a *Howard Association* descreveu a recorrência de penas curtas de prisão em seu memorando apresentado ao “Congresso Penitenciário de Londres: defeitos na administração da justiça criminal” como um prejuízo dispendioso para os contribuintes e para o público em geral.

E recentemente, Tallack, o veterano e incansável secretário da *Howard Association*, deixou muito clara a sua convicção de que a eficácia do encarceramento tem sido amplamente superestimada. De seu livro altamente notável, “Princípios Penológicos e Preventivos” (*Penological and preventive principles*), Londres, 1889, poderia ser citada toda uma série de declarações que cabem aqui. Assim lemos na página 51: “há uma impressão crescente, entre observadores experientes, de que a eficácia até mesmo dos melhores sistemas prisionais tem sido, ao longo de todo o tempo, excessivamente superestimada, e que as suas desvantagens, tanto para o Estado como para o criminoso, têm sido perdidas de vista”. E, na página 391, ele resume sua opinião nas palavras:

O progresso neste departamento será efetivamente promovido, como foi instado aqui, por mais recursos para os substitutos judicialmente administrados para a prisão, incluindo liberdade

condicional ou *probation*, sentenças de responsabilidade para detenção, mas não necessariamente envolvendo essa imposição; multas e castigos corporais moderados, como alternativas misericordiosas e econômicas, em vez de encarceramento prolongado. Nestas questões, o presente escritor uniu-se às opiniões aprovadas por uma proporção crescente de penologistas.

A importância da questão de saber se, em que condições e de que forma a pena privativa de liberdade de curta duração pode ser abolida ou limitada é enfatizada hoje especialmente por aqueles que estão mais familiarizados com o estado atual do sistema prisional e dedicaram uma atenção especial para melhorá-lo.

Já no primeiro Congresso Penitenciário Internacional em Londres, em 1872, a questão era: É possível substituir as prisões de curta duração e o não pagamento de multas pelo trabalho forçado sem privação de liberdade?

Isto foi objeto de consulta detalhada (Relatório, p. 155).

Graf Foresta respondeu afirmativamente e recebeu aplausos animados da assembleia. Tallack, Collins, John Bowring, v. Holtzendorff apoiaram a proposta de Graf Foresta, enquanto Stevens e Mackay a declararam impraticável. Nenhuma resolução foi aprovada.

No terceiro Congresso Penitenciário Internacional em Roma, em 1885, o assunto foi novamente discutido. A segunda questão da primeira seção era a seguinte: Não seria útil substituir, para determinados delitos, as penas de prisão ou detenção por alguma outra pena restritiva da liberdade, como o trabalho em algum estabelecimento público sem detenção ou a interdição temporária de um determinado lugar; ou, no caso de um primeiro delito menor, por uma advertência? (*Vergl. Comptes rendus*, I, 179, II, 417).

Mais uma vez, a ideia de criar substitutos para a pena privativa de liberdade de curta duração, defendida por Teichmann, Nocito e muitos outros, foi calorosamente acolhida pelas partes nobres. Mas não foi possível chegar a um acordo sobre como implementá-los, na prática, e a discussão terminou sem que se chegasse a uma decisão específica.

A questão foi repetida nas deliberações do quarto congresso, que se reuniu em Petersburgo, no verão de 1890, mas agora na seguinte versão: Para que tipo de infrações à lei penal, em que condições e em que medida seria apropriado incluir na legislação:

a) O sistema de admoestações ou advertências dirigidas pelo juiz ao autor dos fatos reprovados, e servem como substituto de qualquer condenação?

b) O modo de suspensão de uma pena, seja de multa, seja de prisão ou qualquer outra que o juiz pronuncie, mas que ele declare não deve ser aplicada ao culpado, enquanto este não incorrer em uma nova condenação?"

Opiniões de especialistas sobre a questão foram solicitadas a Wulfert, em Moscou, Dreifus, em Paris, von Kirchenheim, em Heidelberg, bem como ao autor destas linhas.

Na primeira reunião da “Associação Internacional de Criminalistas” (*Internationalen kriminalistischen Vereinigung*), a ser realizada em Bruxelas nos dias 7 e 8 de agosto deste ano, a segunda das questões submetidas à discussão (a primeira diz respeito à condenação condicional da lei belga discutida abaixo) foi a seguinte: Que medidas podem ser recomendadas ao legislador para limitar o uso da prisão para condenações por delitos menores?

Os relatórios apresentados por Garofalo e por mim sobre esta questão estão publicados na primeira edição do “Notificações da Associação Criminalista Internacional” (*Mitteilungen- der Internationalen kriminalistischen Vereinigung*): suplemento do último número do “Jornal”.

Não faltarão, portanto, discussões aprofundadas e variadas sobre substitutos para penas de prisão de curta duração nos próximos anos.

As duas seções seguintes destinam-se a estimular e encorajar a discussão, e não a impedi-la. Gostaria, primeiro, de resumir o material que tenho disponível na literatura e na legislação, mas depois pretendo apresentar e justificar a minha própria opinião. Esta minha visão só pode ser preliminar, não final. Sempre poderei seguir melhores instruções com alegria e gratidão.

# PENAS DE CURTA DURAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOB O PONTO DE VISTA DO SÍMBOLO E DA LINGUAGEM

ALEXIS COUTO DE BRITO<sup>1</sup>  
GUILHERME ROCHA MUNIN<sup>2</sup>  
ITAMAR PRUDÊNCIO<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

Em 30 de maio de 2021, ainda durante o contexto de um período crítico da pandemia do Coronavírus, foi preso no Egito um médico brasileiro conhecido nas redes sociais por defender o tratamento precoce contra a Covid-19. O motivo da prisão, contudo, foi uma publicação de outra natureza em seu perfil do *Instagram*, na qual se dirigia em português a uma vendedora muçulmana. Na oportunidade, aproveitando-se que a vítima não entendia o idioma, o médico passou a fazer colocações jocosas de cunho sexual à mulher egípcia, de modo profundamente desrespeitoso<sup>4</sup>.

A publicação gerou uma grande quantidade de reações indignadas nas redes sociais, juntamente com um clamor por punição. Foram alertadas as autoridades egípcias acerca do ocorrido e a Justiça do país determinou a prisão do brasileiro, por seis dias, antes da conclusão de qualquer procedimento investigatório.

- 
- 1 Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo - USP. É pós-doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal) e pela Universidad de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-graduado em Direito pela Universidade Castilla-La Mancha de Toledo (Espanha). Foi pesquisador convidado do Instituto de Filosofia do Direito da Universidade de Munique (Alemanha). É professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Graduação, Pós-Graduação) e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado). Chefe do Núcleo de Processo penal da Faculdade de direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador Líder do grupo de Pesquisas Cnpq Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD). Faz parte do Conselho Editorial da Revista *Opinión Jurídica* (Colômbia), *Revista Penal* (Espanha), dentre outras. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: dogmática penal, direito penal econômico, política criminal e cidadania e execução penal. Obras mais importantes: *Direito Penal - Parte Geral* (em coautoria) pela Editora Tirant lo Blanch; *Execução Penal*, pela editora Saraiva; *Processo Penal Brasileiro* (em coautoria) e *Imputação Objetiva, Crimes de Perigo e Direito Penal Brasileiro* pela editora Atlas; *Direito Penal - Aspectos Jurídicos controversos*, pela editora Quartier Latin.
  - 2 Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP). Membro integrante do grupo de estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD). Consultor Legislativo na Câmara Municipal de Guarulhos. Advogado.
  - 3 Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP). Membro integrante do grupo de estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD). Advogado.
  - 4 Foram publicadas diversas reportagens sobre o evento nos veículos de imprensa do Brasil. A título de exemplo, as seguintes se encontram disponíveis nos portais da **Isto É**, do **Yahoo** e da **Carta Capital**: <<https://www.istoedinheiro.com.br/medico-detido-no-egito-volta-ao-brasil-pede-desculpas-e-critica-reacao-das-redes/>>; <<https://br.noticias.yahoo.com/medico-bolsonarista-presno-no-egito-por-assedio-sexual-pede-desculpas-e-uma-brincadeira-brasileira-164232141.html>>; <<https://www.cartacapital.com.br/cartaexpressa/medico-bolsonarista-e-presno-no-egito-por-assediado-vendedora-muculmana/>>.

O caso relatado e a imediata punição do médico retomaram uma questão já debatida por diversas vezes no cenário jurídico brasileiro, qual seja, a da aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração, anteriores à condução do processo penal. Note-se que não se trata de discutir as prisões processuais que já estão disciplinadas no ordenamento jurídico pátrio, como a prisão em flagrante, a preventiva ou a temporária, mas a própria aplicação imediata de penas curtas de reclusão ou detenção, sem a substituição por penas restritivas de direito.

À primeira vista, a proposta parece atender a um sentimento geral de justiça, em rechaço a uma possível impunidade diante da morosidade das investigações e da fase processual penal. Ocorre que, diante de fatos que geram demasiada repercussão midiática, há um elevado risco de surgirem propostas penais de emergência que, em uma análise mais aprofundada, revelam-se nada mais que artifícios de linguagem ou meramente simbólicos, sem uma proteção efetiva ao bem jurídico que se pretende tutelar.

Nesse sentido, há diversos enfoques pelos quais é possível abordar o tema em questão, seja pelo prisma da Dogmática Penal, do Direito Processual Penal, ou da Criminologia. O presente artigo pretende priorizar o olhar criminológico para a abordagem do tema, objetivando-se explorar as razões pelas quais é relevante se estudar a simbologia e a linguagem que estaria por detrás desse tipo de proposta.

Para tanto, os autores deste artigo desenvolveram uma pesquisa de caráter qualitativo<sup>5</sup>. Adotando uma metodologia bibliográfica e indutiva, buscou-se compreender inicialmente até que ponto há influência da simbologia e da linguagem na construção das propostas penais e processuais penais, para então analisar tais características especificamente na proposta das penas de curta duração.

## **1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA DAS PENAS DE CURTA DURAÇÃO**

como sabido, o tema central deste trabalho se extrai do contexto da prisão efetuada pela Justiça egípcia, de um cidadão brasileiro. Segundo diversos veículos de imprensa nacional, recaiu sobre ele a acusação da prática do crime de assédio verbal. No entanto, o que chama a atenção é a medida que foi adotada pelas autoridades: a aplicação de uma pena privativa de liberdade, por seis dias, antes da conclusão de um processo investigatório ou mesmo do início de um processo penal.

---

5 MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110.

Presente a expressão “pena de curta duração” tanto no título desta obra como no texto, esclarece-se que, até o presente momento, não existe para ela definição conceitual consolidada. Trata-se de ideia controversa, tanto porque não possui correspondente na legislação pátria, quanto porque não encontra consenso internacionalmente.

De acordo com o relatório<sup>6</sup> geral do segundo Congresso das Nações Unidas para a prevenção de crime e tratamento de infratores “a definição de pena de curta, de acordo com sua máxima duração, raramente é fornecida pela lei”. O Código Penal indiano estabelece a duração máxima de seis meses de cumprimento de pena, para os casos de delitos menos graves. Israel, por exemplo, segue a lógica indiana e prevê, como regra geral, apenas a pena máxima aplicada à prática de determinados delitos. Segundo o relatório, ainda, uma típica penalidade de curta duração é a detenção prevista no Código Penal alemão, que estabelece uma duração máxima de seis semanas, ou em casos excepcionais a duração de três meses.

Analisando a prática processual egípcia<sup>7</sup>, em específico, revela-se uma prática cíclica de prisões arbitrárias, por meio da utilização das penas de curta duração. O órgão de acusação pode ordenar a detenção do suspeito por até quatro dias, podendo esse período ser estendido, para fins de investigação. E não há a obrigatoriedade de que os resultados da investigação sejam divulgados. E é exatamente o que os promotores fazem, na maioria dos casos: renovam o período de prisão, sem apresentar acusação formal ou provas da prática do delito. Somente após cinco meses o detido tem direito a uma audiência com um magistrado.

Sopesando a realidade da Inglaterra e do País de Gales, embora possua esta um diferente contexto, já que se trata de prisão de curta duração no âmbito da garantia de um devido processo legal, as críticas não deixam de existir. O “White Paper”<sup>8</sup> do governo em matéria de fixação de pena concluiu que as penas de curta duração oferecem apenas um alívio temporário pelo comportamento ofensivo e na melhor das hipóteses fornecem uma proteção pública limitada, já que grande parte dos infratores continuam praticando violações após a liberação.<sup>9</sup>

Não existe na doutrina um consenso sobre o que seriam as penas de curta duração. Enquanto parte dos autores entendem ser as penas privativas de liberda-

---

6 Nações Unidas. Second United Nations Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders. **Short-term Imprisonment**. Londres. 20 de ago. de 1960. Disponível em < [https://www.unodc.org/documents/congress//Previous\\_Congresses/2nd\\_Congress\\_1960/015\\_ACONF.17.5\\_Short-Term\\_Imprisonment.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/2nd_Congress_1960/015_ACONF.17.5_Short-Term_Imprisonment.pdf) >. Acesso em: 01 de dez. de 2022.

7 Não para tomá-la como parâmetro de comparação ou exemplo a ser rejeitado ou seguido, mas para se extrair, dos contornos fáticos, a lógica contida nessa espécie de prisão pré-processual.

8 Documento elaborado pelo Ministério da Justiça inglês no mês de setembro do ano de 2020. Trata-se de documento oficial que serve como informe ou guia sobre determinado problema e como enfrentá-lo.

9 Ministério da Justiça. Policy paper: A Smart Approach to sentencing. 16 de set. de 2020. Disponível em < [www.gov.uk/official-documents](http://www.gov.uk/official-documents) >. Acesso em: 02 de set. de 2022.

de não excedentes a três meses, outra parte considera o limite de seis meses para tal classificação<sup>10</sup>.

No entanto, para o fim do presente artigo, é possível considerar que a proposta da aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração consiste em se ordenar o cumprimento imediato das penas de reclusão ou detenção, arbitradas em uma quantidade reduzida de dias, antes mesmo de se encerrar a fase processual e sem a substituição por penas restritivas de direito, com o intuito de se satisfazer a reprovação social em relação à conduta do agente e proporcionar uma punição célere.

À primeira vista, é possível considerar que a valorização desse tipo de pena segue uma tendência de prestígio a penas privativas de liberdade mais curtas, mais racionais e humanas, tanto em razão de uma desconfiança geral no modelo punitivo dominante, quanto em respeito ao princípio da humanização das penas<sup>11</sup>, previsto no art. 5º, incisos XLVII, XLIX e L da Constituição da República<sup>12</sup>.

Essa tendência se intensificou principalmente após as décadas de 1970 e 1980, quando passou a ser cada vez mais questionada a eficácia reeducativa da execução penal. Até então, as penas privativas de liberdade de curta duração estiveram desacreditadas de modo geral, pois seriam demasiadamente breves e incapazes de possibilitar uma influência ressocializadora, dentro dessa ótica<sup>13</sup>.

Todavia, ainda que prevaleça o ceticismo quanto a um possível caráter ressocializador da pena, as penas de curta duração somente seriam efetivas se houvesse uma reforma no Código Penal que aumentasse os prazos prescricionais existentes, pois prazos prescricionais curtos são fatores impeditivos da implementação de uma política criminal de redução da duração de penas privativas de liberdade<sup>14</sup>.

---

10 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 85.

11 VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição**: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. p. 113.

12 “Art. 5º (...) XLVII - não haverá penas:  
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;  
b) de caráter perpétuo;  
c) de trabalhos forçados;  
d) de banimento;  
e) cruéis;  
(...)”

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;”

13 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 86.

14 VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição**: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da

Somam-se a esses problemas outros relacionados às mazelas de todas as penas de prisão, de qualquer duração, como os custos econômicos elevados dessa forma de execução penal, o estigma social produzido pelo encarceramento e o fato de as penas inserirem o criminoso ocasional em um ambiente corruptor, em contato com criminosos habituais<sup>15</sup>.

Diante desse cenário, ainda que as penas curtas gerem uma quantidade menor de sofrimento e um menor estigma em comparação às de longa duração, causando menos lesões psicológicas e sociais ao indivíduo a elas submetido<sup>16</sup>, o movimento político-criminal passou a priorizar a substituição das penas privativas de liberdade por medidas alternativas<sup>17</sup> não prisionais.

Em realidade, é possível entender que as mazelas identificadas nas penas privativas de liberdade são intrínsecas a esse tipo de modalidade de sanção, seja qual for a duração. Ocorre que, quanto mais longas as penas forem, com mais intensidade esses problemas vão se manifestar. Considera-se, portanto, que qualquer análise acerca da legitimidade simbólica desse tipo de pena deve, necessariamente, passar pela abordagem não só das penas privativas de liberdade de curta ou longa duração, mas do próprio papel do Direito Penal.

## 2. SÍMBOLO E DIREITO PENAL

### 2.1. *BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SÍMBOLO*

A fim de relacionar o tema das penas de curta duração com o direito penal simbólico e a linguagem, cumpre inicialmente discorrer de forma sucinta sobre o conceito de símbolo e sua importância para o entendimento da proposta de aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração e suas implicações.

A respeito do tema do símbolo, é inescapável a definição de Carl Gustav Jung, segundo a qual o que chamamos de símbolo é “um termo, um nome ou mesmo uma imagem que nos pode ser familiar na vida cotidiana, embora possuía conotações especiais além do seu significado evidente e convencional”, havendo também uma faceta vaga, desconhecida ou oculta. Ao utilizar a palavra escrita ou falada para expressar o que deseja comunicar, o ser humano faz uso

---

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. p. 114.

15 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. *Revista Meritum* – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 86-87.

16 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. *Revista Meritum* – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 102.

17 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. *Revista Meritum* – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 87.

de uma linguagem repleta de símbolos e de sinais ou imagens não estritamente descritivos<sup>18</sup>.

Assim, uma palavra ou imagem é simbólica quando implica alguma coisa além do seu significado manifesto ou imediato. Esta palavra ou esta imagem tem um aspecto ‘inconsciente’ mais amplo, que nunca é precisamente definido ou inteiramente explicado. E nem podemos ter esperanças de defini-lo ou explica-lo. Quando a mente explora um símbolo, é conduzida a ideias que estão fora do alcance da nossa razão.

(...)

Por existirem inúmeras coisas fora do alcance da compreensão humana é que frequentemente utilizamos termos simbólicos como representação de conceitos que não podemos definir ou compreender integralmente. Esta é uma das razões por que todas as religiões empregam uma linguagem simbólica e se exprimem através de imagens<sup>19</sup>.

É inegável, portanto, que a sociedade esteja envolta em uma realidade de linguagem e símbolos. Nesse sentido, uma vez que as instituições como o ordenamento jurídico são nada mais que sistemas de palavras e significados, pode-se dizer que estas são sobretudo sistemas simbólicos que sustentam a estrutura social.

Para Pierre Bourdieu, os sistemas simbólicos são instrumentos de conhecimento e comunicação estruturados e exercem um poder simbólico de construção da realidade. Esse poder tende a estabelecer uma ordem gnoseológica que visa atribuir sentido imediato ao mundo social e firmar o pressuposto que Durkheim chama de “conformismo lógico”, ou seja, “uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências”<sup>20</sup>.

Nesse contexto, a semiótica se desenvolveu como a ciência ou teoria geral que visa estudar os signos, entendidos como “algo que representa um objeto; que designa uma unidade concreta ou abstrata, real ou imaginária”<sup>21</sup>. No âmbito do Direito, desenvolveu-se a semiótica jurídica, com o intuito de reduzir a margem de manipulação da linguagem ao fornecer subsídios ao operador do Direito, a partir de métodos próprios e específicos, para a análise dos enunciados normativos e os fatos jurídicos em questão<sup>22</sup>.

Para a semiótica jurídica, como não se pode olvidar que o Direito é linguagem e a linguagem se vale de signos, é preciso compreender tais signos empregados

---

18 JUNG, Carl G. [et.al] **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 3. ed. especial. Rio de Janeiro: Harper-Collins Brasil, 2016. p. 18.

19 JUNG, Carl G. Op. cit. p. 19.

20 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 9.

21 VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010. p. 116.

22 VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010. p. 118-120.

nos enunciados e discursos jurídicos (em seus níveis sintático, semântico e pragmático) para se atingir uma coerência na decisão jurídica a ser empreendida<sup>23</sup>.

Ocorre que o poder dos símbolos na estrutura social não reside nos sistemas simbólicos em si, mas se define por meio de uma relação entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos<sup>24</sup>. É a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia que sustenta o poder das palavras de ordem, bem como o poder de manter a ordem ou de a subverter. Dito de outra maneira, o poder simbólico é uma forma transformada, transfigurada e legitimada das outras formas de poder<sup>25</sup>.

## 2.2. CARÁTER SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL

Tendo-se em vista que os atos comunicativos são usualmente dotados de carga simbólica<sup>26</sup>, também o Direito Penal tem um caráter simbólico por excelência. Sendo este um instrumento de proteção, em *ultima ratio*, de bens jurídicos, sua função simbólica seria transmitir à sociedade a mensagem de que os bens em destaque são valiosos e, em caso de eventual mácula a estes, o Estado terá de punir os infratores com as sanções mais severas de seu ordenamento.

Assim, a manipulação dos símbolos no âmbito do Direito Penal ocorre como forma de conferir legitimidade às ações das autoridades perante a sociedade, sobretudo dos legisladores. Sendo o componente simbólico inerente às normas sancionadoras, não é possível conceber um Direito Penal independente do símbolo, mas sim livre de uma utilização inadequada e deturpada em relação aos seus propósitos<sup>27</sup>.

A respeito disso, Claus Roxin considera que os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o Direito Penal no âmbito do ordenamento estatal, qual seja, a de “garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens”, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas sociopolíticas menos gravosas<sup>28</sup>.

Levando-se em conta que o poder dos sistemas simbólicos reside na relação entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, o simbolismo dentro do

---

23 VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010. p. 120.

24 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 14-15.

25 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 15.

26 FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p. 13.

27 FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p. 13.

28 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 32.

Direito Penal é um instrumento que “permite a comunicação entre o detentor do poder punitivo (ou seja, o Estado por meio de seus representantes) e o corpo social”<sup>29</sup>. Desse modo, a crença na legitimidade desse sistema confere poder ao Direito Penal.

Pode-se dizer que essa é uma crença comum a grande parte das nações, que a perpetuam inclusive nos sistemas globais e regionais de proteção de direitos humanos aos quais pertencem.

Nesse contexto globalizado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos costuma atuar como baluarte de proteção a direitos e garantias, exigindo a limitação do poder punitivo estatal e proibindo ingerências e violações indevidas. Esse dever de abstenção dos Estados é imprescindível sobretudo diante dos chamados direitos civis e políticos, os quais dizem respeito às liberdades públicas do indivíduo. Assim, são exigidos dos Estados signatários de convenções e tratados de Direitos Humanos o respeito por princípios como proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas e zelo às garantias dos acusados no processo penal<sup>30</sup>.

Ocorre, em contrapartida, que há igualmente uma faceta punitiva presente em tais sistemas de proteção. Isso porque estes não só proíbem violações estatais na esfera individual, ou exigem a implementação de direitos de diferentes dimensões, como os econômicos, sociais, culturais e transindividuais, mas também ordenam aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos<sup>31</sup>. Trata-se, segundo André de Carvalho Ramos, de “um novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, de ênfase na proteção da vítima e na punição dos algozes”<sup>32</sup>.

Como elementos representantes dessa faceta punitiva, se inserem os chamados mandados de criminalização, que podem ser encontrados tanto nas constituições quanto nos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos. Trata-se de dispositivos explícitos ou implícitos que ordenam a tipificação penal de determinada conduta, a imposição de determinada pena, a vedação de determinados benefícios ou até mesmo tratamento prisional específico<sup>33</sup>.

---

29 FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano**: O simbolismo no direito penal. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p. 12.

30 RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos**: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: Direitos humanos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; 2011. Disponível em: < [https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4940117/mod\\_resource/content/1/ACR\\_Mandados\\_de\\_Criminalizacao.pdf](https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4940117/mod_resource/content/1/ACR_Mandados_de_Criminalizacao.pdf) >. Acesso em: 31/10/2021. p. 1.

31 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. p. 1.

32 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. p. 2.

33 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. p. 3.

Há uma série de tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário que não só trazem a obrigação de tipificar condutas específicas, mas também de processar e punir os agentes violadores, sob pena de o Estado brasileiro ser responsabilizado internacionalmente caso falhe em qualquer dessas funções.

Portanto, existe uma vedação ao excesso, mas também uma proibição de insuficiência, em que o Estado não pode se exceder no campo penal, e em contrapartida não pode se omitir ou agir de modo insuficiente na proteção dos direitos humanos e fundamentais<sup>34</sup>. Nesse diapasão, parece haver um consenso nos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos no sentido de o uso do Direito Penal ser imprescindível para a tutela de bens jurídicos.

Assim, observa-se que a crença na concepção democrática de um Direito Penal que existe para garantir a convivência social pacífica e harmônica entre os indivíduos e proteger os bens jurídicos importantes e necessários aos cidadãos (como a vida, integridade física, propriedade e liberdade)<sup>35</sup>, confere a legitimidade necessária a esse sistema simbólico. Em outras palavras:

O primordial desiderato do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, por meio da proteção dos seus bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, o meio ambiente hígido, a ordem econômica e financeira, as relações de trabalho, a seguridade social, enfim, tudo quanto possa satisfazer uma necessidade individual ou coletiva. Esses valores da vida individual e coletiva, representativos da consciência comum social, são erigidos à categoria de bem jurídico valioso, passando a merecer a proteção do Direito Penal, meio interventivo estatal qualificado como o mais severo dos que podem afetar aos particulares<sup>36</sup>.

Além disso, não se pode olvidar que o caráter simbólico do Direito Penal está presente durante todo o processo de construção dos tipos penais. Isso porque a descrição da conduta e da sanção a esta imputada não são suficientes indicar automaticamente a proibição. No entanto, a partir de uma interpretação simbólica das normas incriminadoras, conclui-se que há um mandamento proibitivo implícito aos tipos penais. Esse acesso simbólico à proibição intrínseca é justamente o que vai permitir a interpretação e a manipulação do significado implícito ao tipo penal<sup>37</sup>.

Não só a tipificação está associada a uma construção simbólica, mas o próprio uso da prisão e da privação do tempo como punição no cárcere revela o caráter simbólico do Direito Penal na consciência coletiva de uma sociedade contemporânea.

---

34 RAMOS, André de Carvalho. Op. cit. p. 3.

35 VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição**: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. p. 25.

36 VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição**: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. p. 26.

37 FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano**: O simbolismo no direito penal. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p. 76.

Ademais, o próprio local do cárcere está sempre associado ao tempo. A percepção de tempo no cárcere é sentida de modo diferente, carregando uma “imobilidade” característica da própria prisão<sup>38</sup>. O tempo vivido e sentido dentro do ambiente carcerário não passa de maneira progressiva, mas há uma sensação de regressão e improdutividade. Soma-se a isso o fato de se tratar de um período em que o indivíduo vive afastado da sociedade e inserido em um ambiente criminógeno, em contato direto com facções e organizações criminosas. Trata-se, portanto, de um método ineficiente para afastar o apenado da possibilidade de cometer novos crimes<sup>39</sup>.

Em que pese essa seja a realidade carcerária, a exploração do tempo como pena veio a substituir simbolicamente as penas corporais que vigoraram durante todo um período de ostentação do suplício, o qual marcou o Absolutismo. A partir do desenvolvimento do capitalismo, o símbolo do bem a ser explorado como objeto de pena passou do sofrimento corporal e físico para a dominação sobre o tempo do apenado. Isso porque, na ascensão do capitalismo, o tempo passou a ser enxergado como um bem, de forma a se expressar publicamente e universalmente, sendo algo que, como o dinheiro, não deve ser desperdiçado<sup>40</sup>.

No entanto, é preciso distinguir o caráter simbólico intrínseco ao Direito Penal, sobre o qual se discorreu até aqui, do que passou a ser conhecido como “Direito Penal simbólico”. A esse respeito deste último, Roxin explica e o repudia:

Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais ‘que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas<sup>41</sup>.

Cumpra, portanto, aprofundar mais sobre a deturpação do simbolismo intrínseco ao Direito Penal.

### 3. A DETURPAÇÃO DAS FINALIDADES DA PENA E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Analisou-se, até aqui, o papel simbólico inerente ao Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, sendo concebido para a tese majoritária da doutrina penalista como o último recurso com o qual conta o Estado para

---

38 JARDELINO, Maria Olívia Silva; SILVA, Luciano do Nascimento; NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do; FREIRE JÚNIOR, Antônio de Freitas. O tempo como medida da pena: uma análise da crítica ao punitivismo a partir das alternativas ao encarceramento. *Revista Húmus*, vol. 11, nº 34, 2021. Disponível em: <<https://periodicoseltronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/16880>>. Acesso em: 26 set 2022. p. 127.

39 JARDELINO, Maria Olívia Silva; SILVA, Luciano do Nascimento; NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do; FREIRE JÚNIOR, Antônio de Freitas. op. cit. p. 128.

40 JARDELINO, Maria Olívia Silva; SILVA, Luciano do Nascimento; NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do; FREIRE JÚNIOR, Antônio de Freitas. op. cit. p. 129.

41 ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

proteger estes interesses fundamentais<sup>42</sup>. Isso é, o poder incriminador do Estado só se legitima se constituir meio necessário para a proteção dos bens jurídicos mais importantes, quando fracassarem as demais formas protetoras previstas em outros ramos do direito<sup>43</sup>.

Nesse sentido, é preciso definir inicialmente quais são os fins da pena para se descobrir se a pena que se pretende impor é legítima e socialmente útil, pois “conhecer por que e para que se castiga consiste em definir o eixo sobre o qual deve girar todo o sistema penal em um moderno Estado de Direito”<sup>44</sup>. Ocorre que, em relação a esse tema, há diferentes teorias que visam trazer uma definição acerca das finalidades da pena.

Para as teorias absolutas ou retributivas, as quais não são compatíveis com um Estado Democrático de Direito, a pena não teria um fim socialmente útil, mas visam tão somente a retribuição de um mal com outro mal necessário<sup>45</sup>. Já na visão das teorias relativas, utilitaristas, preventivas ou de finalidade, as penas não se fundamentam na pura retribuição, mas teriam um objetivo prático de impedir o cometimento de delitos no futuro<sup>46</sup>.

Dentro da concepção utilitarista da pena, encontra-se a teoria da prevenção geral negativa, que concebe a pena como um exemplo de intimidação a ser dado a toda a comunidade, mediante a ameaça concreta de sua imposição em caso de prática de delitos<sup>47</sup>. Já para os adeptos da prevenção geral positiva, a pena existe para reafirmar a consciência social da norma<sup>48</sup>.

Por sua vez, a prevenção especial negativa busca evitar que aquele que delinuiu volte a fazê-lo, inocuizando ou neutralizando o indivíduo incorrigível ou intimidando aquele que pode ser intimidado<sup>49</sup>. Já a prevenção especial positiva tem como principal objetivo a reintegração ou reinserção social do criminoso<sup>50</sup>. Vale mencionar, por fim, as teorias mistas ou ecléticas, as quais pretendem unir os fins retributivos e preventivos, partindo do pressuposto de que “a pena é essencialmente retributiva e que, posteriormente, lhe outorgam fins preventivos”<sup>51</sup>.

---

42 OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NUÑES PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 74-75.

43 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13.

44 MARTINS, Fernanda Rocha. **As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro**: em busca de novas alternativas. 2014. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014. p. 34.

45 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 34-35.

46 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 38.

47 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 40.

48 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 44.

49 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 49.

50 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 50.

51 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 51.

Ocorre que, quando se fala das teorias da pena, geralmente se está na seara das funções manifestas do Direito Penal, as quais podem não coincidir por completo com as funções latentes ou reais que se concretizam na sociedade<sup>52</sup>. Assim, enquanto o fim manifesto da pena corresponde à prevenção de delitos, sendo este o simbolismo legitimador do sistema penal, sua função latente pode ser apenas e tão somente de um “direito penal simbólico”, sem a imprescindibilidade necessária da intervenção para se proteger bens jurídicos<sup>53</sup>.

Nota-se que atualmente os discursos de diversos espectros políticos tendem a defender uma inversão da lógica da imprescindibilidade, ainda que indiretamente, sendo o direito penal defendido como *prima ratio* para o gerenciamento de riscos e a proteção de bens e direitos. Há uma nova tendência político-criminal expansiva que destaca a falta de segurança para os bens jurídicos como causa justificadora de uma maior presença e eficácia do sistema punitivo. A respeito dessa expansão, Silva Sánchez destaca que o Direito Penal tende a se apresentar como uma aparente solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico o que deveria se resolver no nível de uma proteção efetiva<sup>54</sup>.

No entanto, Winfried Hassemer alerta que esse sentido de uso simbólico do Direito Penal está menos preocupado à proteção do bem jurídico e mais orientado a efeitos políticos mais amplos, como a satisfação de uma “necessidade de ação”. Trata-se, segundo o autor, de um fenômeno de crise da atual política criminal voltada às consequências, que converte o Direito Penal gradualmente em um instrumento político que serve às imagens de uma insegurança global e de uma sociedade de riscos, minando a confiança da população na Administração da Justiça<sup>55</sup>.

Tal expansão da tutela penal está fadada a reproduzir e intensificar as mesmas mazelas características do poder punitivo estatal, como a seletividade que tende a punir com maior intensidade e proporção as camadas mais vulneráveis da população, as quais também costumam ser as vítimas das violações que tal instrumento pretende combater.

A tipificação e perseguição penal ainda é instrumento considerado imprescindível no contexto social hodierno. Ainda que se verifique um caráter precipuamente simbólico, a abordagem penal tem uma importância que não pode ser descartada: transmite-se à sociedade a mensagem de que os bens jurídicos

---

52 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 88.

53 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50.

54 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

55 HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos**. In: Vários Autores. *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 16.

em destaque são valiosos e, em caso de eventual mácula a estes, o Estado terá de punir os infratores com as sanções mais severas de seu ordenamento jurídico.

No entanto, a tutela penal exercida isoladamente não se mostra instrumento legítimo e eficaz para a promoção e proteção dos bens jurídicos. Isso porque corre-se o risco de se desenvolver apenas e tão somente o aparato penal das medidas necessárias para tanto, com vistas a transmitir tão somente uma resposta simbólica ao anseio punitivo social e dar cumprimento a eventuais mandados de criminalização previstos na Constituição e em Tratados Internacionais, evitando-se eventual responsabilização do Estado por proteção insuficiente.

Nesse caso, há uma priorização da faceta punitiva simbólica em detrimento de políticas públicas que atinjam a complexidade das causas das violações a bens e direitos. Quando deturpado, o uso do Direito Penal simbólico corre o risco de se tornar ineficaz e meramente legitimador de um discurso punitivo, incapaz de atingir um problema concreto em sua complexidade.

## 4. LINGUAGEM, DIREITO E PODER

### 4.1. MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM PARA A CRIAÇÃO DE FICÇÕES JURÍDICAS

Desde meados do século XIX<sup>56</sup>, o enigma acerca da natureza da linguagem, e como ela se relaciona com a realidade, fez com que o assunto ganhasse importante destaque não apenas no campo da filosofia, como também em outras áreas do saber.

No entanto, não desconsiderando os acontecimentos anteriores ou os ali-  
cerces sobre os quais a filosofia do chamado *segundo* Wittgenstein<sup>57</sup> se funda-  
menta, é nessa filosofia, especificamente, que se fundamentará sobremaneira a  
discussão aqui proposta.

A virada, ou giro linguístico, refere-se a um momento crucial da Filosofia  
ocidental, temporalmente situado no início do século XX, no qual a filosofia

---

56 É no desenrolar do século XIX que se começa a investigar a natureza da linguagem. No entanto, o interesse pela linguagem em si é consideravelmente mais antigo. Segundo a professora Maria Helena de Moura, embora não se possa falar de um registro de reflexão teórica desta época, desde Homero, na Grécia, a linguagem já era objeto de atenção, de modo que “ela já não é considerada uma força real, material, confundida com a força do corpo e da natureza, como ocorre nas sociedades ditas primitivas”. Com Platão, enfim surgem as primeiras ideias de estudo das proposições, fazendo da linguagem, finalmente, um objeto de estudo. (NEVES, Maria Helena de Moura. **A vertente grega da gramática tradicional**: uma visão do pensamento grego sobre a linguagem[online]. 2ª ed. rev. e at. São Paulo: Editora UNESP, 2005. p. 38-43).

57 O pensamento de Ludwig Wittgenstein passou a ser dividido em primeira e segunda fase, em razão de esse filósofo ter escrito duas grandes obras: o Tratado Lógico-filosófico e as Investigações Filosóficas. A primeira obra foi escrita no período da Primeira Guerra Mundial e publicada no ano de 1921. A segunda reuniu textos produzidos nas décadas de 1930 e 1940 e foi publicada em 1953, após seu falecimento. Ocorre que, ao contrário do que indicaria o sendo comum, a segunda obra não representa uma transformação ou continuidade da primeira, mas uma completa e incontornável ruptura de pensamento. Daí, por que, convencionou-se denomina-lo de *primeiro* e *segundo* Wittgenstein –ou a fazer menção a existência de uma primeira e segunda fase –, haja vista suas observações acerca da linguagem terem se tornado diametralmente opostas, a ponto de fazer dele seu principal crítico. (NARVÁEZ MORA, Maribel. **Wittgenstein y la teoría del Derecho**: Una senda para el convencionalismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 36-37).

estreita seu laço de correspondência com a linguagem. A antropologia passa a concebê-la como um produto do ser humano. No campo da ética, estabelece-se a diferenciação entre sentenças declarativas e normativas. Nas epistemologias, a crítica da razão passa a ser uma crítica do sentido. A linguagem é, assim, elevada ao patamar de “interesse comum de todas as escolas e disciplinas filosóficas da atualidade”<sup>58</sup>.

A partir dessa virada, a linguagem transcende a categoria de mero instrumento, é retirada do segundo plano de importância no qual se encontrava – já que o sentido decorreria precipuamente da essência das coisas – e alcança o status de fundamento do pensar. Opera-se a defesa da ideia de que seria inviável se debruçar sobre qualquer questão filosófica de maneira dissociada da linguagem. Agora, ela é a condição de possibilidade de conhecimento, de maneira que inexistente mundo que possa se traduzir fora da linguagem. Esta não mais é limitada pelo mundo, mas o mundo é por ela limitado<sup>59</sup>.

Lenio Streck, a esse respeito, chega a afirmar que “a inversão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência do sujeito-intérprete)”<sup>60</sup>.

E, abandonando esse caráter solipsista de outrora, ressignifica-se a linguagem dentro de um contexto social, permitindo a compreensão do indivíduo no mundo. Agora as palavras não mais apresentam sentido próprio, mas um sentido que decorre de seu uso e varia conforme a cultura e o entendimento de seus interlocutores. Não por outra razão, Wittgenstein diz que “na práxis do uso da linguagem, um parceiro enuncia as palavras, o outro age de acordo com elas”<sup>61</sup>; e mais, que “representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida”<sup>62</sup>.

Daí a razão de se realizar esse introito, pois entendendo a sobrelevada importância da linguagem e visualizando-a, a partir de agora, no centro dos processos sociais, imune não estaria o Direito. Especialmente essa ciência que, na qualidade de objeto social, vale-se da realidade e se instrumentaliza por meio da linguagem. Perscrutar o Direito é, em última análise, falar de linguagem.

---

58 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015. p. 11.

59 Direta alusão – mas agora obviamente em sentido contrário –, à frase dita por Wittgenstein em sua primeira obra: “Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1968. p. 92-93.

60 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed., atual. e ampliada. **Porto Alegre**: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 253.

61 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. Barcelona: Ediciones Altaya, 1999. p. 10.

62 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. *op. cit.*, p. 13.

A linguagem sempre foi e continua sendo instrumento de manipulação<sup>63</sup>. E não se pode olvidar que o Poder dominante de cada época usa dessa ferramenta – sobretudo de seu aspecto simbólico – para interpretar os símbolos consoante a mensagem que o convenha transmitir, seja com o intuito de dominar ou o de legitimar sua dominação.

É na expressão simbólica da linguagem que residem as ambiguidades, as imprecisões e as obscuridades, o que permite o surgimento de um seletivo grupo de indivíduos<sup>64</sup> autorizados a interpretar e extrair o sentido considerado correto dessas sutilezas. E essas interpretações são constantemente vigiadas, de modo a neutralizar aqueles que não são considerados aptos a interpretá-las<sup>65</sup> e a fazê-los crer que não conhecem e, portanto, devem obedecer. Nas palavras de Foucault:

Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc. Esse novo saber não se organiza mais em torno das questões “isto foi feito? quem o fez?”; não se ordena em termos de presença ou ausência, de existência ou não existência. Ele se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer.<sup>66</sup>

Somado ao monopólio da interpretação, tem-se, ainda, o processo linguístico da linguagem jurídica que permite o distanciamento entre as normas e seus destinatários. As marcas sintáticas como o predomínio da voz passiva e construções frasais impessoais conferem ao legislador um tom universal, imparcial e objetivo. O emprego de verbos na terceira pessoa e de pronomes indefinidos conferem à retórica do enunciado normativo um caráter geral e atemporal, além de transparecer a existência de um consenso ético, o que afasta as possibilidades de interferências de caráter individual (interpretações pessoais por parte dos destinatários).<sup>67</sup>

---

63 Yuval Noah Harari afirma que “a grande maioria das pessoas permaneceu iletrada até a era moderna, mas todos os administradores importantes tinham cada vez mais acesso à realidade por meio de textos escritos. [...] a linguagem escrita pode ter sido concebida como um meio poderoso de reformatar a realidade. Quando relatórios oficiais colidiram com a realidade objetiva, foi a realidade objetiva que teve de se render” (HARARI, Yuval, Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 171-174).

64 cf. SANTOS, Sousa Boaventura. **Um discurso sobre as ciências**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006: Se outrora apenas os sacerdotes tinham o poder de interpretar as escrituras e extrair a verdade de seus símbolos, hoje a ciência interpreta fatos e evidências para deles extrair significados, refinar hipóteses e declarar quais são as verdades. O instrumento à disposição da burguesia, que visa à manutenção de seu poder, é o cientista.

65 Todorov, visando a explicar as razões para a existência de uma função simbólica da linguagem, escreve que: “podemos aqui distinguir três razões. A Primeira (que não é muito frequente nos textos de Agostinho) é que a expressão simbólica protege a palavra divina do contato com os ímpios; a obscuridade desempenha um papel selectivo, permitindo afastar e neutralizar os não iniciados. As outras duas razões, invocadas mais frequentemente, vão, em certos aspectos, em sentidos opostos” (TODO-ROV. Tzvetan. **Simbolismo e interpretação**. São Paulo: Edições 70, 1978. p. 112).

66 FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p.88.

67 cf. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 215-216.

E ainda que assim não fosse, caso as leis escritas estivessem despidas de sutilezas a serem interpretadas, provavelmente o grande distanciamento contido na relação norma-destinatário ainda subsistiria. Os últimos dados do Indicador de Analfabetismo Funcional (Inaf) mostraram que 8% da população brasileira é analfabeta e 22% estão em nível rudimentar de alfabetização. O que significa dizer que 30% da população é incapaz de realizar análises simples acerca de situações externas ao âmbito familiar e ao cotidiano: empréstimos públicos fraudulentos, inflação ou notícias falsas veiculadas em redes sociais.

Agora, considere uma realidade extremamente dinâmica, mutável e com um tecido social complexo. Propor uma resposta legislativa apta a resolver um problema que desse ambiente advenha, certamente não é das tarefas mais simples. É preciso tempo, porquanto o processo formal de elaboração de uma lei é permeado de fases e votações; mas também é preciso esforço intelectual, debates e maturidade de ideia, já que é preciso justeza e sofisticação quanto a seu conteúdo material.

E é nesse âmbito – o do material – que ocorre a exacerbação do simbólico por meio da linguagem. Políticos, cujo anseio seja perpetuar a si e a seus pares no poder, captam o clamor público e midiático, apressam-se em redigir e aprovar um projeto que, em descompromisso com marcos civilizatórios e direitos fundamentais caríssimos, alarga o âmbito de interferência do Direito Penal e incrementam seu rigor a fim de responder, embora que de maneira simplista e perigosa, aos anseios de uma população alarmada e educacionalmente fragilizada<sup>68</sup>.

Sob o ponto de vista de Silva Sánchez, esse processo de abonar a flexibilização de garantias clássicas de um Estado de Direito, sobretudo “em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, parece inclusive razoável que a busca de elementos de orientação normativa – e contido nestes, o Direito Penal ocupa um lugar significativo – converta-se quase que em uma obsessão” (tradução nossa)<sup>69</sup>

Daí, não sem razão, surge um terreno fértil para que palavras esvaziadas de significado<sup>70</sup> e dotadas de vagueza adentrem os textos das normas, permitindo uma repressão cada vez mais ampla e violenta por parte do aparato do Direito Penal, o que pode se tornar tanto mais pernicioso na proporção que seu destinatário desconhece ou é incapaz de alcançar os elementos de arbitrariedade

---

68 cf. FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano**: O simbolismo no direito penal. Tese (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.2014. p.55-57.

69 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. rev. ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p.41.

70 ou pelo menos esvaziadas de intenção que visem ao alcance de um Direito Penal menos repressivo e arbitrário.

contidos nas leis, impossibilitando-os de questionar ou frear as ficções jurídicas que os controlam.

#### 4.2. USO DA LINGUAGEM NA CRIAÇÃO DE LEIS PENAIIS SIMBÓLICAS

Sem a intenção de se distanciar do objeto de análise principal, mas apenas com o fito de fixar um pano de fundo e elucidar o que motivou esta análise, utiliza-se, a partir deste ponto, como referência temática – e por óbvio não como fundamento teórico –, o contexto narrado na obra “1984”, de autoria do escritor britânico George Orwell.

O enredo do romance se situa na fictícia Oceânia, local marcado por uma guerra perene, vigilância governamental onipresente e sistemática manipulação pública, por meio da reescrita da história e manipulação da linguagem: cenário que se instaura com a chegada do partido IngSoc<sup>71</sup> ao poder, cuja regência se dá por meio da figura do Grande Irmão (Big Brother).

O principal personagem da obra é Winston Smith, um funcionário do Ministério da Verdade, cuja função é reescrever e alterar dados e documentos, conforme o interesse do Partido. Uma vez reescritos os fatos, qualquer cidadão que ousasse deles discordar, ou simplesmente pensar diferente, cometeria “crimideia”: uma espécie de criminalização do pensamento existente na sociedade do romance. O simples pensar diferente levaria o indivíduo a ser “vaporizado”<sup>72</sup>. Desapareceria.

A implementação desse crime só é possível, no contexto da obra, em razão da criação da chamada *Novafala*<sup>73</sup>: instrumento de controle totalitário cuja função não era aumentar ou alterar o significado das palavras, mas suprimi-las. Extirpar palavras, notadamente aquelas que poderiam pregar resistência ao Partido. A real intenção era a de que “a cada ano que se passa, menos e menos palavras, e a consciência com um alcance cada vez menor”<sup>74</sup>.

Superando as conjunturas históricas, a obra de Orwell promove a reflexão sobre os excessos e o perigo da modificação da realidade por meio da manipula-

---

71 O nome do partido: “IngSoc” é entendido pela crítica como um acrônimo para o termo “Socialismo Inglês” no âmbito do idioma fictício da *novafala*.

72 “A Polícia do Pensamento o apanharia do mesmo modo. Ele cometera – e teria cometido, mesmo que nunca tivesse levado a pena ao papel – o crime essencial que continha em si todos os outros. *Crimideia*, chamava-se. *Crimideia* não era coisa que pudesse ocultar. Podia-se escapar com êxito algum tempo, anos até, porém mais cedo ou mais tarde pegavam o criminoso. Era sempre à noite [...] sem registro da prisão. As pessoas simplesmente desapareciam, [...] eram abolidas, aniquiladas: vaporizadas, dizia-se” (ORWELL, George. *The Greatest Works of George Orwell: 1984, Animal Farm, Down and Out in Paris and London, The Road to Wigan Pier, Homemade to Catalonia*. 2ª ed. E-artnow Publisher, 2019. p. 1958-1959. E-book. (tradução nossa).

73 *Novafala* é o nome dado ao idioma fictício criado pelo governo hiperautoritário na obra literária “1984”, escrita por George Orwell. O idioma, cuja função primordial é manipular o pensamento dos cidadãos, é tão importante no contexto da obra que recebe um apêndice próprio dedicado a explicá-lo.

74 ORWELL, George. op.cit., p. 1293.

ção da linguagem, o que possibilita o estabelecimento de uma relação dialógica com o âmbito penal.

Enquanto no romance a tentativa do IngSoc de manipular a língua vigente destrói a consciência do indivíduo e constrói a falsa imagem de um partido eficiente; no campo do não-ficcional, o que se observa, e cada vez com maior frequência, é o Estado lançando mão de sua mais perniciosa forma de atuação – que é o Direito Penal – para privar o indivíduo de sua liberdade, comunicando, à população, a falsa ideia de que punições extremamente repressivas garantem segurança. Em outras palavras, criam-se leis penais e as aplicam com o fim de apaziguamento social, apenas<sup>75</sup>.

Se no cenário da obra de Orwell – frisa-se: considerada distópica – palavras tinham seus significados atenuados por eufemismos que, por muitas vezes, significavam o exato oposto daquilo que se pretendia dizer; no cenário internacional atual, a realidade não se mostra tão diferente: no primeiro trimestre do ano de 2022, o governo russo passou a criminalizar, aplicando pena de prisão, tanto os discursos que contradissem o posicionamento do Kremlin, quanto a prática de chamar de guerra a ação que vem sendo posta em curso na Ucrânia. O Governo russo preferiu o uso da expressão “operação militar especial” para se referir a sua conduta em relação ao país vizinho.<sup>76</sup>

No contexto do Brasil, embora o exemplo remeta a um acontecimento histórico menos recente, os atos comunicativos do Estado tendentes a falsear a realidade e ludibriar a consciência social podem ser observados quando da instituição do Departamento de Propaganda e Imprensa (DIP) durante o período ditatorial varguista (1937 a 1945). Esse órgão era utilizado como ferramenta de promoção da ideologia do Estado Novo, por meio do qual se realizavam propagandas do governo, documentários que exaltavam a figura de Getúlio Vargas e censuravam informações.

Sopesando o contexto do ficcional e o da realidade posta, o que se tem é a exacerbação do simbólico, por meio de um forte mecanismo que é a linguagem. O poder em exercício conceitua e impõe aquilo que é correto para determinada sociedade, criando-se um sistema axiológico que deve ser sempre preservado e estabelece uma ideia de valores comuns: ao que se chama cultura<sup>77</sup>.

---

75 cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. rev. ampl. Madrid: Cívitas Ediciones, 2001. p. 21.

76 TROIANOVSKI, Anton. SAFRONOVA, Valeriya. **Russia Takes Censorship to New Extremes, Stifling War Coverage**. The New York Times, Nova Iorque, 4 de mar. de 2022. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2022/03/04/world/europe/russia-censorship-media-crackdown.html>>. Acesso em: 30 de nov. de 2022.

77 É no simbólico que as leis são engendradas e os indivíduos a ela submetidos, já que a linguagem é, contexto do pensamento de Wittgenstein, uma das regras que se aprende para que haja pertencimento ao corpo social.

Nesse sentido, Habermas<sup>78</sup> discorre sobre o paradigma da linguagem e os atos de comunicação, explicando que o ente estatal se vale da linguagem, por meio dos arbítrios dos signos para criar mitos e ídolos. Dentro do contexto aqui perseguido, razoável entender a figura do Direito Penal como sendo o ídolo e as falsas premissas ou vazias promessas solucionadoras de problemas como sendo os mitos.

A linguagem acaba sendo sistematicamente o instrumento de manipulação, a partir do qual o Estado altera a conexão entre o sinal e a referência das palavras, conferindo-as a sintaxe desejada, a fim de perpetrar seus dogmas, fazer uma realidade parecer-lhe favorável e anular intelectualmente seus cidadãos.

Cria-se uma falsa realidade por meio da exacerbação do simbólico, usam-se de palavras sutis e engenhosamente escolhidas para falsear os fatos e empregam castigos para punir os desviantes (e por desviante entende aqueles que questionam ou violam as regras anteriormente estabelecidas). Convencem-se as pessoas a apoiarem discursos violentos, sob a pretensa promessa de segurança social. E, por fim, torna infértil a mais mínima tentativa de humanização das leis penais, porquanto percebendo a realidade de maneira deturpada, a sociedade entende o Direito Penal como fonte de tranquilidade e paz social.

## **5. PENAS DE CURTA DURAÇÃO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO E FRUTO DA MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM**

Embora não exista pacificação de entendimento prático ou conceitual acerca do tema da pena privativa de liberdade de curta duração aplicada em momento anterior ao procedimento investigatório ou processual, ao analisar o tema sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro em vigor, algumas falhas e incongruências precisam ser abordadas.

Partindo da premissa de que o Direito Penal deva ser reconhecido e aplicado como *ultima ratio*, sobretudo a partir de uma lógica fundamentada sobre o sustentáculo de um aparato penal mínimo e garantista, a conclusão mais acertada é a de entender a aplicação desse tipo de pena de curta duração como uma expressão do direito simbólico, que se instaura pela interferência do plano linguístico.

Mostra-se como expressão do Direito Penal simbólico porque não protege – e arrisca-se dizer que tampouco se pretende a tanto – de lesões os bens jurídicos penalmente relevantes, mas apenas reafirma simbolicamente a vigência e uma falsa eficiência estatal perante a opinião pública. E, como fruto da manipulação da linguagem, na medida em que traz em seu bojo tanto a ideia de ser uma “pena”

---

78 cf. HABERMAS. Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

como a de ser “de curta duração”, dissuadindo tanto aqueles que clamam pelo recrudescimento das penas quanto aqueles que se preocupam com o avanço desmedido da criminalização e repressão de condutas.

Compraz com o primeiro grupo, porquanto possibilita a aplicação de uma medida que afasta do seio social aquele considerado como inimigo a ser combatido. Retira a liberdade do sujeito considerado desviante. E comove o segundo, na medida em que a construção sintática da expressão “curta duração” permite, em uma análise superficial, entender pela possibilidade de se resolver o problema da criminalidade, sem que se macule princípios fundamentais.

Nesse sentido é a denúncia de Maria Lúcia Karam que revela que alguns setores da sociedade, aparentemente com vieses contestatórios, acabam por legitimar o sistema repressivo:

Inebriados pela reação punitiva, esses setores da esquerda parecem estranhamente próximos dos arautos neoliberais apregoados do fim da história, não conseguindo perceber que, sendo a pena, em essência, pura e simples manifestação do poder – e, no que diz respeito, poder de classe do Estado capitalista – é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder. (...) Chega a ser, assim, espantoso que forças políticas que se dizem (ou, pelo menos, originalmente, se diziam) voltadas para a luta por transformações sociais prontamente forneçam adesão a um mecanismo tão eficaz de proteção de interesses e valores dominantes de sociedades que supostamente deveriam ser transformadas<sup>79</sup>.

A sutileza da linguagem que permeia a ideia de uma pena de curta duração, quando encontra terreno fértil diante de casos como assédio sexual, violências de gênero ou contra grupos minorizados – que são situações historicamente menosprezadas e tidas como irrelevantes aos olhos dos valores dominantes – recebe fácil adesão e dá espaço ao emprego de uma manifestação de poder arbitrário e irracional.

Todavia, se o que se espera é a mudança de direção das práticas punitivas que se tem até o momento, adotar uma modalidade de encarceramento que subverte a característica de *ultima ratio* do Direito Penal, fere a ideia da presunção de inocência e se distancia da defesa de garantias fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direito, aplicá-la em território brasileiro não parece ser o posicionamento mais adequado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese não existir uma definição conceitual consolidada para as penas de curta duração, tanto por essa ideia não possuir correspondente na legislação pátria, quanto porque não encontra consenso internacionalmente, é possível

---

79 KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará 1996. p.81-83.

considerar que se trata de uma proposta consistente em se ordenar o cumprimento imediato das penas de reclusão ou detenção, arbitradas em uma quantidade reduzida de dias, antes mesmo de se encerrar a fase processual e sem a substituição por penas restritivas de direito, com o intuito de se satisfazer a reprovação social em relação à conduta do agente e proporcionar uma punição célere.

É evidente que o objetivo declarado de uma proposta desse tipo é atender a um sentimento geral de justiça, em rechaço a uma possível impunidade diante da morosidade das investigações e da fase processual penal. Ocorre que, diante de fatos que geram demasiada repercussão midiática, há um elevado risco de surgirem propostas penais de emergência que, em uma análise mais aprofundada, revelam-se nada mais que artifícios de linguagem ou meramente simbólicos, sem uma proteção efetiva ao bem jurídico que se pretende tutelar.

Para a análise da legitimidade de propostas dessa espécie, é imprescindível se reconhecer que o Direito Penal possui um caráter simbólico que lhe é intrínseco. Sendo este um instrumento de proteção, em *ultima ratio*, de bens jurídicos, sua função simbólica seria transmitir à sociedade a mensagem de que os bens em destaque são valiosos e, em caso de eventual mácula a estes, o Estado terá de punir os infratores com as sanções mais severas de seu ordenamento.

Esse caráter simbólico do Direito Penal está presente durante todo o processo de construção dos tipos penais e também na própria ideia do uso da prisão e da privação do tempo como punição no cárcere. No entanto, existe uma tendência de deturpação do uso simbólico do Direito Penal. Quando deturpado, o uso do Direito Penal simbólico corre o risco de se tornar ineficaz e meramente legitimador de um discurso punitivo, incapaz de atingir um problema concreto em sua complexidade.

Da mesma forma, a linguagem que é utilizada pelo ente estatal e envolve o sistema penal é de certa forma manipulada, por meio dos arbítrios dos signos, para criar mitos e ídolos. Dentro do contexto aqui perseguido, razoável entender a figura do Direito Penal como sendo o ídolo e as falsas premissas ou vazias promessas solucionadoras de problemas como sendo os mitos.

Desse modo, a linguagem acaba sendo sistematicamente o instrumento de manipulação, a partir do qual o Estado altera a conexão entre o sinal e a referência das palavras, conferindo-as a sintaxe desejada, a fim de perpetrar seus dogmas, fazer uma realidade parecer-lhe favorável e anular intelectualmente seus cidadãos.

Conforme visto, cria-se uma falsa realidade por meio da exacerbação do simbólico e convence-se as pessoas a apoiarem discursos violentos, sob a pretensa promessa de segurança social. Torna-se, assim, infértil a mais mínima tentativa de humanização das leis penais, porquanto percebendo a realidade de maneira

deturpada, a sociedade entende o Direito Penal como fonte de tranquilidade e paz social.

Todavia, a solução para se obter tal paz social deve passar necessariamente pela mudança de direção das práticas punitivas que se tem até o momento. Adotar uma modalidade de encarceramento que subverte a característica de *ultima ratio* do Direito Penal fere a ideia da presunção de inocência e se distancia da defesa de garantias fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Portanto, a influência da simbologia e da linguagem na construção das propostas penais e processuais penais deve priorizar medidas efetivas de proteção a bens jurídicos e que não sejam meramente um apelo linguístico ao direito penal simbólico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2004.

BARROS, Flaviane de Magalhães; RESENDE, Thiago Xavier Nhimi. Liberdade individual versus segurança pública à luz do simbolismo da legislação de emergência. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, ano 10, n. 14, p. página inicial-página final, jul./ dez. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10618/19604>. Acesso em: 22 set 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. *Coleção Memória e Sociedade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações Criminológicas às Teorias da Pena na Era do Grande Encarceramento. **Rev. Polis e Psique**, 2013; 3(3):143-164. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/PolisePsique/article/viewFile/43141/28618>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

CHOMSKY, Noam. **Linguagem e mente**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2009.

\_\_\_\_\_. **Mídia: propaganda política e manipulação**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Revisitando a esquerda punitiva: relações sociais, poder e agenda atual da criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)> - Acesso em 01/11/2021.

DURKHEIM, Emile. **As regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim Moraes. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

HARARI, Yuval, Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Trad. Paulo Geiger. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos**. In: Vários Autores. *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

JARDELINO, Maria Olívia Silva; SILVA, Luciano do Nascimento; NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do; FREIRE JÚNIOR, Antônio de Freitas. O tempo como medida da pena: uma análise da crítica ao punitivismo a partir das alternativas ao encarceramento. **Revista Húmus**, vol. 11, nº 34, 2021. Disponível em:

<<https://periodicosletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/16880>>. Acesso em: 26 set 2022.

JUNG, Carl G. [et.al] **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 3. ed. especial. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. **Revista discursos sediciosos - crime, direito e sociedade**, n. 1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, páginas 79 a 92. Disponível em: <<https://emporio-dodireito.com.br/leitura/a-esquerda-punitiva-1508702858>>. Acesso em: 31/10/2021.

MARCHIONI, Guilherme Lobo. A influência da opinião pública na criação de leis penais simbólicas. **Revista Liberdades nº 27**. p. 194-209.

MARTINS, Fernanda Rocha. **As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro**: em busca de novas alternativas. 2014. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução: Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Ministério da Justiça. **Policy paper**. A Smart Approach to sentencing. 16 de set. de 2020. Disponível em <[www.gov.uk/official-documents](http://www.gov.uk/official-documents)>. Acesso em: 02 de set. de 2022.

Nações Unidas. Second United Nations Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders. **Short-term Imprisonment**. Londres. 20 de ago. de 1960. Disponível em <[https://www.unodc.org/documents/congress//Previous\\_Congresses/2nd\\_Congress\\_1960/015\\_ACONF.17.5\\_Short-Term\\_Imprisonment.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/2nd_Congress_1960/015_ACONF.17.5_Short-Term_Imprisonment.pdf)>. Acesso em: 01 de dez. de 2022.

NARVÁEZ MORA, Maribel. **Wittgenstein y la teoría del Derecho**: Una senda para el convencionalismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2004.

NEVES, Maria Helena de Moura. **A vertente grega da gramática tradicional**: uma visão do pensamento grego sobre a linguagem[online]. 2ª ed. rev. e at. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NUÑES PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

ORWELL, George. The Greatest Works of George Orwell: 1984, **Animal Farm, Down and Out in Paris and London, The Road to Wigan Pier, Homemade to Catalonia**. 2ª ed. E-artnow Publisher, 2019. E-book.

RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos**. In: Direitos humanos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; 2011. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4940117/mod\\_resource/content/1/ACR\\_Mandados\\_de\\_Criminalizacao.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4940117/mod_resource/content/1/ACR_Mandados_de_Criminalizacao.pdf)>. Acesso em: 31/10/2021.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Juízo argumentativo de reprovação**. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo César. (Orgs.). Direito Penal, neurociência e linguagem: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. Disponível em: <<http://www.editorafi.org>>. Acesso em: 26 set 2022.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. org. e trad. André Luís Calle-gari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. Coleção primeiros passos. 1ª edição eBook. São Paulo: Editora Brasileira. Produção: Editora Hedra Ltda., 2017.

SANTOS, Alexandre Candeia dos. SANTANA, Jaqueline R. PEREIRA, Marla Luryan do Nascimento. O fenômeno do direito penal simbólico: das mobilizações sociais às suas derivações. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXVIII, Nº. 000122, 08/05/2018. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/o-fenomeno-do-direito-penal-simbolico-das-mobilizacoes-sociais-suas-derivacoes>>. Acesso em 08 abr 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed. rev. ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TODOROV, Tzvetan. **Simbolismo e interpretação**. São Paulo: Edições 70, 1978.

TROIANOVSKI, Anton. SAFRONOVA, Valeriya. **Russia Takes Censorship to New Extremes, Stifling War Coverage**. The New York Times, Nova Iorque, 4 de mar. de 2022. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2022/03/04/world/europe/russia-censorship-media-crackdown.html>>. Acesso em: 30 de nov. de 2022.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição**: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. Barcelona: Ediciones Altaya, 1999.

\_\_\_\_\_. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1968.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.

# UM PANORAMA ACERCA DA CRISE ESTRUTURAL DO AMBIENTE PRISIONAL E DAS SOLUÇÕES PUNITIVAS ALTERNATIVAS

JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado a partir de investigação científica cujos resultados foram apresentados no “I Seminário Internacional – O Fim do Direito: As Penas Privativas de Liberdade de Curta Duração” realizado no dia 14 de setembro de 2023 na Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP. Para esta publicação, procedeu-se à atualização e à complementação dos dados contidos neste estudo conforme às mais recentes estatísticas oficiais publicadas. Assim, superado este introito contextual, destaque-se que o propósito desta investigação consiste em traçar um panorama breve e crítico, mas amplo da pena privativa de liberdade partindo da hipótese de pesquisa de que o sistema carcerário não dispõe de capacidade de rendimento para efetivar os fins da pena previstos na legislação e no discurso jurídico, sejam estes preventivos ou retributivos. A hipótese da pesquisa que embasa este estudo é mais ampla e tem como marco a ideia hipotética de investigação de que o não funcionamento da pena privativa de liberdade não decorre e nem se restringe às conjunturas do marco situacional brasileiro, no qual variáveis como falta de verbas orçamentárias e má gestão do sistema carcerário se sobressaem, mas decorre da estruturalidade da crise que acompanha a prisão desde suas origens.

## 1. ALGUMAS QUESTÕES METODOLÓGICAS

Quando volta seu olhar à questão carcerária, o discurso político brasileiro costuma dar extremo relevo às variáveis falta de verbas orçamentárias e má gestão do sistema carcerário para justificar o nosso fracasso. A partir dessas desculpas tem-se criado um senso comum de que com mais investimentos e uma melhor

---

1 Professor Associado da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

gestão, o sistema prisional brasileiro poderia adquirir condições fáticas que o habilite alcançar os objetivos e produzir os efeitos preventivos e repressivos esperados pelo legislador e pela população.

Nesse sentido, aqui parte-se da concepção de que é necessário mudar o enfoque para que se consiga construir uma pesquisa que seja dotada de capacidade para executar uma investigação científica que supere os vieses das conjunturas e dos problemas locais brasileiros como explicações para a insuficiência estrutural da pena privativa de liberdade. Por essa razão, assume-se *ab initio* uma visão histórico-comparada, uma vez que essa nos permite ao longo desta investigação científica assumir uma visão holística que nos possibilitará enxergar além dos condicionamentos locais e temporais de onde, nós, enquanto pesquisadores nos encaixamos, para que comparativamente possamos conduzir uma investigação que sirva para confirmar ou rejeitar as razões da inoperância dos sistemas prisionais independentemente das variáveis das conjunturas de espaço-tempo. Nesse sentido, a compreensão dos modelos penitenciários, das finalidades da pena, das questões orçamentárias, da gestão administrativa e especialmente da história do surgimento da pena privativa de liberdade se tornam questões que o investigador inevitavelmente terá de enfrentar, posto que só assim a hipótese da qual partem inúmeras teses no sentido de que a pena privativa de liberdade é imprópria para, de modo sistemático e coerente, obter quaisquer resultados ressocializadores, integradores e de pacificação social, poderá ser cientificamente comprovada mediante a demonstração das razões estruturais que moldam a prisão enquanto pena.

## 2. PANORAMA AMPLIADO DA CRÍTICA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Em outra oportunidade, procedemos à construção de um estudo histórico construindo a partir de um olhar que se inicia no período mercantilista e segue até a contemporaneidade brasileira, de modo a demarcar o processo histórico-político de consolidação da pena de prisão em nosso modelo social e político. Por essa razão, remetemos o leitor a este texto<sup>2</sup> e, para os fins deste trabalho, limitá-  
-nos-emos a brevemente reiterar nossos apontamentos no sentido de que emersão da privação de liberdade como a principal modalidade de pena criminal ocorre com a consolidação do poder punitivo nas mãos do soberano no processo de formação dos Estados modernos. Em outras palavras, o novo papel assumido pela prisão, que se converte em prisão-pena somente acontece após a consolidação do poder punitivo estatal, uma vez que se tratou de um processo histórico que pressupôs a formação dos estados modernos, isto porque a consolidação do poder

---

2 LOBATO, José Danilo Tavares. Um Olhar Histórico-Jurídico sobre a Consolidação da Prisão-Pena e da Crise Penitenciária: Do Mercantilismo Europeu ao Brasil Contemporâneo. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*. NO PRELO.

político-social nas mãos do monarca forneceu as condições necessárias ao florescimento do mercantilismo que, em verdade, estabeleceu as raízes de formação do modelo capitalista de sociedade dentro da qual as penas corporais deixaram de fazer sentido e a expropriação punitiva da liberdade medida em quantidade de tempo de trabalho passou a adquirir sentido social e econômico.

No entanto, este novo papel assumido pela pena privativa de liberdade não significa que as condições de encarceramento fossem necessariamente diferentes das da prisão-custódia medieval. Em realidade, pode-se até afirmar que o caráter degradante foi sempre a regra. Exceções foram os projetos modernizantes da prisão. Contudo, mesmo diante de vários projetos novos e alguns dotados de propostas modernizantes, o quadro de degradação humana no âmbito prisional, em termos históricos, demorou consideravelmente a assumir alguma perspectiva de melhora. Essa será perceptível apenas a partir da consolidação dos modelos penitenciários clássicos, o que, de modo algum, pode nos levar a pressupor que se tratou de um fenômeno universal e uniforme. Se, por um lado, no Século XXI, no que toca ao tratamento humano do preso, a regra é encontrarmos a difusão de sistemas prisionais dotados de uma superioridade arquitetônica e ética frente às prisões medievais, mercantilistas e inclusive às existentes no período de dominância do pensamento iluminista, por outro, nos cumpre não perder de vista que, ainda hoje, de um modo geral, as prisões não fornecem um tratamento humano dotado de dignidade, sendo que algumas parecem ter ainda inspirações de cunho medieval. No entanto, denota ser indiscutível que historicamente avançamos, mas de forma muito lenta e insuficiente, o que explica a não superação dos velhos problemas do cárcere, até porque muitos são de caráter estrutural e não conjuntural.

### **3. ESTRUTURALIDADE DA CRISE PENITENCIÁRIA BRASILEIRA**

Por razões pragmáticas, este estudo assume o recorte de limitar seu olhar para a crise vivenciada pelo Brasil. Assim, sobre a estruturalidade da crise penitenciária brasileira, convém tecer algumas notas históricas com o intuito de afastarmos qualquer dúvida quanto ao fato de que, desde a consolidação da pena privativa de liberdade como a principal pena criminal, em termos político-criminais, a crise sempre esteve presente no solo pátrio. Nesse sentido, a expedição das medidas provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil em relação à Penitenciária de Urso Branco (RO), Complexo Penitenciário do Curado (PE), Complexo Penitenciário de Pedrinhas (MA), Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (RJ), Complexo do Tatuapé-FEBEM (SP), por exemplo, não pode ser vista como fruto da descoberta de um quadro novo. Em outras palavras, essas medidas não se configuram como uma repreensão internacional a um quadro penitenciário novo e oriundo das últimas crises econômicas vividas pelo Brasil. A história nos demonstra que a única novidade reside no funcionamento

de uma estrutura internacional de proteção aos direitos humanos que recentemente passou a olhar o Brasil sob um olhar não tanto complacente.

A histórica prisão do Aljube, que inicialmente fora eclesiástica, mas que, com a vinda da família real em 1808, foi convertida em uma prisão comum para abrigar os presos da Cadeia Velha, era um local moldado por condições insalubres, celas sem ventilação, escuras, isto é, como bem caracterizou Roig, tratava-se de uma verdadeira masmorra<sup>3</sup>, o que, de modo algum, passou de um fato desconhecido, tanto que em 1833 esse quadro de horror foi registrado em relatório de Matoso Câmara, chefe de polícia do Rio de Janeiro à época, que narrou que “o Aljube é um verdadeiro monumento da barbaridade, que não corresponde ao grau de civilização em que nossa pátria se acha a muitos outros respeito”<sup>4</sup>. No entanto, este é só um dos exemplos. Havia lugares piores, como, por exemplo, o Calabouço que, como apontado por Holloway era “uma relíquia da era escravista” e se destacou por ser uma prisão voltada a escravos que tivessem praticado infrações ou fossem mandados ao açoite por seus senhores independentemente da existência de motivo<sup>5</sup>. Ainda que não ocupassem cadeias próprias, os escravizados sempre ocuparam parcela relativamente significativa das vagas prisionais brasileiras, por exemplo, na Província de São Paulo, em 1870, totalizou-se em uma contagem o número de 292 pessoas presas, dentre as quais 114 eram escravos, sendo o déficit de vagas já uma realidade à época, tanto que, em discurso feito cinco anos antes, o presidente da Província de São Paulo, João Crispiano Soares, reconhecia que a cadeia da capital não comportava o volume de presos<sup>6</sup>, ou seja, já havia um reconhecimento oficial do Estado de que se lidava com um excesso no contingente da população carcerária.

#### 4. O GRANDE ENCARCERAMENTO

A compreensão histórica da estruturalidade da crise do sistema penitenciário enquanto instituição nos permite desmistificar a crença que associa a existência da crise ao marco neoliberal. A crise da prisão é anterior e surge desde o primeiro momento em que a cadeia foi gestada, ou seja, é nesse momento, então, que surge a questão. Se, por um lado, é certo que o neoliberalismo não gera a crise no sistema penitenciário, por outro, contudo, também é certo que esta crise é potencialidade, até por esse motivo se concorda com a importância de se buscar

---

3 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Revan, 2005. p.28 e ss.

4 MATOSO CÂMARA *apud* HOLLOWAY, Thomas. O Calabouço e o Aljube do Rio de Janeiro no Século XIX. In: MAIA, Clarissa Nunes et. all. **História das Prisões no Brasil**. Vol. I. Rio de Janeiro, Editora Rocco, 2009. p.273.

5 HOLLOWAY, Thomas. Op. Cit. p.255 e s.

6 FERREIRA, Ricardo Alexandre. O Tronco na Enxovia: Escravos e Livres nas Prisões Paulistas dos Oitocentos. In: MAIA, Clarissa Nunes et. all. **História das Prisões no Brasil**. Vol. I. Rio de Janeiro, Editora Rocco, 2009. p.201 e p.203.

compreender a dinâmica de produção de efeitos no ambiente prisional a partir da adoção de políticas socioeconômicas oriundas do modelo neoliberal.

Como expõe Figueiredo, a partir desse novo marco ocorre o deslocamento do braço social para o braço penal, o que, por consequência, gera o “grande encarceramento” a partir de uma “hipertrofia do aparelho punitivo e do crescimento vertiginoso da taxa de encarceramento”<sup>7</sup>. Esclarece Figueiredo que há 3 décadas houve a modificação da tendência carcerária brasileira que vinha de um cenário de relativa estabilidade, sendo o quantitativo de encarcerados de aproximadamente 60 mil pessoas no início da década de 1980, com um leve aumento para 69 mil presos no ano de 1985 para números absurdamente maiores em poucos anos. Esses números mais que dobram em apenas 10 anos, posto que, em 1995, o quantitativo já alcançava os 148 mil, o que terminou por se caracterizar em uma nova tendência, já que este número novamente dobrou nos dez anos seguintes, alcançando, assim, a marca dos 360 mil encarcerados em 2005, o que, na sequência dessa progressão geométrica, levou o número de presos a quase decuplicar em um período de 30 anos, uma vez que em termos aproximados esse quantitativo saltou de aproximadamente 90 mil pessoas presas em 1990 para algo próximo de 800 mil pessoas encarceradas em 2020<sup>8</sup>.

## 5. FORMAS ALTERNATIVAS DE PUNIÇÃO

Nesse contexto de hiperencarceramento surgem frequentemente questionamentos acerca do porquê de a adoção e de a implementação das penas alternativas não ter produzido qualquer redução nas taxas de emprisonamento. Essa pergunta tem sua origem na equivocada crença de que as penas alternativas emergiram como um instrumental destinado a racionalizar e a moldar um direito penal mínimo<sup>9</sup>. Como bem expõe Berdet, as penas alternativas são dotadas de dois vieses distintos. O primeiro consiste no de ser um instituto dotado de força política para desafiar a prisão, contudo, ao lado deste há o segundo viés que é o leva as penas alternativas a servirem como instrumentos de ação do sistema de justiça destinados a aumentar o âmbito e o espectro punitivo do poder do Estado, isso porque não se deve perder de vista que as penas alternativas são totalmente compatíveis com o “escopo de autoridade da justiça criminal” e servem como “modelo correcional extramuros”<sup>10</sup>.

---

7 FIGUEIREDO, Carlos Eduardo. **A Gestão dos Supérfluos**. Neoliberalismo e Prisão-Depósito. Rio de Janeiro: Editorial Mórula, 2021. p.64

8 FIGUEIREDO, Carlos Eduardo. Op. Cit. p.167.

9 Cf.: BERDET, Marcelo. Are Alternative Sanctions an Effective Civil Remedy to Overcrowding Prison Population in Brazil?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol.103. São Paulo, 2013. p.383–407.

10 BERDET, Marcelo. Os Significados da Punição nas Penas Alternativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol.131. São Paulo, 2017. p.458.

No Brasil, a Reforma da Parte Geral de 1984 pode ser tida como marco introdutório do modelo alternativo de pena criminal, isso não obstante já contarmos anteriormente, por exemplo, com a previsão do *sursis* em nosso Código Penal. Contudo, foi com a nova Parte Geral do Código Penal que as chamadas penas alternativas surgiram mediante a introdução legislativa das penas restritivas de direito em substituição às penas privativas de liberdade. A Reforma de 1984 inaugurou esse novo modelo ao trazer no artigo 43 do CP 3 (três) espécies de penas restritivas de direitos, a saber: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Contudo, as penas restritivas de direito somente ganharam maior difusão operacional em nosso sistema penal com a edição da Lei 9.714 de 1998 quando suas hipóteses de incidência e suas modalidades foram consideravelmente ampliadas. No caso, às três penas originais, foram acrescentadas a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Ressalte-se que o projeto original de lei trazia ainda a previsão do recolhimento domiciliar como mais uma espécie de pena restritiva de direitos. No entanto, esta última modalidade foi vetada, assim como a previsão do §1º do art. 44 que traria a admoestação verbal, o compromisso de frequência a curso e a submissão a tratamento como formas substitutivas a condenações inferiores a seis meses de prisão, isso em virtude de se ter entendido que tais disposições seriam contrárias ao interesse público, uma vez que segundo a leitura política da época tais modalidades seriam pouco coercitivas e, desse modo, incapazes de atenderem às finalidades preventivas da pena. Por outro lado, a prestação de serviços foi ampliada, de modo a também abarcar as entidades públicas como possíveis beneficiárias dos serviços a serem prestados pelos condenados.

O ponto de maior impacto trazido à realidade judiciária por meio desta reforma legislativa decorreu, grosso modo, da elevação do limite máximo de pena dos crimes dolosos, já que este passou de um lapso temporal inferior a 1 ano para até 4 anos, desde que não fosse crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Ou seja, ao se quadruplicar o requisito temporal, as penas alternativas passaram a abranger uma ampla variedade de casos, ganhando assim uma importância real e quantitativa em nosso sistema de justiça. No tocante aos crimes culposos, não houve novidades, permaneceu-se admitindo a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos independente do quantum de pena fixado.

A ampliação regulatória de 1998 das penas alternativas veio reafirmando a nova tendência punitiva extra-cárcere. Outro importante pilar desse novo modelo alternativo de intervenção penal decorreu da edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais que ganhara vida apenas 3 anos antes desta reforma de 1998. A Lei 9.099 de 1995 introduziu em nosso sistema um modelo especial de Justiça Penal negocial por intermédio de institutos como a composição civil dos danos,

a transação penal e a suspensão condicional da pena, o que, especialmente, em relação a estes dois últimos, municiou o Estado com novos e extremamente econômicos instrumentos de controle social formal.

Esse novo modelo punitivo extra-cárcere surgiu sob um atraente e amplo discurso acerca da necessidade de desencarcerar e evitar no ambiente prisional do maior número de pessoas possíveis, especialmente, daquelas que tivessem cometido infrações leves ou de menor potencial ofensivo, para que, desse modo, não fossem atingidas pelos efeitos deletérios do cárcere, como, por exemplo, o das carreiras criminosas. Esse discurso se concretizou em modificações legislativas que inicialmente introduziram e depois ampliaram as modalidades e as hipóteses de aplicação de penas restritivas de direitos e criaram as medidas alternativas de solução de conflito, como composição civil do dano, transação penal e suspensão condicional do processo como resposta penal para o tratamento das infrações de menor gravidade.

Ocorre, contudo, que esse novo modelo de controle penal não-encarcerador serviu para ampliar o alcance da justiça criminal sobre um maior número de pessoas a um custo muito menor, isto é, tratou-se de um modelo que serviu para escalar o controle penal a um maior número de indivíduos. Os números do encarceramento das últimas 3 décadas demonstram que o encarceramento não só não diminuiu, mas que aumentou de forma agressiva.

Antes que se pense equivocadamente a respeito do fracasso das penas restritivas de direito e do sistema negocial da Lei 9.099, importa registrar que ambos os modelos encontram forte incidência e reconhecimento em nosso sistema de justiça criminal. O resultado trazido por essas formas alternativas de pena e sancionamento não foi o prometido desencarceramento, mas sim a escalabilidade de nosso sistema de justiça criminal que passou a atuar com dois braços, um o encarcerador e outro o não encarcerador. Ou seja, essa nova tendência político-criminal trouxe novas ferramentas que permitiram ao Estado a um custo muito menor ampliar o controle social formal sobre um maior número de pessoas, posto que agora este se tornou possível independentemente da existência das prisões e das penitenciárias.

Nesta mesma senda de escalabilidade do controle social formal encontramos a introdução do monitoramento eletrônico que adentrou em nosso sistema penal abrangendo de condenados a não condenados e, por consequência, novamente ofertando mais meios técnicos para a expansão dos braços do Estado no âmbito criminal, apesar de o discurso justificador ser completamente diverso. Como expõe Japiassú, de um modo geral, em diferentes países, as justificações para a implantação da vigilância eletrônica encontram a seguinte tríade argumentativa: luta contra superpopulação carcerária, redução dos custos da prisão e

redução do risco de reincidência criminal<sup>11</sup>, apesar de haver também defesas do monitoramento eletrônico como uma técnica de reabilitação<sup>12</sup>, contudo, a realidade dos fatos vem demonstrando um quadro diverso, no qual o monitoramento eletrônico vem funcionando em muitos países “como um suplemento ao cárcere e não um substitutivo”, tanto que nos muitos países em que houve a introdução desta tecnologia houve um “aumento do número absoluto de apenados”<sup>13</sup>.

Na mesma linha e como um importante instrumento de reforço da Justiça Penal Negocial encontramos o acordo de não persecução penal introduzido pela Lei 13.964 de 2019 mediante a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal. O ANPP demanda a confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal sem violência ou grave ameaça cuja pena mínima seja inferior a 4 anos. A contrapartida do confesso muito se assemelha às espécies de penas restritivas de direitos, uma vez que dentre o rol de opções legais estão previstas a prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, a prestação pecuniária e a renúncia voluntária a bens e direitos. Trata-se de um instituto recente cuja implementação encontra-se ainda em processo de expansão, o que torna um pouco antecipada a realização de uma crítica empírica mais profunda. Em termos estatísticos, a partir de uma solicitação a cada Ministério Público, o CNJ obteve como resposta que, entre janeiro e julho de 2021, houve um quantitativo de 1.295 acordos de não persecução penal realizados e homologados, o que certamente demonstra ser uma pesquisa não reflete nem de perto os valores atuais e nem abrange todos os ANPPs realizados no citado período, ou seja, esses números estão extremamente subdimensionados, uma vez que partem de uma metodologia de coleta de dados quase “espontânea”, ou seja, muitos ANPPs realizados neste marco temporal não foram abarcados dentro deste número<sup>14</sup>. Uma amostra do subdimensionamento e da rápida expansão desses números pode ser obtida a partir da leitura da mídia institucional dos próprios Ministérios Públicos, assim, por exemplo, o MP-MG informa que realizou 9.473 ANPP neste mesmo ano de 2021, ou seja, só o MP-MG concretizou um número quase 8 (oito) vezes maior de ANPPs do que o informado pela pesquisa do CNJ<sup>15</sup>.

---

11 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Le Placement Sous Surveillance Électronique au Brésil. **Revue Internationale de Droit Pénal**. Vol. 82. Paris, 2011. p.221.

12 Nesse sentido, por exemplo, o caso belga: “in Belgium, where the EM-system moved away from an initial strong focus on rehabilitation and a highly individualized approach, to giving more prominence to systemic goals; that is, EM as a tool to reduce prison overcrowding and to ‘process’ an increasing group of people through the correctional system at a decreasing cost”: BEYENS, Kristel. Electronic monitoring and supervision: A comparative perspective. **European Journal of Probation**. Vol.9. Bucarest, 2017. p.6 e s.

13 RODRIGUES, Ellen; ALVES, Eduardo; SILVA, Otávio; Pádua, Marcella. Monitoramento Eletrônico de Pessoas no Brasil à Luz da Criminologia e do Direito Comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 168. São Paulo, 2020. p.192.

14 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; et. al. **Fortalecendo Vias para as Alternativas Penais: um Levantamento Nacional da Aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil**. Luis Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. (Orgs.). Brasília, 2023.p.25.

15 MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **MPMG celebra mais de nove mil acordos de não persecução penal em 2021**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/mpmg-celebra-mais-de-nove-mil-acor>

## 6. ESTATÍSTICAS

Após a realização desse panorama geral, interessa analisar com um pouco mais de cuidado os números que integram as estatísticas oficiais brasileiras, de modo a que possamos entender mais a fundo a realidade carcerária brasileira. Ao voltarmos nossos olhos para os dados nacionais referentes à Estatística do 13º Ciclo – Julho a Dezembro de 2022<sup>16</sup> elaborada pela Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN do Ministério da Justiça, verificamos que neste período logrou-se um total de 832.295 presos, dentre os quais 648.692 pessoas se encontravam encarceradas em celas físicas. Desse total, 642.638 presos estavam em celas do sistema penitenciário estadual e 499 do federal, enquanto que 5.555 se encontravam custodiados em carceragens das Polícias Civis, das Polícias Militares, dos Corpos de Bombeiros Militares e da Polícia Federal. Dentre os 643.137 indivíduos encarcerados em celas físicas do sistema penitenciário estadual e federal, o número de presos provisórios estaduais era de 180.346 e o dos federais foi de 37, enquanto que as parciais dos condenados a regime fechado eram de 328.244 no sistema estadual e 461 no federal. No sistema penitenciário federal não havia presos em outros regimes, tendo destaque apenas um único indivíduo que se encontrava em tratamento ambulatorial. Por outro lado, o sistema estadual totalizava um quantitativo de 124.718 condenados em regime semiaberto e 6.832 em regime aberto. No que se refere ao regime de prisão domiciliar encontramos um total de 183.603 indivíduos, sendo que destes, 91.362 se encontravam sob monitoramento eletrônico e 92.241 sem monitoramento. Ao se quebrarem estes números, encontram-se dentre os eletronicamente monitorados 2.316 pessoas em regime fechado, 49.235 no regime semiaberto, 15.734 no regime aberto e 23.958 presas provisoriamente. Em contrapartida, dentre os não monitorados eletronicamente havia 85.433 em regime aberto e 5.457 em regime semiaberto, restando apenas 558 indivíduos em regime fechado e 791 na condição de presos provisórios.

Esse quadro pouco se altera quando comparado ao 14º Ciclo referente ao período de janeiro a junho de 2023<sup>17</sup>. Neste mais recente ciclo encontramos uma população, em 30 de junho de 2023, de pessoas presas de 839.672. Esse número fraciona-se da seguinte forma: 649.592 pessoas integrando o contingente populacional carcerário prisional dentro do qual 644.305 estavam em celas físicas

---

dos-de-nao-persecucao-penal-em-2021.shtml. Acesso em 16/10/2023.

- 16 SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoi-ZWl5ODBhNTEtMTk1Zi00MzllLWVmNTgrMmE0Yjc3ZjUyYjhlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNnNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>. Acesso em: 18/10/2023.
- 17 SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoi-YzZlNWQ2OGUtrYmMyNi00ZGVkLTgwODgtYjVkbWVlODhmOGUwIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNnNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 18/10/2023.

estaduais e 489 em federais, sendo o restante de 4.798 presos em carceragens das Polícias Cíveis, Militares e Federal e dos Corpos de Bombeiros Militar. O restante dos presos do 14º Ciclo estavam em prisão domiciliar e totalizavam 190.080, dentre os quais 92.894 presos com monitoramento eletrônico e 97.186 sem monitoramento eletrônico.

Esses números devem ser confrontados com o total de vagas disponibilizadas no sistema prisional brasileiro. No ano de 2023, chegou-se ao máximo de vagas ofertadas, 482.875, número este que nem de longe cobre a atual demanda que é de 649.592 encarcerados. Ou seja, existe hoje um déficit de 166.717 vagas. Esse déficit não abrange o total de prisões não cumpridas, eis que se os mandados de prisão em aberto fossem executados integralmente, esse número sofreria um aumento exponencial, posto que, por exemplo, em 19/10/2023, a Estatística do Banco Nacional de Mandados de Prisão – BNMP do CNJ informa um total de 334.552 mandados de prisão em aberto<sup>18</sup>, ou seja, existem mais de 300 mil pessoas no Brasil que deveriam, mas não se encontram presas, isto é, praticamente metade de nosso efetivo carcerário. O fato é que se, por um lado, nos distanciamos dos déficits recordes dos anos de 2015 e 2019, 327.417 e 312.925, respectivamente, por outro, devemos ter em perspectiva que esse ainda é gigantesco, tanto em termos reais, quanto e principalmente em termos virtuais.

Esses números apresentam uma realidade que o canto da sereia de todas as reformas legislativas que introduziram os institutos penais desencarcerados ou negociais escondeu. Os novos instrumentos e as novas técnicas surgiram como arremedo para a insuficiência do Estado em sua capacidade de aprisionamento e não para esvaziar os presídios. Ou seja, os braços do Estado já não comportavam a demanda punitiva pós-Constituição de 1988 e, por isso, novos instrumentos de controle social e punitivo passaram a se fazer necessários. Olhar o fenômeno do grande encarceramento nos ajuda a quebrar mitos. Ao se comparar o ano de 2000 no qual se registrou um total de 232.755 pessoas presas com o ano de 2010 que alcançou o quantitativo de 496.251 torna-se evidente que não há sistema penitenciário que consiga comportar um crescimento exponencial dessa magnitude, ou seja, em dez anos, mais que dobrou o número total de presos. Essa é uma tendência que fez com que, no ano de 2019, o Brasil alcançasse o pico de 755.274 pessoas encarceradas e o segundo maior pico no déficit de vagas, 312.925. Essa tendência só sofreu uma reversão em 2020, primeiro ano da pandemia da COVID-19, já que o Estado, incluindo o Judiciário, se viu obrigado a rever determinadas políticas e planos de ações, o que produziu uma redução de 10,93% no efetivo carcerário, totalizando 672.697 pessoas encarceradas. Esse

---

18 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portal BNMP (cnj.jus.br). Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 19/10/2023.

número sofreu um leve aumento em 2021, mas em 2022 foi impactado por uma redução de 4,54%, alcançando o número de 648.692 pessoas encarceradas. Até o momento, em 2023, esse número sofreu um leve aumento, alcançando 649.592 de presos, o que demonstra estarmos vivenciando um momento de relativa estabilização e lateralização desses números<sup>19</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A potência adquirida pelo sistema punitivo penal nas quase 3 últimas décadas demanda do pesquisador um olhar amplo e detalhista para que este consiga compreender as causas, os efeitos, as tendências e os discursos declarados e ocultos que cercam este fenômeno. Esse olhar exige que se faça um estudo empírico baseado em estatísticas e dados concretos não só do sistema penitenciário, mas principalmente os relativos à atuação do Poder Judiciário, posto que só assim as Políticas Criminais assumidas pelo Estado via Legislativo e Executivo poderão ser confrontadas com a realidade. Esse confronto pressupõe que se compreenda a Política Criminal em dois níveis. Em um nível macro, investigar a Política Criminal como parte do conjunto total das Políticas Públicas do Estado, isto é, compreender suas relações e suas dinâmicas face as políticas econômicas e sociais adotadas é um dos pressupostos para apreensão intelectual dessa realidade. Contudo, existe também um nível micro que toca à formação de um entendimento de como concretamente o Poder Judiciário realiza essa Política Criminal que lhe é entregue pelo conjunto da obra da atuação dos outros Poderes.

Neste último nível, houve avanços nos últimos anos, mas ainda insuficientes. A Lei 12.106 de 2009 criou o Departamento de Monitoramento de Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, isto é, o DMF, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Com o propósito de operacionalizar o funcionamento do DMF, o CNJ editou resoluções, respectivamente, em 2009 e 2015, criando e organizando os Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais – GMF que, em realidade, são as fontes que alimentam as estatísticas do DMF. A institucionalização desses órgãos no âmbito do Poder Judiciário foi um avanço e nos fornece um quadro aproximado da realidade, contudo, demanda inúmeros aperfeiçoamentos, por exemplo, não existe padronização e nem clareza acerca dos números referentes às Penas e Medidas Alternativas e nem informação acerca do número de homologações de ANPPs.

---

19 SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAS. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYzZINW-Q2OGUyYmMyNi00ZGVkLTgwODgtYjVhMWI0ODhmOGUwliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNm-Ny05MWWyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 18/10/2023.

A título de exemplo, o GMF do TJ-RJ<sup>20</sup> informa que, em setembro de 2023, foram aplicadas 1.947 penas e medidas alternativas à prisão, contudo, esse número é formado por instrumentos os mais diversos possíveis, por exemplo, nos três primeiros lugares, consta a informação de que foram aplicadas 634 multas, 323 prestações de serviço e 258 custas processuais, sendo ainda informado que no décimo lugar está a imposição de taxa judiciária cuja ocorrência se deu em 27 casos. Ou seja, trata-se de um verdadeiro saco de gatos que chega, inclusive, a contabilizar dentro deste número as medidas de segurança aplicadas.

Parece evidente a partir deste pequeno exemplo de que há ainda o que se avançar na coleta e na leitura desses dados. Essa crítica se reforça, por exemplo, da leitura dos dados do DMF-CNJ acerca do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU que, por exemplo, ainda não coleta os dados do TJ-SP, TRF-4, TREs e STM. Por outro lado, os quantitativos apresentados no banco de dados do SEEU não devem ser lidos como pessoas, mas como número de processos, sob pena de multiplicarmos indevidamente os valores e, assim, destoarmos os números da realidade, o que, apesar de não intuitivo, é rapidamente confrontável quando os comparamos às estatísticas do Ministério da Justiça. A título de exemplo, o CNJ<sup>21</sup> informa que, com as exceções anteriormente indicadas dos citados tribunais, há 1.406.856 execuções penais em tramitação no SEEU, sendo 797.715 referentes a penas privativas de liberdade, 305.435 a penas alternativas, 8.449 a medidas de segurança, 11.836 à suspensão condicional da pena e 141.479 ao livramento condicional. Ou seja, para nos limitarmos a um só exemplo, sem os dados do TJ-SP, o Brasil possui 797.715 execuções penais em curso de penas privativas de liberdade no SEEU, enquanto que o 14º Ciclo DEPENDEN informa que, em junho de 2023, tínhamos 649.592 pessoas encarceradas em todo o país. Essa simples divergência nos indica que ainda há um longo caminho pela frente para compreendermos o funcionamento concreto do nosso sistema penal, tanto no ambiente intra, quanto no extra-cárcere. De todo o exposto, denota ser indubitável que a meta mais premente a ser executada reside no aperfeiçoamento da coleta, discriminação e interpretação dos dados, de modo a que esses sejam úteis à formação de estatísticas que nos permitam compreender a dinâmica de funcionamento das Políticas Penal e Penitenciária executadas até o momento e, assim, nos capacite a projetar mudanças no ambiente penal intra e extramuros que decorram de uma política associada à realidade e não mais essa [distópica com a qual nos acostumamos a conviver.

---

20 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ESTATÍSTICAS - GMF - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (tjrj.jus.br) Disponível em: <http://gmf.tjrj.jus.br/estatisticas> . Acesso em: 18/10/2023.

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. SEEU - Dashboard (cnj.jus.br). Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f8f79a16-35a2-43fe-a751-34ba131ffc1f&sheet=74a59799-5069-461d-a546-91259016a931&clang=p-t-BR&opt=cursel>. Acesso em: 18/10/2023.



# PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PENAS DE CURTA DURAÇÃO

EDUARDO MANHOSO<sup>1</sup>

NATÁLIA MACEDO SANZOVO<sup>2</sup>

ORLY KIBRIT<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

A utilização e a eficácia das penas privativas de liberdade de curta duração (penas inferiores a 12 meses) têm sido objeto de debate nos últimos anos. Defensores da utilização das penas de curta duração argumentam que a abolição de tais sentenças resultaria em “indivíduos criminosos que ficariam livres para cometer novos crimes”<sup>4</sup>, ao passo que os opositores das referidas penas afirmam que “tais sentenças são ineficazes pois sua aplicação resulta em aumento da criminalidade”<sup>5</sup>.

As penas privativas de liberdade de curta duração estão previstas em vários ordenamentos jurídicos e se caracterizam, principalmente, por serem anteriores à condução do processo penal, ou seja, trata-se da possibilidade de se aplicar a pena de prisão por alguns dias ou meses, em caráter preliminar e em substituição a uma pena aplicável ao final do processo, com o intuito de promover uma punição célere e, como meio dissuasório, reprovar socialmente a conduta do indivíduo.

Considerando os inúmeros questionamentos sobre a utilização e eficácia das penas de curta duração, o presente artigo busca contribuir com o objetivo geral da presente obra que versa sobre a efetividade e a legitimidade de tais penas, bem como a pertinência ou não da inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Com intuito de colaborar com o debate sobre os limites da atuação do Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito, op-

---

1 Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Segurança Pública e Cidadania” (CNPq) e “Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional” (CNPq), ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogado. E-mail: eduardomh@outlook.com.br.

2 Doutoranda e Mestra pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da USP. Research fellow no Departamento de Criminologia da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Ottawa, Canadá.

3 Mestra e doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e professora da Faculdade de Direito da mesma instituição. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIFIEO. Assessora na Procuradoria Regional da 3ª Região.

4 BRADER, Claire. **Short prison sentences**: Calls for change. UK Parliament, 2020, p. 02. Disponível em: <<https://lordslibrary.parliament.uk/short-prison-sentences-calls-for-change/>>. Acesso em 27 de setembro de 2022.

5 Ibidem, p. 02

tou-se por analisar as penas de curta duração sob o aspecto do princípio de presunção de inocência, de modo a compreender se a implementação das referidas penas no ordenamento jurídico brasileiro possibilitaria o exercício da presunção de inocência ou este restaria prejudicado, tendo em vista as vertentes da garantia constitucional.

Neste sentido, o primeiro item deste artigo abordará as penas de curta duração de modo a analisar suas principais características e seus efeitos práticos. O segundo item trará explicações acerca da garantia constitucional da presunção de inocência e serão analisadas suas vertentes e implicações práticas. Por fim, serão analisados os impactos da presunção de inocência nas penas de curta duração, de modo a compreender se a aplicação das penas de curta duração possibilitaria o exercício da presunção de inocência ou restaria este prejudicado tendo em vista as vertentes da garantia constitucional.

## 1. AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO.

As penas privativas de liberdade de curta duração – conhecidas como *Short Prison Sentences* - estão previstas em vários ordenamentos jurídicos e se caracterizam, principalmente, por serem anteriores à condução do processo penal. São definidas pela possibilidade de serem aplicadas antecipadamente por alguns dias ou meses em substituição a uma pena aplicável ao final do processo, com o intuito de promover uma punição célere e com caráter dissuasório de reprovar socialmente o comportamento do indivíduo.

O instituto das penas privativas de liberdade de curta duração tem sido objeto de debates e questionamentos e alvo de reiterados pedidos de reforma na Inglaterra e no País de Gales. Em julho de 2001, a revisão *Making Punishments Work*<sup>6</sup>, também conhecida como *Halliday Review*, analisou a estrutura de sentença na Inglaterra e no País de Gales e concluiu que as penas de prisão de curta duração não se mostraram ‘aptas’ ao enfrentamento do crime quando comparadas a outras penas.

Em 2018, o Comitê de Justiça da Câmara dos Comuns – *House of Commons* - recomendou no relatório *Transforming Rehabilitation*<sup>7</sup> que o governo se posicionasse contrariamente às penas de prisão de curta duração. Em resposta, em 2019, um estudo do Ministério da Justiça do Reino Unido concluiu que a aplicação de penas de prisão inferiores a 12 meses estavam associadas a maiores

---

6 Making Punishments Work. **The National Archives**, 2001. Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/uk-gwa+/http://www.homeoffice.gov.uk/documents/halliday-report-sppu/chap-1-2-halliday2835.pdf?view=Binary>>. Acesso em 26 de setembro de 2022.

7 House of Commons Justice Committee. **Transforming Rehabilitation**, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmjust/482/482.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2022

níveis de reincidência do que as demais sentenças, razão pela qual, o secretário de Justiça do Reino Unido, DAVID GAUKE, defendeu que o sistema de justiça criminal deixasse de usar penas de prisão de até seis meses<sup>8</sup>.

As penas de curta duração permaneceram sendo alvo de críticas. Em março de 2019, ELLIE REEVES (Deputada de Lewisham West e Penge – Reino Unido) liderou um debate no *Commons*<sup>9</sup> sobre o custo e a eficácia das sentenças de prisão de menos de 12 meses e sustentou que penas de curta duração resultaram em opções não eficazes para atender às necessidades da população carcerária, citando, como exemplo, o acesso limitado à educação, trabalho e demais programas de acolhimento ao encarcerado.

O relatório da ONG - *Prison Reform Trust*<sup>10</sup> apresentou que o governo possui um enorme desafio com centenas de pessoas entrando e saindo do sistema de justiça penal semanalmente em razão de sentenças de curta duração, as quais acabam por pressionar ainda mais um sistema prisional já sobrecarregado e superlotado. De acordo com o relatório, inspeções realizadas nos centros de detenção de Nottingham, Liverpool, Wormwood Scrubs e Wandsworth apresentaram problemas de segurança e superlotação, identificando mais incidentes de automutilação e agressões do que nunca, bem como casos de suicídio, tendo em vista que ao menos 69 pessoas tiraram a própria vida em 2018<sup>11</sup>.

Segundo o documento, em 2017, mais de 37.000 pessoas foram presas para cumprir pena de menos de um ano, sendo que quatro em cada cinco pessoas cometeram crime não violento. Os dados ainda demonstraram que aproximadamente 2/3 das pessoas que cumpriram penas de curta duração ainda poderão ser reincidentes dentro de um ano, após a concessão do alvará de soltura<sup>12</sup>.

O relatório também apontou que períodos curtos de tempo na prisão podem agravar as condições de vida de pessoas que já se encontravam em situações precárias antes do encarceramento, tendo em vista que a prisão - ainda que por

---

8 BRADER, Claire. **Short prison sentences: Calls for change.** UK Parliament, 2020, p. 3 e 4. Disponível em: <<https://lordslibrary.parliament.uk/short-prison-sentences-calls-for-change/>>. Acesso em 27 de setembro de 2022.

9 REEVES, Ellie. **Short Prison sentences.** UK Parliament, 2019. Disponível em: <<https://hansard.parliament.uk/commons/2019-03-07/debates/90D3E5F1-55EC-45A2-B7B0-D2C180DFC6CF/ShortPrisonSentences>> . Acesso em 26 de setembro de 2022.

10 *Prison Reform Trust* (PRT) é uma organização sem fins lucrativos do Reino Unido, que tem como missão a criação de um sistema penal justo, humano e eficaz. A PRT foi fundada em 1981 para informar e influenciar o debate público sobre as condições prisionais e o tratamento dos encarcerados e atua sob as seguintes os principais objetivos: 1º reduzir a prisão desnecessária e promover encaminhamentos alternativos ao crime; 2º melhorar o tratamento e as condições dos presos e seus familiares; e 3º promover a igualdade e os direitos humanos no sistema de justiça. Disponível em: <<https://prisonreformtrust.org.uk/about/>>.

11 Restore stability to our jails with a presumption against short prison sentences. **Prison Reform Trust**, 2018. Disponível em: <<https://prisonreformtrust.org.uk/restore-stability-to-our-jails-with-a-presumption-against-short-prison-sentences/>> . Acesso em 28 de setembro de 2022.

12 Ibidem.

um breve período de tempo – pode prejudicar ainda mais estas pessoas, afetando, por exemplo, seus empregos e suas famílias<sup>13</sup>.

O documento chamou atenção que após a Escócia ter introduzido uma determinação contrária ao uso de penas privativas de liberdade de menos de três meses, observou-se uma redução de 15% na utilização de penas entre três e seis meses. Além disso, o governo escocês também assumiu o compromisso de alargar esta determinação para penas inferiores a 12 meses. O relatório alertou que embora os tribunais sejam livres para aplicar penas de curta duração, tal determinação exige que os juízes justifiquem suas sentenças<sup>14</sup>.

De acordo com a ONG - *Prison Reform Trust*, se a mesma determinação fosse aplicada na Inglaterra estima-se que cerca de 13.500 pessoas deixariam de entrar na prisão a cada ano, desafogando o sistema prisional e reservando a prisão exclusivamente para aqueles que necessariamente precisam estar lá<sup>15</sup>.

O secretário de Justiça DAVID GAUKE e o ministro das prisões RORY STEWART se posicionaram sobre a necessidade em reduzir o uso de penas de curta duração, porém ambos não chegaram a pedir a introdução de uma determinação legislativa, como ocorreu na Escócia.

Sobre tais declarações manifestou-se o diretor do *Prison Reform Trust* - PETER DAWSON:

Foi bom ouvir tanto o secretário de Estado da Justiça como o ministro responsável pela sentença falarem em público sobre a ineficácia das penas de prisão de curta duração e a necessidade urgente de redução do seu uso. Isso é verdade mesmo para os casos em que os sentenciadores “perderam a paciência” com um infrator reincidente – mandá-los para a prisão pioraria ainda mais as coisas a longo prazo. Os ministros devem seguir suas próprias convicções e introduzir uma determinação legislativa contra o uso dessas sentenças destrutivas de uma vez por todas<sup>16</sup> (tradução nossa).

Em 2019 finalmente foi apresentado um pedido de reforma das penas de curta duração pelo Ministério da Justiça do Reino Unido que reuniu três principais justificativas para sua reforma. São elas: 1. Não funcionam; 2. São destinadas às infrações de menor potencial ofensivo para as quais já existem melhores respos-

---

13 Ibidem.

14 Restore stability to our jails with a presumption against short prison sentences. **Prison Reform Trust**, 2018. Disponível em: < <https://prisonreformtrust.org.uk/restore-stability-to-our-jails-with-a-presumption-against-short-prison-sentences/> > . Acesso em 28 de setembro de 2022.

15 Ibidem.

16 Texto original: “It has been good to hear both the Secretary of State for Justice and the minister with responsibility for sentencing speak in public about the futility of short prison sentences and the urgent need to reduce their use. This is true even for those cases where sentencers have ‘lost patience’ with a repeat offender—sending them to prison still makes matters worse in the long term. Ministers should follow their own evidence and introduce a presumption against the use of these destructive sentences once and for all.” *Ibidem*.

tas não privativas de liberdade na justiça criminal e, 3. Criam caos e superlotação no sistema penitenciário<sup>17</sup>.

A primeira justificativa – *não funcionam* – foi um dos critérios-chaves para a construção da proposta de reforma. Conforme declarou o secretário de Justiça, DAVID GAUKE, as penas de curta duração não funcionam para a redução da reincidência, tendo em vista que estudos recentes apontaram que delitos semelhantes apenados com sentenças não privativas de liberdade se apresentaram como menos propensos a novas condenações do que aqueles que receberam uma pena de curta duração. De acordo com os ministros: “a pena de curta duração é longa o suficiente para ser perturbadora, mas não longa o suficiente para reabilitar” (tradução nossa)<sup>18</sup>.

A segunda justificativa apresentada é que as sentenças de penas de prisão de curta duração são geralmente usadas para violações menos graves ou nocivas às quais há respostas muito melhores fora do âmbito da privação de liberdade. De acordo com GAUKE, casos como furtos em lojas, por exemplo, podem muito bem ser responsabilizados com mais eficácia na comunidade do que em uma cela de prisão<sup>19</sup>.

A terceira justificativa – *criam caos e superlotação no sistema penitenciário* – é, na verdade, o principal argumento para legitimar a proposta de reforma nas penas de curta duração, tendo em vista que o alto volume de sentenças com penas inferiores a 12 meses ocasiona problemas no sistema prisional, como a questão da superlotação carcerária<sup>20</sup>.

A degradação das condições no sistema penitenciário tem sido objeto de críticas constantes ao longo de vários anos. Com o advento das penas de privação de liberdade de curta duração houve aumento significativo no volume de sentenças com penas inferiores a 12 anos, gerando problemas de todas as ordens nas prisões. Na esfera administrativa, por exemplo, a alta rotatividade dessa população tem sido responsável por aumentar a situação caótica nos presídios. O processo de admissões aos inúmeros recém-chegados é descrito como uma das principais causas de impacto nos recursos prisionais<sup>21</sup>.

Todo este caos e superlotação carcerária não resulta em redução da criminalidade, ao contrário, inúmeras pessoas são inseridas no sistema penitenciário de

---

17 Centre for Crime and Justice Studies, “**Stopping Short? Sentencing Reform and Short Prison Sentences**”, UK Justice Policy Review, August 2019, p. 01.

18 Centre for Crime and Justice Studies, “**Stopping Short? Sentencing Reform and Short Prison Sentences**”, UK Justice Policy Review, August 2019, p. 02.

19 Ibidem, p. 02.

20 Ibidem, p. 03.

21 Ibidem, p. 03.

modo desnecessário, as quais poderiam receber outro tipo de responsabilização, diversa da privação da liberdade.

Neste sentido foi realizado o pronunciamento de DAVID GAUKE, aquele que seria seu último discurso público como então secretário de justiça, em 18 de julho de 2019. Na ocasião, o secretário deu várias indicações sobre as opções de reforma que estavam sendo consideradas e afirmou categoricamente que “afastar-se das sentenças de prisão de até seis meses proporcionaria uma mudança real e positiva no sistema de justiça criminal”, destacando, então, duas principais opções de reforma nas penas de curta duração<sup>22</sup>:

1. Estabelecer um limite que proibiria a imposição de penas privativas de liberdade – de até seis meses de duração.
2. Determinar que as penas de prisão de curta duração só poderiam ser impostas em circunstâncias excepcionais<sup>23</sup> (tradução nossa).

A realização de uma reforma no instituto das penas de curta duração significaria que a Inglaterra e o País de Gales seguiriam o exemplo da vizinha Escócia, tendo em vista que em 2011 a Escócia introduziu uma determinação contra sentenças de prisão de menos de três meses. Em junho de 2019 a determinação foi ampliada contra sentenças de prisão de menos de 12 meses, ocasião em que CYRUS TATA, do Comitê de Justiça Escocês, enfatizou que a prisão deve operar sempre como ‘último recurso’<sup>24</sup>.

A reforma destas sentenças também significa impacto direto na população prisional e nas pessoas em liberdade condicional, tendo em vista a inevitável redução do período de tempo em que alguém é mantido na prisão. Todavia, o relatório destaca que “mesmo que essa agenda de reformas sobreviva, parece provável que seja, na melhor das hipóteses, um contrapeso fraco para um sistema que está sendo reformado simultaneamente para prender pessoas por mais tempo<sup>25</sup>” (tradução nossa).

Neste sentido, as reformas nas sentenças de curta duração devem sim ser impulsionadas, porém, dentro do contexto da reforma geral no sistema de justiça criminal, com enfoque no alto número de prisões, sendo crucial uma revisão coerente e abrangente da duração das penas de prisão de modo geral. De modo contrário, corre-se o risco do abandono contínuo de respostas não privativas de

---

22 Centre for Crime and Justice Studies, “**Stopping Short? Sentencing Reform and Short Prison Sentences**”, UK Justice Policy Review, August 2019, p. 03.

23 Texto original: 1. A bar whereby the imposition of custodial sentences up to a certain length would be prohibited. 2. A ‘presumption against’ whereby prison sentences of a certain length would only be able to be imposed in exceptional/particular circumstances. *Ibidem*, p. 03.

24 *Ibidem*, p. 03.

25 Texto original: Even if this reform agenda does survive, it seems likely it would be at best a weak counterweight to a system simultaneously being reformed to lock people up for longer. *Ibidem*, p. 10.

liberdade e de perpetuar com a utilização do *status quo* da prisão, em vez de freá-lo<sup>26</sup>.

## 2. A GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

A presunção de inocência é uma garantia basilar do Estado Democrático de Direito<sup>27</sup>, trazida inicialmente pelo artigo 8º da Constituição da Virgínia e pelos artigos 7 e 9 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Antes disso, tal como no período medieval, a falta de provas, “conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova”<sup>28</sup>. Mesmo em 1930, o Código Rocco de 1930 afastou a garantia da presunção de inocência, classificando-o como uma extravagância, derivada dos princípios da Revolução Francesa, o que geraria excesso às garantias individuais<sup>29</sup>.

Evolui-se e hoje não se admite que, tal como ocorria em regimes processuais inquisitórios, se inverta a presunção de inocência. Nosso Constituinte Originário, inspirado por ares democráticos, acertadamente colocou o postulado como garantia fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

No campo internacional, a garantia do estado de inocência é reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu artigo 11, afirma que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que se prove sua culpa, conforme a lei, em julgamento público no qual sejam asseguradas todas garantias necessárias à sua defesa”. Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 14.2, é claro em consignar que “qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”. Também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais diz que “toda pessoa acusada de um delito será presumida inocente até que se prove

---

26 Centre for Crime and Justice Studies, “**Stopping Short? Sentencing Reform and Short Prison Sentences**”, UK Justice Policy Review, August 2019, p. 11.

27 Nesse sentido, Tolentino assevera que a presunção de inocência é verdadeiro instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito, de forma que sua observância durante o processo criminal pode ser vista como critério de consolidação da ideologia proposta pela Constituição Federal (TOLENTINO, Laura Souto. **Presunção de inocência enquanto princípio estruturador do processo penal democrático**. In: PINTO, Felipe Martins (org.). Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019, p. 209-224)

28 Ferrajoli, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2002. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 441.

29 *Ibidem*, p. 442.

sua culpabilidade conforme a lei”. A garantia é reiterada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em seu artigo 48, assim como na Convenção Interamericana de Direitos Humanos no artigo 8.2, segundo o qual “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 segue o mesmo entendimento internacional. Presume-se, enquanto não forem constituídas provas válidas e lícitas em sentido contrário, dentro do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório judicial, que o acusado é inocente. Por óbvio, enquanto não alcançado o trânsito em julgado do processo criminal, o acusado não pode sofrer as consequências da condenação criminal, ante a presunção de inocência que lhe socorre. Da mesma forma, se houver qualquer dúvida que seja, necessária a absolvição por falta de provas<sup>30</sup>, julgando improcedente a ação penal, por força do princípio do *in dubio pro reo*.

Aliás, a Constituição Federal foi além e afirma que, enquanto não alcançado o trânsito em julgado da ação penal, o réu é presumidamente inocente, diferentemente dos diplomas internacionais que não trazem expressamente essa questão. Logo, enquanto não houver, nas palavras de FERRAJOLI, “sentença definitiva de condenação”<sup>31</sup>, não se pode executar a pena<sup>32</sup>.

Este foi, inclusive, o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete da nossa Constituição Federal, em julgamento paradigmático. Entendeu-se que, antes do trânsito em julgado, não se pode executar a pena aplicada, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.<sup>33</sup>

Há certa divergência, ainda não resolvida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de executar imediatamente a pena daqueles

---

30 Por nossa legislação processual penal, a insuficiência probatória acarreta a absolvição prevista no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

31 Ferrajoli, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2002. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 441.

32 Pontual, nessa questão, José Afonso da Silva: “Na verdade, o texto brasileiro não significa outra coisa senão que fica assegurada a todos a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário.” (SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, p. 158).

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43 DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado: 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

que sejam condenados por crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal de Júri.<sup>34</sup> Entretanto, enquanto não julgada essa questão, permanece a impossibilidade de se executar a pena antes do trânsito em julgado, ante a garantia do estado de inocência.

Sobre a mencionada garantia, surge relevante afirmar que sua eficácia deve ser apurada em três dimensões<sup>35</sup>. Em primeiro lugar, a presunção de inocência deve ser tratada como norma de julgamento, de forma que se impõe o dever de tratamento ao réu de que ele é presumidamente inocente enquanto não houver trânsito em julgado. Logo, não pode sofrer qualquer consequência de futura condenação, ressalvada a possibilidade de medidas cautelares preventivas ou cautelares, por carregarem natureza diversa.

Depois, em segundo lugar, a presunção de inocência é norma probatória. Não se admite a inversão do ônus probatório<sup>36</sup>, tal como é aplicado ao processo civil (art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil), considerando que não cabe ao réu comprovar que não praticou o crime, mas sim ao órgão acusador demonstrar, sem qualquer mínima dúvida, a existência do crime e que foi o réu o autor, como explica FENECH: “para que um tribunal declare a existência de responsabilidade e imponha uma sanção penal e outra penal se o caso, a uma determinada pessoa, é preciso que se adquira a certeza que se cometeu uma infração legalmente apenada e que foi o autor dela quem se condena”<sup>37</sup>.

Isso porque, considerando que se trata da ação penal condenatória, o réu não manifesta pretensão própria, mas simplesmente procura afastar o acolhimento do pedido trazido pelo autor da demanda. É que, sob o viés processual, a acusação imputa os fatos atribuindo-os ao réu, como afirma JARDIM<sup>38</sup>.

---

34 Esta questão vem sendo discutida no recurso extraordinário nº 1.235.340, de Santa Catarina, que, atualmente, se encontra suspenso por pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, em 04 de maio de 2020.

35 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 109.

36 “No processo penal, diante da garantia constitucional da presunção de inocência, não há distribuição do ônus da prova, que pesa todo sobre a acusação. Trata-se de um ônus da prova unidirecional, não havendo, pois, distribuição do ônus da prova, como ocorre no processo civil. Além disso, em decorrência da garantia constitucional da presunção de inocência, também não são admitidas o processo penal presunções legais ou judiciais contra o acusado.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters, 2021. p. 496). No mesmo sentido: SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 8, n. 2, 2022. DOI: 10.22197/rbdpp.v8i2.705. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/705>. Acesso em: 8 set. 2022; NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 243–275, 2018. DOI: 10.22197/rbdpp.v4i1.124. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/124>. Acesso em: 8 set. 2022; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201961>. Acesso em: 8 set. 2022; DUMONT, Paola Alcântara Lima. Presunção de inocência e standard probatório. In: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019, p. 385-398.

37 FENECH, Miguel. **El proceso penal**. 1956, p. 162-163 apud NORONHA, Magalhães E. Curso de direito processual penal. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89. Tradução livre.

38 JARDIM, Afrânio Silva, **Direito processual penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 212-213.

A terceira dimensão de eficácia da presunção de inocência é o seu reconhecimento como norma de julgamento. É imprescindível que exista suficiência de provas para prolação da sentença condenatória. Não é admitida que a condenação seja lastreada em presunções ou suposições. Se o standard probatório for frágil, impõe-se sua absolvição por aplicação do princípio do *in dubio pro reo* (art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal). E, para fins de demonstração inequívoca da culpabilidade, JORDI FERRER-BELTRÁN propõe as seguintes premissas:

Feitas essas construções, já é oportuno apresentar a proposta de standard de prova penal, que fixaria o nível de exigência da hipótese acusatória no momento final da decisão sobre os fatos provados do caso. Assim, para considerar provada a hipótese da culpabilidade devem ocorrer conjuntamente as seguintes condições:

- 1) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições relativas aos novos dados que a hipótese permitir formular devem ter resultado confirmadas.
- 2) Devem ter-se refutado todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados compatíveis com a inocência do acusado, excluídas meras hipóteses ad hoc.<sup>39</sup>

Portanto, pelo raciocínio implementado, é necessário que haja “um grau muito alto de corroboração de hipótese acusatória em processo penal”<sup>40</sup>. Nem mesmo a alta probabilidade autoriza a condenação, mas apenas a certeza da ocorrência do delito e da respectiva autoria<sup>41</sup>. Em outras palavras, para que a presunção de inocência seja afastada, é necessário que o *standard* probatório seja suficiente e rígido<sup>42</sup>. É o que explica ANDRÉ SZESZ:

Isto é, se a prova produzida nos autos não confirma a hipótese acusatória no grau exigido pelo standard, deve-se absolver, porque o prejuízo por uma condenação injusta é maior do que o prejuízo por uma absolvição injusta.

No processo penal há, por isso, uma relação direta entre a presunção de inocência e o standard probatório: parece claro que apenas um standard bastante rígido é compatível com esse princípio, pois a predileção pela liberdade é a escolha política que guia o processo penal democrático. Assim, no gerenciamento dos erros, deve-se pretender que haja mais culpados absolvidos do que inocentes condenados.<sup>43</sup>

---

39 FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoración racional da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 210.

40 Ibidem, p. 211.

41 STREE, Walter. **In dubio pro reo**. 1967, Berlim, Alemanha, p. 19. No mesmo sentido, Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior sustentam que é imprescindível o juízo de certeza dos fatos imputados (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 110).

42 LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 108. No mesmo sentido: SZESZ, André. *Op. Cit.*

43 SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 8, n. 2, 2022. DOI: 10.22197/rbdpp.v8i2.705. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/705>. Acesso em: 8 set. 2022.

Em suma, “para superar a presunção de inocência, não basta que a hipótese incriminatória seja provável e possua confirmação em mais provas, é também necessário que eventuais hipóteses sejam afastadas”<sup>44</sup>

Não obstante as razões trazidas, é tranquila a questão de que as prisões provisórias, desde que amparadas concretamente nos requisitos estabelecidos pela legislação, não violam a garantia da presunção de inocência<sup>45</sup>, sobretudo porque admitida pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXI) e considerada a natureza diversa entre prisão-pena e prisão cautelar. O que não se admite, por ser ilegal e por violar a garantia da presunção de inocência, é que a custódia cautelar seja manejada para antecipação de culpa (art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal), porquanto estaríamos a tratar o acusado, antes de alcançada a coisa julgada, como se condenado fosse, na contramão da presunção de inocência em sua vertente norma de tratamento.

Logo, a presunção de inocência, com amparo em diversos diplomas, garante ao réu que seja tratado como inocente enquanto não forem exauridos todos recursos por ele interpostos, assim como na hipótese de não apresentadas provas legítimas que demonstrem a culpabilidade de maneira satisfatória.

Fixadas tais premissas, realizar-se-á a análise de tais alegações em contraposição com as penas de curta duração, com intuito de verificar sua legitimidade.

### **3. AS PENAS DE CURTA DURAÇÃO SOB O ENFOQUE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

As penas de curta duração, cujo conceito foi anteriormente apresentado, encontraria verdadeiro obstáculo em um Estado que diz carregar consigo o processo penal democrático que preza por garantias individuais. A presunção de inocência hoje é carta marcada nos inúmeros Tratados de Direitos Humanos e Constituições em geral. Portanto, estes países prezam que o sujeito seja considerado inocente até que se prove o contrário.

E seria, no mínimo, antagônico, admitir a legitimidade das penas de curta duração, considerando o dever do Estado de inequivocadamente demonstrar a culpabilidade do réu e a necessidade de que este seja tratado como inocente até que se demonstre, sem quaisquer dúvidas, a imputação criminal. Em outras palavras, o imputado teria que, liminarmente, cumprir uma pena, sem que, contudo, seja tratado como inocente durante o procedimento, ante a imediata exequibili-

---

44 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201961>. Acesso em: 8 set. 2022.

45 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª Edição, São Paulo: Saraiva, p. 607.

dade do instituto, assim como, por óbvio, seria impelido a cumprir uma pena se que todas provas válidas fossem produzidas perante a ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Por essas razões que o instituto, ao ser contraposto com a garantia da presunção de inocência, não encontra mínimo amparo nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988. Aliás, encontraria expresso óbice no artigo 313, § 1º, do Código de Processo Penal, que veda o manejo de prisão preventiva para fins de antecipação de culpa. Diferentemente o que ocorria no revogado Código de Processo Penal de 1941, em que havia presunção de culpa e a prisão provisória era “regra até o final do processo, com a incidência da antecipação de culpa”<sup>46</sup>. A presunção de culpabilidade, na realidade, é característica do sistema inquisitorial e que não encontra qualquer base no processo penal democrático<sup>47</sup>. Daí porque a doutrina assenta que:

O princípio da presunção da inocência objetiva evitar os juízos condenatórios antecipados contra o acusado, sem uma detida consideração da prova dos fatos e a carga da prova, como também obriga a somente determinar a responsabilidade do acusado por meio de uma fundamentada e congruente sentença que esteja de acordo com as fontes de direito previstas pelo ordenamento jurídico.<sup>48</sup>

De todo modo, tem-se que as penas de curta duração, além de violar a garantia da presunção de inocência – tratando o réu como se culpado fosse desde o início e condenando-o mesmo sem que garantido o direito de defesa e produzidas todas provas necessárias pelo órgão acusador, ataca o próprio artigo 155 do Código de Processo Penal, que impede que a condenação alicerçada tão somente em provas inquisitórias, produzidas no curso do inquérito policial<sup>49</sup>.

Portanto, executar as penas de curta duração acabaria por “condená-lo” previamente, sem que todas provas, produzidas durante o devido processo legal e contraditório judicial, fossem apresentadas, violando a presunção de inocência em sua vertente norma de julgamento. Além disso, as penas de curta duração encontrariam óbice no viés “norma de tratamento” da presunção de inocência, que garante ao jurisdicionado que seja tratado como inocente enquanto não houver trânsito em julgado da ação penal. Não se poderia falar em tratamento como inocente se, liminarmente, fosse obrigado a cumprir a pena de curta duração.

---

46 PACCELLI, Eugênio. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10

47 Ferrajoli, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2002. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 441.

48 OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. A dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal. In: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019, p. 25-45.

49 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

De todo modo, tem-se que as penas de curta duração, além de atentar diretamente, portanto, as balizas do processo penal democrática, são amplamente criticadas pela doutrina, pela falta de eficácia no reeducando:

Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinqüente entorpecido, o fato de retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso são alguns argumentos que apóiam os ataques que se iniciam no seio da União Internacional de Direito Penal (Congresso de Bruxelas de 1889)<sup>50</sup>

Logo, a pena de curta duração imediatamente exequível, sem que seja o órgão acusador obrigado a comprovar, no curso do devido processo legal e de maneira lícita, as provas determinantes da culpabilidade, e que o réu seja tratado como inocente, violam a plena garantia de presunção de inocência, sobretudo nas vertentes “norma de julgamento” e “norma de tratamento”, com amparo nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar as penas privativas de liberdade de curta duração sob o aspecto da garantia constitucional da presunção de inocência, de modo a observar se referido princípio constitucional constituiria um óbice à inserção das penas de curta duração no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme exposto, as penas privativas de liberdade de curta duração estão previstas em vários ordenamentos jurídicos e se caracterizam, principalmente, por serem anteriores à condução do processo penal, ou seja, pela possibilidade da pena de prisão ser aplicada por alguns dias ou meses, em caráter preliminar e em substituição a uma pena aplicável ao final do processo, com o intuito de promover uma punição célere e, como meio dissuasório, reprovar socialmente a conduta do indivíduo.

Alvo de inúmeras críticas, as penas de curta duração foram objeto de reforma em vários locais que passaram a prever sua aplicação, os quais, dentre outros argumentos, apresentaram três principais justificativas para sua abolição e/ou reforma. São elas: 1. Não funcionam; 2. São destinadas às infrações de menor potencial ofensivo para as quais já existem melhores respostas não privativas de liberdade na justiça criminal e, 3. Criam caos e superlotação no sistema penitenciário.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a previsibilidade e, eventual inserção do instituto das penas de curta duração, restariam inviabilizadas tendo

---

50 BITENCOURT, Cezar. **Novas Penas Alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 1999, p.2. No mesmo sentido, a doutrina estrangeira assevera que as sentenças de curta duração criam problemas do ponto de vista da reabilitação (DENHAM, John. *Towards effective sentencing, vol. 1*. The Home Affairs Committee. 2007, p. 125).

em vista, principalmente, a óbice constitucional ancorada no princípio da presunção de inocência.

Referido princípio, com amparo em diversos diplomas, garante ao réu que este seja tratado como inocente enquanto não forem apresentadas provas legítimas que demonstrem sua culpabilidade de maneira satisfatória, bem como até que sejam exauridos todos recursos por ele interpostos. Desta forma, a Constituição Federal de 1988, amparada por Tratados Internacionais, presume que o acusado é inocente enquanto não forem constituídas provas válidas e lícitas em sentido contrário, dentro do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório judicial. Neste sentido, enquanto não houver o trânsito em julgado do processo criminal, o acusado não pode sofrer as consequências da condenação criminal, ante a presunção de inocência que lhe é garantida.

Assim, o princípio constitucional da presunção de inocência – devidamente amparado por Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como em consonância com o artigo 313, § 1º, do Código de Processo Penal, em que há expressa proibição da prisão preventiva para fins de antecipação de culpa – constitui verdadeira óbice à inserção das penas de curta duração no ordenamento jurídico brasileiro, pois a execução destas penas de prisão resultaria em uma condenação prévia sem que todas as provas produzidas durante o devido processo legal e contraditório judicial, fossem apresentadas, violando a plena garantia de presunção de inocência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRADER, Claire. **Short prison sentences: Calls for change**. UK Parliament, 2020. Disponível em: <<https://lordslibrary.parliament.uk/short-prison-sentences-calls-for-change/>>. Acesso em 27 de setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43 DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado: 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.235.340 SC**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

Centre for Crime and Justice Studies, ‘**Stopping Short? Sentencing Reform and Short Prison Sentences**’, *UK Justice Policy Review*, August 2019.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DENHAM, John. **Towards effective sentencing**. vol. I. The Home Affairs Committee. 2007.

DUMONT, Paola Alcântara Lima. Presunção de inocência e standard probatório. In: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019, p. 385-398

FENECH, Miguel. El proceso penal. 1956, p. 162-163 *apud* NORONHA, Magalhães E. **Curso de direito processual penal**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2002. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais

- FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021
- TRANSFORMING REHABILITATION. **House of commons justice committee**, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmjust/482/482.pdf>> . Acesso em 27 de setembro de 2022
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MAKING PUNISHMENTS WORK. **Report of a review of the sentencing framework for england and wales. The National Archives**, 2001. Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/halliday-report-sppu/chap-1-2-halliday2835.pdf?view=Binary>>.
- NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 243–275, 2018. DOI: 10.22197/rbdpp.v4i1.124. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/124>. Acesso em: 8 set. 2022.
- OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. A dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal. In: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019, p. 25-45.
- PACCELLI, Eugênio. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10
- REEVES, Ellie. **Short Prison sentences**. UK Parliament, 2019. Disponível em: <<https://hansard.parliament.uk/commons/2019-03-07/debates/90D3E5F1-55EC-45A2-B7B0-D2C180DFC6CF/ShortPrisonSentences>> . Acesso em 26 de setembro de 2022.
- THOMAS, Aidan Shilson. **The prison system: Priorities for Investment**. January, 2020. Disponível em: <https://reform.uk/wp-content/uploads/2020/01/The-prison-system-final-version.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros
- STREE, Walter. **In dubio pro reo**. 1967, Berlim, Alemanha.
- SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade?. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 8, n. 2, 2022. DOI: 10.22197/rbdpp.v8i2.705. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/705>.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Edição, São Paulo: Saraiva.
- TOLENTINO, Laura Souto. Presunção de inocência enquanto princípio estruturador do processo penal democrático. In: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019, p. 209-224
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201961>. Acesso em: 8 set. 2022.

# PENAS DE CURTA DURAÇÃO: UMA POSSIBILIDADE DE POLÍTICA PÚBLICA CRIMINAL?

MAÍRA CARDOSO ZAPATER<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Colapso do sistema de justiça criminal, crise do processo penal, estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário: todas essas expressões se inserem no macrotema da gestão da punição diante da prática de fato definido como crime, ao mesmo tempo em que apresentam intersecções com temas como segurança pública, sensação subjetiva de (in)segurança, percepções sobre justiça e sobre as instituições etc. Embora as respostas oferecidas para esses problemas variem em amplo espectro, desde os discursos de “lei e ordem” e de “combate à impunidade” até os abolicionismos penais mais radicais, é inegável o consenso de que o funcionamento desse setor social não é adequado em qualidade, quantidade e forma como se punem pessoas a quem se imputa a prática de um delito.

É neste contexto de consenso sobre a deturpação do funcionamento da gestão da punição que surge a proposta de adoção de penas de curta duração como possibilidade de mitigação dos danos apontados. Este texto constitui um ensaio-exercício produzido a partir do debate de que participei no Colóquio de Direito Penal de encerramento da pesquisa *Penas Privativas de Liberdade de Curta Duração: diálogos sobre legitimidade e efetividade segundo as ciências penais*<sup>2</sup>. Sem qualquer intenção de expor conclusões elaboradas a partir de dados, o que pretendo aqui é realizar o exercício de formular perguntas como pontos de partida, propondo questionamentos iniciais sobre a possibilidade de implantar uma política pública criminal consistente na utilização de penas de curta duração, e deixando em aberto a trilha para que se apresentem críticas à referida política.

---

1 Professora Adjunta da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). Pesquisa de pós-doutorado desenvolvida junto ao Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito - SP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (2011). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (2007). Professora universitária e pesquisadora nas áreas de Direitos Humanos, Direito Penal e Direito Processual Penal.

2 O colóquio, realizado em 09/11/2023 no Auditório Reverendo Wilson (Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP), teve participação minha e de Paulo Busatto, com mediação de Orly Kibrit e Alexis Couto de Brito, e integrou o projeto de pesquisa *Penas Privativas de Liberdade de Curta Duração: diálogos sobre legitimidade e efetividade segundo as ciências penais*, desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa Modernas Tendências da Teoria do Delito.

Começo minha escrita apresentando premissas e demarcando um posicionamento, que é o de uma crítica da pena como resposta estatal à prática de uma conduta nomeada como delito, tanto em seu aspecto político - filosófico quanto em seu aspecto empírico. O campo do Direito Penal e Processual Penal é tensionado de um lado pela estruturação empreendida pela dogmática penal e processual penal, organizada segundo uma lógica própria, autolegitimadora, e voltada para operatividade de suas normas<sup>3</sup>, e, de outro, pela desconstrução operada pelas análises empíricas produzida pelas Ciências Sociais (notadamente, pela criminologia crítica). Quando se pensam as especificidades do contexto brasileiro, ou mesmo latino-americano de uma forma geral, os contrastes entre o discurso contido nas normas que limitam a violência de Estado com fim de proteção aos direitos individuais e a realidade de violações ganha cores mais intensas herdadas da experiência escravocrata, da desigualdade sócio-econômica e das muitas ditaduras instauradas na região, realidades não experimentadas nos países cultural e politicamente hegemônicos (ZAPATER, 2022). Verifica-se uma sistematização de pensamento abstrato autolegitimado<sup>4</sup>, sobreposta a uma seletividade penal de raça e classe<sup>5</sup>, que trazem como resultado a inaptidão das funções preventiva geral (índices de criminalidade não são afetados pela pena, seja a previsão abstrata, seja a aplicação concreta) e especial (não há ressocialização, mas sim marginalização das pessoas submetidas à pena privativa de liberdade).

A reflexão a ser aqui desenvolvida parte da premissa da crítica da punição acima exposta, e da pena sob uma perspectiva agnóstica<sup>6</sup>: não há possibilidade fática de cumprimento das funções tradicionalmente reconhecidas de retribuição e prevenção. Porém, o poder punitivo é um dado, decorrente da estrutura social, política e cultural que se constitui desde o advento do Estado Moderno (consideradas aqui especificidades locais e históricas). Portanto, se a resposta punitiva é inevitável, são necessárias proposições pragmáticas, para que se restrinja o mínimo possível de liberdade das pessoas condenadas, especialmente considerando um sistema colapsado e inconstitucional.

---

3 Exponho reflexões sobre a crítica à legitimidade da norma penal sob o aspecto político-filosófico nesse mesmo artigo citado no parágrafo, intitulado *A "lei que não pega" no "país da impunidade": reflexões sobre a adesão à norma penal no Brasil contemporâneo* (2022).

4 Neste sentido, afirma Zaffaroni: *"O penalismo de nível médio foi abandonando sua velha pretensão de coerência filosófica e empobrecendo seu discurso até tornar comum a mistura arbitrária de elementos de ideologias incompatíveis. Cabe assinalar que os suplementos oferecidos ao penalista a partir do próprio campo filosófico foram menos significativos na medida em que muitos dos cultores da filosofia renunciavam às perguntas fundamentais através do cientificismo reducionista. Assim, enquanto o discurso jurídico-penal empobrecia-se, a filosofia descuidava-se de seu tradicional objeto de interesse. Consequentemente, não foi a Filosofia que colocou em crise o discurso jurídico-penal, porque não dispunha de uma atalaia a partir da qual fazê-lo; mas a deslegitimação deste discurso foi, principalmente, do saber sociológico.* (1989, p. 46)

5 Neste sentido, afirma Zaffaroni: *"A verificação desta contradição requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas, na América Latina, esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiteradas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade. (...)"*

6 Refiro-me aqui à formulação nos termos propostos por Salo de Carvalho, em especial no capítulo **Teoria Agnóstica da Pena: crítica criminológica aos fundamentos do potestas puniendi**, in Antimanual de Criminologia (2022, p. 247 - 272).

Para tanto, proponho o seguinte percurso, composto de pontos de partida para a reflexão:

- a. Problematizar o conceito de “penas de curta duração”, propondo uma definição e uma finalidade sob perspectiva constitucional limitadora do poder punitivo;
- b. Pensar as potencialidades de atuação em cada uma das esferas dos Poderes da República para eventual implementação de política pública criminal de penas de curta duração;
- c. Pensar estratégias de comunicação desta política à população em geral para assegurar sua legitimidade;
- d. Trazer à luz o olhar crítico em relação ao risco de potencial banalização de sua aplicação.

## 1. O QUE SERIAM “PENAS DE CURTA DURAÇÃO”? PROBLEMATIZANDO O CONCEITO

O poder do Direito é o poder de nomear: a norma jurídica cria sujeitos e situações. Por isso, a implementação de uma política pública criminal consistente na aplicação de penas de curta duração exigiria uma tarefa antecedente, de delimitar o conceito do que seria uma pena de curta duração.

É interessante notar que o ordenamento jurídico brasileiro não contém definições legais do que seja um *crime*, nem do que seja uma *pena*. Determina-se a anterioridade legal para a descrição do primeiro e para a cominação da segunda, mas coube à dogmática sistematizar aquilo que o texto legal apenas categoriza em espécies pelo critério do direito a ser restringido judicialmente: a liberdade de ir e vir, o patrimônio ou outro direito (relacionado com a liberdade de fazer ou deixar de fazer algo, como dever de se afastar de lugares ou pessoas, ou de se abster de praticar determinada atividade).

Considerando a inexistência de um conceito legal, cabe aqui propor uma definição para pena: *pena* é a medida de restrição de um direito imposta pelo Estado a quem se imputa a prática de crime. Sua aplicação manifesta a articulação da dogmática, que desenvolve as noções de fato típico e antijurídico, praticado por pessoa culpável, com o devido processo legal necessário para que se registre formal e oficialmente a ocorrência de um crime como verdade jurídica<sup>7</sup>, a autorizar a aplicação da pena.

Desta definição já se extraem dois importantes limites: primeiro, sua aplicação somente decorrerá da prática de crime e com aplicação do devido processo legal; e segundo, somente o Estado poderá aplicá-la (o que exclui, de saída, qualquer relativização em relação a entidades privadas, inclusive no que se refere a parcerias público-privadas na gestão da pena).

---

7 Aqui no sentido pensado por Michel Foucault em *A Verdade e as Formas Jurídicas*.

Cabe então pensar a *curta duração*, que faz referência a tempo decorrido, e impõe uma pergunta que antecede o cálculo desse tempo: a pena de curta duração seria necessariamente de privação de liberdade, ou seria possível cogitar outras penas (como, por exemplo, a prestação de serviços de curta duração, na forma de imposição de realização de uma única tarefa)? Admitindo-se penas de curta duração diversas da privação da liberdade (desde que mensuráveis pelo decurso do tempo), permaneceriam aplicáveis apenas em substituição à privação de liberdade, ou poderiam ser impostas de forma autônoma?

Neste exercício, opto por restringir minha análise à pena privativa de liberdade - sem, contudo, me furtar da provocação do parágrafo anterior, de incluir outras penas na categoria de *curta duração* - para colocar outra pergunta: quanto tempo define uma pena como “curta”? É possível localizar no ordenamento jurídico brasileiro um parâmetro: a pena de menor duração prevista na legislação se encontra na Lei de Contravenções Penais - dez dias<sup>8</sup>. Sem entrar no mérito da constitucionalidade de seus dispositivos (pelo questionamento de sua recepção ou de sua observância a princípios como o da *ultima ratio*, ou do Direito Penal Mínimo), o fato é que a Lei das Contravenções Penais permanece em vigor e pode ser utilizada como um parâmetro a delimitar uma pena de curta duração como sendo aquela que não ultrapassa o transcurso de dez dias corridos.

Uma vez delimitado o que seja uma pena de curta duração, importa questionar que função se pretende atribuir à sua aplicação. Considerando as premissas propostas na introdução deste texto - de inexistência e/ou impossibilidade de realização das funções preventiva e retributiva da pena - , bem como de reconhecimento da existência do poder punitivo como um dado, coloca-se a questão: é possível propor uma ressignificação constitucionalizada da função da pena, para que sua imposição seja orientada no sentido de reduzir a atuação do poder punitivo?

Assim como a legislação não conceitua o que é a pena, a Constituição Federal não traz nenhuma previsão em seu texto sobre a função da pena, o que é indicado apenas em dispositivos legais<sup>9</sup>. Porém, ao proibir penas desumanas, cruéis ou degradantes<sup>10</sup>, estabelecer a estrita legalidade para previsão das penas

---

8 A pena de prisão simples de dez dias é a pena mínima para as seguintes contravenções penais:

Art. 31. Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, ou não guardar com a devida cautela animal perigoso;

(...)

Art. 36. Deixar de colocar na via pública, sinal ou obstáculo, determinado em lei ou pela autoridade e destinado a evitar perigo a transeuntes;

(...)

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo.

9 Art. 59 do Código Penal e art. 1º da Lei de Execução Penal.

10 Art. 5º, XLVII

constitucionalmente autorizadas<sup>11</sup> e o devido processo legal para sua aplicação<sup>12</sup> (entre outras garantias penais e processuais penais), pode-se depreender uma função constitucional da pena, que é a de limitar o poder punitivo. Nada existe no texto constitucional que permita concluir que o constituinte atribuiu à pena qualquer função de prevenir novos delitos, ou de retribuir ao cidadão o mal causado com a prática de um crime por meio da inflição de sofrimento. Por outro lado, há diversos dispositivos constitucionais a autorizar a formulação de uma função constitucional da pena: a função redutora da resposta estatal, o que permite, ainda, argumentar que as funções previstas no Código Penal (*reprovação e prevenção*) e na Lei de Execução Penal (*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*) não foram recepcionadas pelo texto constitucional.

Aqui temos um primeiro ponto de partida a propor, construído por meio da problematização do conceito das *penas de curta duração* e considerando estruturas normativas já existentes no Direito brasileiro: *penas de curta duração* seriam sanções de natureza penal, correspondendo a medidas estatais de restrição de direitos mensuráveis pelo transcurso do tempo, com duração de até 10 dias corridos, cuja aplicação ficaria condicionada à observância do devido processo legal, e orientada pela função constitucional redutora do poder punitivo atribuída à pena.

## **2. O QUE CABERIA A CADA UM DOS TRÊS PODERES EM EVENTUAL IMPLEMENTAÇÃO DE PENAS DE CURTA DURAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA CRIMINAL?**

Parte-se aqui de mais uma premissa: de pensar epistemologicamente a política criminal como uma política pública, ou seja, como o conjunto de atuações estatais voltadas à garantia de direitos, elaborada para além do referencial teórico tradicional articulado exclusivamente às ciências criminais<sup>13</sup>. Dessa premissa decorre nova pergunta: qual seria o âmbito de atuação de cada um dos Três Poderes no sentido de estabelecer a adoção de penas de curta duração como política pública criminal?

Considerando o princípio da legalidade como a primeira baliza redutora da pena, caberia ao Poder Legislativo desenvolver projetos de lei para redução de penas de crimes já existentes no ordenamento, a possibilitar que a pena de curta duração possa integrar de antemão o tipo penal. Não se propõe necessariamente

---

11 Art. 5º, XXXIX

12 Art. 5º, LIV

13 Neste sentido, ver: STRANO, Rafael F. Política Pública Criminal.

revogar tipos penais (ainda que o entendimento desta autora seja de que crimes sem violência ou grave ameaça podem ser tratados de forma mais eficaz em outras esferas do direito, a exemplo do furto, da receptação, do estelionato, da apropriação indébita, entre outros conflitos de caráter nitidamente civilista, uma vez que envolvem disputa sobre patrimônio privado, e toda a problemática envolvendo o uso de entorpecentes, que já é tratada como questão sanitária em diversos países). Porém, não se ignora a resistência social e política que se opõe a propostas de descriminalização de condutas<sup>14</sup>, equivocadamente tomadas como sinônimo de permissividade, ou ainda estímulo para sua prática. A adoção das penas de curta duração poderia simbolizar uma transigência com referida resistência, mantendo uma resposta penal, porém com alguma aptidão para reduzir o poder punitivo do Estado.

No âmbito do Poder Executivo, as penas de curta duração podem ser objeto de implementação da política pública na execução penal, inclusive na esfera estadual, com a elaboração de políticas penitenciárias pensadas especificamente para tal fim.

A atuação do Poder Judiciário na adoção das penas de curta duração, por sua vez, implicaria nova interpretação dos tipos penais, reorientando seu sentido para adequar a aplicação da pena à função redutora constitucional. Uma revisão interpretativa dos artigos que regem a dosimetria da pena poderiam proporcionar na prática aplicação de penas abaixo do mínimo legal, mesmo nos casos de tipos penais cuja pena cominada ultrapasse o limite proposto de 10 dias. Para tanto, a atuação do Poder Judiciário deve vir acompanhada de uma revisão da dogmática penal, pensada como ferramenta na construção da perspectiva redutora em relação à extensão dos textos dos tipos e suas implicações. Abordo o papel das instâncias não formais de produção do Direito (dentre as quais se insere a produção doutrinária) no tópico a seguir.

### **3. PENSANDO A LEGITIMAÇÃO SOCIAL DAS PENAS DE CURTA DURAÇÃO: COMO COMUNICAR A APLICAÇÃO DESTA POLÍTICA PÚBLICA AOS OPERADORES DO DIREITO E À POPULAÇÃO?**

Como já tive oportunidade de afirmar em passagens anteriores, este texto toma o poder punitivo como um dado, com uma função simbólica e de comu-

---

<sup>14</sup> Ao contrário, o senso comum clama pelo “combate à impunidade”, o que não passa despercebido aos legisladores que encampam movimentos de populismo penal. Neste sentido, ver: MENDES, André Pacheco Teixeira. Por que o legislador quer aumentar as penas? Populismo penal na *Câmara dos Deputados* - análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014.

nicação cuja prescindibilidade não se mostra viável a médio prazo<sup>15</sup>. Já que não parece ser possível abandonar a relação (supostamente) indissociável entre crime-culpa-punição<sup>16</sup> e a função simbólica que tal relação exerce socialmente, como comunicar a ressignificação da função da pena a partir de uma perspectiva redutora do poder punitivo, e assegurar sua legitimação pela população? Aqui cabe pensar a tarefa de comunicação social, tanto em relação a profissionais que atuam no sistema de justiça criminal quanto à população externa a esse microcosmos. Muito embora já seja antigo o consenso em meios acadêmicos da inaptidão da pena em exercer as funções previstas em lei (e em especial da utopia da pena de prisão como solução para o que quer que seja), não há como desconsiderar a existência de uma cultura na sociedade mais ampla de muita resistência à redução de penas e à supressão de uma resposta penal a problemas sociais das mais diversas matizes. Sem minar essa resistência, não haverá legitimação de novas respostas oferecidas pelas autoridades instituídas. O ganho de legitimidade somente virá de um ganho de compreensão.

O primeiro passo de atuação nesse sentido diz respeito à produção de textos dogmáticos por parte dos estudiosos do Direito, que proporcionem novos parâmetros de interpretação para textos legais já existentes: a tarefa de produzir nova interpretação para norma penal é, em grande medida, realizada no meio acadêmico, seja por docentes na atividade de lecionar, seja por aquelas e aqueles que escrevem sobre direito e com isso possibilitam adoção de novas leituras sobre a estrutura normativa. Fomentar e desenvolver o debate sobre as penas de curta duração permitirá fornecer subsídios para que os atores do sistema de justiça (Magistratura, Ministério Público, Defensoria e Advocacia) possam transformar a aplicação e a práxis do Direito.

Um segundo passo implicaria atuar para além do microcosmos estritamente jurídico: se é verdade que o Direito é linguagem, cujo poder é nomear - e, portanto, comunicar - esta função somente revela que já se operou alguma transformação social, com novos sujeitos em ambientes de poder a produzir normas sob novas mentalidades. O caminho inverso é ilusório: leis não possuem o poder pedagógico de convencer pessoas a fazer ou deixar de fazer algo sob ameaça de sanção, ou, menos ainda, de convencer pessoas a pensarem de maneira diferente. O estímulo de reflexões na população com o fim de desconstruir a relação entre crime e pena como uma consequência inevitável se relaciona com a sensação subjetiva de segurança e de justificação, e com uma noção de justiça como sinô-

---

15 Não por ser o entendimento desta autora, que se identifica com o pensamento abolicionista, porém em uma leitura pragmática do contexto cultural contemporâneo, parece ser mais efetivo assumir como inevitável a manifestação de poder punitivo, decorrente de séculos de socialização nestes moldes, e pensar formas para sua delimitação e redução.

16 A esse respeito, ver: MACHADO, Marta. **Punição, culpa e comunicação: é possível superar a necessidade da inflação de sofrimento no debate teórico sobre a pena?**

nimo de condenação. Como reverter o imaginário segundo o qual uma decisão de absolvição é sempre uma decisão injusta, sinônimo de impunidade, leniência, ou estímulo a práticas criminosas?

Para que uma nova política pública criminal consistente na aplicação de penas de curta duração ganhe legitimação social, é indispensável construir socialmente a ideia de que uma decisão judicial que aplica penas consideradas baixas seriam suficientes para fazer justiça. E isso não ocorrerá a partir de uma argumentação racional baseada em cálculos de custo e benefício: se é fato que o apoio à privação da liberdade não pode ser justificado racionalmente (uma vez que os índices de criminalidade permanecem e são percebidos como elevados, mesmo considerando as altas taxas de aprisionamento no Brasil), não se trata, portanto, de argumentar, mas sim de desconstruir e ressignificar sentimentos, sensações e percepções de justiça. É sabido que a mídia e os meios de comunicação desempenham papel fundamental na construção de imaginários a respeito de categorias como crime/pena/segurança<sup>17</sup>. Dessa forma, o ponto de partida a se propor para o ganho de legitimação social de uma política pública criminal deverá incluir o parcerias com profissionais que detenham a expertise da persuasão, a exemplo de áreas como propaganda, comunicação e outras correlatas.

#### **4. O NECESSÁRIO OLHAR CRÍTICO: O RISCO DA BANALIZAÇÃO DAS PENAS DE CURTA DURAÇÃO**

Apresentada aqui esta breve proposta, que, mais do que qualquer outra intenção, pretende apontar inícios de caminhos, não gostaria de encerrar esta escrita sem deixar reflexões a respeito dos riscos implicados pela adoção das penas de curta duração como política pública criminal. Todos os problemas mencionados no sistema de justiça criminal e carcerário na abertura deste texto já não eram ignorados, ao menos, desde a década de 1970<sup>18</sup>, o que provocou a adoção de medidas ditas despenalizadoras após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, em uma tentativa de se reduzir o ingresso de pessoas primárias, que tivessem praticado crimes de pouca gravidade, no sistema carcerário, ambiente sabidamente criminógeno. Nos anos 1990, a Lei dos Juizados Especiais Criminais evidencia em seu texto o objetivo do legislador de criar possibilidades alternativas à prisão para pessoas a quem se atribuísem infrações de menor gravidade, e que tivessem sido selecionadas pelo sistema de justiça criminal pela

---

17 A esse respeito, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro, e em especial o capítulo X, Manipulação midiática e criação de realidade.*

18 A preocupação é evidenciada pela instalação de CPLs temáticas sobre o sistema penitenciário, em 1976, 1993, 2008 e 2015. Sobre a história das CPLs do sistema penitenciário, ver: <https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cplis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>. Acesso em novembro de 2023.



389 - 414, jul./dez. 2016

MENDES, André Pacheco Teixeira. **Por que o legislador quer aumentar as penas? Populismo penal na Câmara dos Deputados - análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2019.

STRANO, Rafael F. **Política Pública Criminal.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Ed. Revan [1989], 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

ZAPATER, Maíra Cardoso. **A “lei que não pega” no “país da impunidade”: reflexões sobre a adesão à norma penal no Brasil contemporâneo.** No prelo.

# IMPLEMENTAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO EM ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: É POSSÍVEL DUA PREVISÃO COMO CONDIÇÃO?

JHONATAN FERNANDO FERREIRA<sup>1</sup>  
PÂMELA GABRIELI VALÓSIO MENDES<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro é alvo de constantes críticas nacionais e internacionais, notadamente pelo encarceramento em massa e as situações precárias nas quais os reclusos cumprem pena. Tanto é verdade, que o Brasil detém, segundo o Conselho Nacional de Justiça, mais de 900.000 (novecentos mil) presos<sup>3</sup>, a terceira maior população carcerária do mundo.

Justamente por essa situação precária, em 2019, por meio da Lei 13.964/2019, fora instituído o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), que tem por objetivo impedir o início da instrução processual e, por consequência, a possibilidade de prisão, desde que preenchidos os requisitos impostos pela lei, conforme será exposto no presente artigo em tópico específico.

Em paralelo, com a globalização e o consequente compartilhamento de informações em tempo real, o sistema jurídico brasileiro toma conhecimento de fatos internacionais que são “resolvidos” no âmbito da justiça criminal com penas de curta duração, por exemplo, prisão por períodos menores do que o previsto pela lei brasileira para que uma pessoa seja encarcerada.

Diante disso, inevitavelmente, surgem diversas reflexões. Dentre elas, questiona-se a possibilidade de que seja implementada a pena privativa de liberdade

---

1 Graduado em Direito e Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio.

2 Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

3 BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAS. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/segundo-levantamento-do-depen-as-vagas-no-sistema-penitenciario-aumentaram-7-4-enquanto-a-populacao-prisional-permaneceu-estavel-sem-aumento-significativo>>.

de curta duração como uma das condições estabelecidas pelo órgão acusatório no Acordo de Não Persecução Penal.

Com efeito, frente a problemática exposta acima, o presente estudo tem por finalidade discutir a possibilidade de utilizar penas de curta duração como uma das condições previstas no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Assim, a pergunta que se pretende responder é se o cumprimento dessas penas com pequena duração poderia passar a ser imposto para a celebração do ANPP, passando a, eventualmente, figurar na legislação brasileira como uma das condições passíveis de ser estabelecida quando do oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal.

## 1. DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL E AS PENAS VIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo, com vistas a responder o objeto da presente pesquisa, será analisado, ainda que de forma breve, os fundamentos da pena, a fim de que seja possível verificar a possibilidade ou não da aplicação das penas de curta duração, com destaque para a pena privativa de liberdade de curta duração. Subsidiariamente, serão pontuadas as penas existentes no Brasil.

As discussões acerca do comportamento humano, da psicologia deste e da necessidade de um órgão competente para lhe impor limites são diversas. À luz da filosofia e política clássica podem ser citados vários pensadores de distintas ideologias que usam o homem como o objeto de suas pesquisas. Maquiavel, em sua principal obra “O Príncipe”, angaria para seus escritos uma negativa concepção acerca do homem argumentando: “Dos homens, em realidade, pode-se dizer genericamente que eles são ingratos, volúveis, fementidos e dissimulados, fugidios quando há perigo e cobiçosos”<sup>4</sup>.

Com notória proximidade ao pensamento de Maquiavel, o contratualista inglês Thomas Hobbes descreve em sua obra, no século XVII, o homem antes do Estado, destinando ao comportamento humano uma enfatizante brutalidade no estado natural, dissertando que naquele período os homens viviam em uma guerra de todos contra todos, tendo como causas de tamanha discórdia a competição, a desconfiança e a glória<sup>5</sup>.

---

4 MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. A. C. C. Porto Alegre: L&PM. 2016. p. 81

5 RIBEIRO, R. J. *Hobbes: o medo e a esperança*. In: Francisco C. Weffort (org.). *Os Clássicos da Política*. 14. ed. São Paulo: Ática. 2006.

Percebe-se que ambos os pensadores vislumbram em um Estado centralizador a possibilidade de amenização de conflitos, depositando neste a competência e o poderio para manter a sociedade em ordem.

Em contrapartida a ideologia destes, Rousseau questiona a perda da liberdade natural que o homem tinha até então, antes da criação de um Estado forte e centralizador, substituindo tamanha liberdade pela limitação de seus direitos e a tudo que o tenta e pode alcançar, tendo como troca a liberdade civil e a propriedade.<sup>6</sup>

Não obstante, o autor reconhece que o homem até então, tinha apenas olhos para si mesmo, estando acostumado a agir pelo impulso físico e pelo direito ao apetite<sup>7</sup>.

Nesse esteio, a evolução do homem no mundo no que tange ao seu conhecimento e a incessante busca em saber cada vez mais, o descobrimento do seu poder intelectual em negociar e acumular bens, fez com que este depositasse no Estado a responsabilidade de proteção não apenas de sua vida, mas também de seus bens materiais.

Beccaria argumenta no que tange ao surgimento do Estado e sua soberania:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dele para gozar do resto, com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

Na atualidade, torna-se quase que impossível de se vislumbrar uma sociedade sem um Estado centralizador, que angarie para si a competência legal e legítima de imposição de determinadas condutas. Nesta perspectiva, o Estado não somente tem por função manter a ordem social, mas também a prerrogativa de criar crimes e as respectivas penas, por meio do direito penal positivado.

Sob esta premissa, surge o Direito Penal, Bitencourt, ao discutir os fundamentos de referida área do direito, ensina:

O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes-penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem por finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observados rigorosos princípios de justiça<sup>8</sup>.

Percebe-se que o uso da força para impor condutas torna-se legítima ao Estado ao passo que este oferece aos indivíduos a ilusão de segurança de seus bens

---

6 ROUSSEAU, J. J. **Do Contrato Social**. Trad. Jeremy Lugros. São Paulo: Editora Nilobook. 2013. p. 31.

7 ROUSSEAU, Jean Jacques. J. **Do Contrato Social**. Trad. Jeremy Lugros. São Paulo: Editora Nilobook. 2013.p.31.

8 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 32.

jurídicos, por meio de uma diversidade de tipos penais incriminadores. Segundo Beccaria, o direito de punir está fundamentado em pequenas porções de liberdade, não podendo a pena ultrapassar a necessidade de conservar o depósito da salvação pública, pois desse modo se tornariam injustas por natureza<sup>9</sup>.

Ocorre que o Estado nem sempre teve o monopólio de punição, referida faculdade corresponde a modernidade. Até então, várias eram as fontes de punição, desde a vingança privada até a vingança pública.

Rogério Greco pautado na doutrina existente ilustra as diversas modalidades de punição que foram utilizadas ao longo do tempo. A vingança privada é elencada pela doutrina, como o primeiro modelo de punição. Acerca deste modelo, o autor disserta<sup>10</sup>:

O único fundamento dessa vingança era pura e simples retribuição a alguém pelo mal praticado essa vingança podia ser exercida não somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido<sup>11</sup>.

Outra modalidade que requer evidência é a vingança divina. Isso porque, esta foi caracterizada em sua aplicação por sacerdotes que angariavam para suas imagens uma intrínseca relação com os deuses, atuando de acordo com a vontade destes<sup>12</sup>.

Noronha exemplifica nesta modalidade o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, tendo os Códigos da Índia e de Manu como os principais, por terem como escopo a purificação da alma do criminoso, por meio do castigo, para que desse modo tal pudesse alcançar a bem-aventurança<sup>13</sup>.

Dentro dessa perspectiva o Código de Hamurabi também pode ser elencado nesta modalidade de vingança, visto o notório caráter religioso que o investe. Dispunha o diploma sob comento em seu artigo 6º: Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto.

A última vingança abordada pelo autor é a pública que surge na fase de evolução histórica do direito penal, e fundamentada na melhor organização social, como forma de proteção, de segurança estatal e do soberano, por meio da imposição de penas cruéis, desumanas com nítida finalidade intimidativa<sup>14</sup>.

---

9 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição online de Ridendo Castigat Mores. Pdf, disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> Acesso em 20 de jan. 2023.

10 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, volume 1**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2015. p. 17.

11

12 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, volume 1**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2015. 17

13 NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: parte geral. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

14 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, volume 1**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2015. 17

Há de se enfatizar que neste período ainda se tinha resquícios das outras modalidades, pois a vingança privada continuava a ser aplicada pelos povos mais distantes do domínio estatal, tendo, pois, um norteio religioso para a aplicação das penas.

O direito penal e os métodos deões passaram por diversas modificações ao longo dos tempos. As rígidas penas de sacrifício, tortura, então pautadas por um fundamento religioso e vingativo, passaram a ser modificadas, tendo a privação de liberdade se tornado a regra.

No Brasil, a instituição deste modelo de pena foi tardia, As ordenações portuguesas e o Código Criminal Imperial de 1830 ainda continham em seus dispositivos penas tormentosas.

O código, intitulado Código Criminal Imperial continha em seus escritos onze tipos de penas, sendo tais: de morte (arts. 38 a 43); de galés (arts. 44 e 45, § 1º e 2º); prisão com trabalho (art.46), prisão simples (art. 47), banimento (art. 50); degredo (art. 51); desterro (art. 52); multa (art. 55); suspensão de emprego (art. 58); perda de emprego (art. 59); e açoites (art.60)<sup>15</sup>.

Somente em 1890 no segundo Código Penal do País que se teve a extinção definitiva das penas de morte, de galés, de banimento, açoites e perpétua. O fim deste modelo de punição, na época, causou perplexidade aos penalistas de grande prestígio, René Dotti prescreve:

(...) Entendiam que a eliminação da pena de morte pelo sistema anticriminal reclamava um sucedâneo adequado para proteger os interesses sociais lesionados pelos grandes assassinos, os delinquentes de índole ou estado, cuja incorrigibilidade e temibilidade se patenteassem.<sup>16</sup>

A opinião dos penalistas na época, demonstrada por Dotti acerca da mudança da legislação penal do Código de 1830, pode ser evidenciada ainda na atualidade, os grandes meios de comunicação e a população incentivados por estes, ao clamaram pela segurança, vislumbram no aumento e na rigidez das penas a possibilidade mais eficaz para a diminuição da criminalidade no país, excluindo a possibilidade de ressocialização do delinquente na sociedade.

O vigente Código Penal, por meio do seu artigo 32 elenca três espécies de penas, sendo tais: penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.

As penas privativas de liberdade podem ser divididas de acordo com sua espécie, a saber: reclusão, detenção e prisão simples. O próprio Código Penal prescreve na norma incriminadora a espécie de pena: reclusão ou detenção.

---

15 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 271.

16 DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 271.

A distinção entre reclusão e detenção é de extrema importância para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena: regime fechado, semiaberto ou aberto. Na detenção, o condenado não inicia o cumprimento de sua pena no regime fechado, ao passo que na reclusão se a pena imposta for superior a oito anos, o condenado inicia o cumprimento em regime fechado.

As penas restritivas de direitos e as penas de multas, também previstas no Código Penal, são penas alternativas, as quais são todas e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal, em substituição a restrição da liberdade. Assim, as penas alternativas constituem verdadeiras penas, das quais se impedem a privação da liberdade.

As penas ainda podem ser explicadas por três teorias, de acordo com sua finalidade, sendo estas: teoria absoluta, cuja finalidade é punir o autor de uma infração penal, sendo a pena a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo positivado no ordenamento jurídico; teoria relativista, pela qual a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime e teoria eclética, pela qual a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática pela reeducação e intimidação coletiva.

Vislumbrando as teorias em concomitância com o Código Penal e a Lei de Execução Penal, torna-se perceptível que a teoria eclética é que tem maior capacidade de descrever a finalidade da pena adotada no país. O artigo 59 do Código Penal, dispõe que o juiz, ao fixar a pena, analisará conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.,.

No tocante à aplicação de pena, o que se entende hoje, é que tal tem por função prevenir o crime, cabendo ao Estado a função de garantir a assistência do indivíduo no período de cumprimento da pena e o retorno deste à convivência em sociedade.

Nesses moldes, a Lei de Execução Penal por meio dos artigos 10 e 11 determina que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado e objetiva prevenir o crime e orientar o retorno do recluso à convivência em sociedade. A assistência em questão é material, e se destina à saúde, à prestação jurídica, educacional, social e religiosa.

Dayana Rosa dos Santos, em sua dissertação para obtenção do título de mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo (USP), relata que a Lei de Execução Penal surge em um momento de transição de um regime autoritário para um Estado Democrático de Direito, mediante o enfraquecimento do regime militar e o fortalecimento de movimentos que reivindicavam direitos de diversas ordens, por meio de uma crescente conscientização e valorização dos direitos hu-

manos. A autora verifica a promulgação da lei como fator essencial para consagrar o direito da personalização da execução penal, além do reconhecimento do preso como sujeito de direitos<sup>17</sup>.

A problemática é que, no país, mediante os números expressivos de reincidência, criou-se a ideia de que a culpa da reincidência é unicamente do reincidente, ignorando a realidade fática que recai sob o ineficaz sistema prisional atual, que indica a ineficiência da pena privativa de liberdade em tantas situações. Acerca deste fenômeno Bitencourt explica:

Mas apesar dessas condições altamente criminógenas das prisões clássicas, tem-se procurado, ao longo do tempo atribuir ao condenado, exclusivamente, a culpa pela eventual reincidência, ignorando-se que é impossível alguém ingressar no sistema penitenciário e não sair de lá pior do que entrou<sup>18</sup>.

Disserta nesta mesma panorâmica que embora grande parte da sociedade não admita a hipótese da ressocialização influenciada pelos meios de massa, é possível e perfeitamente viável a readaptação do condenado à sociedade do qual foi retirado a fim de cumprir a pena que lhe foi imposta. Tendo o delinquente ainda, o direito ao arrependimento, por mais grave que seja seu delito<sup>19</sup>.

## 2. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO

As penas de curta duração foram vigentes no Brasil até a reforma do Código Penal, em 1984, período no qual foram instituídas medidas alternativas<sup>20</sup>, justamente pela falência do sistema prisional.

Antes de referido período, o agente condenado era inserido no contexto do cárcere independente do *tantum* de pena aplicado. Na atualidade, a aplicação das penas de curta duração afronta a sistemática penal, em ênfase a ressocialização e a dignidade da pessoa humana.

Nesses moldes, o jurista português, David Alcântara Isidoro defende que a pena de curta duração não enseje na ressocialização, de modo que não traz efetividade para a prevenção geral, *in verbis*:

Porém, há casos que a pena de prisão pode ser substituída por outra medida, evitando os males que o cárcere promove. O encarceramento, por exemplo, deve ser evitado para as penas de curta duração, pois não enseja qualquer trabalho de ressocialização e não serve como prevenção geral, uma vez que não é possível, sequer, o aprendizado de um novo ofício. Nessas ocorrências,

---

17 SANTOS, Dayana Rosa dos. **O exame criminológico e sua valoração no Processo de Execução Penal**. São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito, Processo Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

18 BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.125.

19 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, volume 1**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2015. p. 699

20 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

deveria ser aplicada uma medida alternativa à pena de prisão, poupando o sujeito de ser afastado da sua vida familiar, trabalho e, conseqüentemente, ter a sua vida desorganizada<sup>21</sup>.

De similar modo, Márcia de Freitas, em sua dissertação de mestrado, ao discutir o princípio da humanidade das penas, alerta que a redução do tempo das sanções privativas de liberdade e a supressão das penas de curta duração também são necessárias em razão do compromisso de proteção de direitos humanos, e tendo em vista que o encarceramento de curta ou média duração já podem trazer riscos de danos irreversíveis à personalidade do preso<sup>22</sup>.

Catia Raquel, também em sua dissertação de mestrado, aborda os problemas das penas de curta duração, notadamente, em relação a ressocialização, a qual resta prejudicada, veja-se:

Todos sabemos que as penas privativas da liberdade causam problemas que se concentram em torno da sua execução e dos efeitos prejudiciais que irão provocar na personalidade do condenado. Na verdade, nas penas de curta duração não há tempo para tentar a ressocialização do condenado, mas, por outro lado, há um corte nas relações familiares, laborais e sociais, que pode ser bastante negativo<sup>23</sup>.

Nessa mesma toada, a jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil também tece críticas as penas de curta duração, enfatizando as mazelas do cárcere e a problemática da ressocialização. No julgamento do Agravo em Recurso Especial no Habeas Corpus 119230 SP 2008/0236993, o Colendo Superior Tribunal de Justiça enfatizou que “o cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação do condenado”<sup>24</sup>.

Outro fator positivo na substituição das penas de curta duração pelas penas alternativas, se dá em razão da abertura das poucas vagas que o sistema penitenciário oferece àqueles indivíduos que, certamente, não podem dividir o convívio social em liberdade.

---

21 ISIDORO, David Alcântara. **Análise Crítica das Penas de Privação de Liberdade** – Colapso Atual e Possíveis Soluções. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal, 2016. p. 86

22 OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 39.

23 ARAUJO, Cátia Raquel Arouca Gandra Araújo. **Penas de Substituição Privativas da Liberdade**. Dissertação (Mestrado), Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012. p. 18. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16057/1/TESE%20Final.pdf>>. Acesso em 20 de jan. de 2023.

24 AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DO REDUTOR DE PENA NO PATAMAR DE METADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. COAÇÃO ILÉGAL. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. APLICAÇÃO DO REGIMÉ INICIAL FECHADO. PENA DE CURTA DURAÇÃO. AMBIENTE DELETÉRIO E PREJUDICIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu que, para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em patamar inferior ao máximo previsto, de dois terços, imprescindível a adequada fundamentação, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. 2. O cumprimento de pena de curta duração em ambiente deletério é prejudicial à recuperação do condenado. No caso, o paciente ostenta circunstâncias judiciais favoráveis, tendo sido condenado a dois anos e seis meses de reclusão, assim, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, deve ser o semiaberto. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no HC: 119230 SP 2008/0236993-2, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 22/03/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011).

### 3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

#### 3.1. A NATUREZA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Dentre as penas instituídas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para além das penas de privação da liberdade do indivíduo e das que restringe direitos seus, o direito penal e processual penal, à luz de discussões acerca da política criminal e, conseqüentemente, de critérios criados pelo legislador, dispõe de medidas despenalizadoras. O Acordo de Não Persecução Penal é um deles.

Coadunando-se com a chamada “Justiça Consensual/Negocial”, inicialmente, o instituto foi inserido no panorama jurídico brasileiro pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio das Resoluções nº 181/2017 e nº 183/2018, de modo que a legalidade do Acordo de Não Persecução Penal era tema recorrente debatido no cenário criminal.

No decorrer temporal, em 2019, foi aprovada a Lei 13.964 (chamada por alguns de “Lei anticrime”). Nesta oportunidade, com iluminações de institutos europeus similares e no *plea bargaining* americano, o Acordo de Não Persecução Penal foi previsto legalmente por meio do art. 28-A – inserido no Código de Processo Penal Brasileiro.

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

Principalmente com a inserção legal no ordenamento jurídico, é importante que o ANPP seja abordado no tocante à sua natureza. Isso porque, a natureza do instituto acarreta questões extremamente relevantes, por exemplo acerca da obrigatoriedade e irretroatividade da sua aplicação.

O Acordo de Não Persecução Penal possui características de uma norma de natureza processual, porém não limita a tanto, tendo em vista as linhas categóricas dos efeitos penais trazidos pelo artigo 28-A.

Evidenciam-se os revestimentos penais materiais na medida em que a norma versa sobre a pretensão punitiva do Estado e, após o cumprimento integral do Acordo de Não Persecução Penal, institui causa extintiva da punibilidade (§º 13 do artigo). Por sua vez, também se trata de causa extintiva da punibilidade, tornando o instituto uma norma que também regulamenta procedimentos processuais.

Assim, não se pode dizer que o Acordo de Não Persecução Penal tem natureza somente processual ou apenas material e sim, que se trata de norma híbrida.

Com base nos princípios e regras que regem o Direito Processual Penal Brasileiro, a norma procedimental deve ser aplicada “*desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*” (princípio do *tempus regit actum*, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal Brasileiro).

Por sua vez, o ordenamento jurídico brasileiro também inflexiona que por tratar-se de benefício para o agente, a norma penal deve retroagir (art. 5º, XL da Constituição Federal). De modo que, caso os requisitos estejam presentes, o acordo poderá ser proposto mesmo que o processo já esteja tramitando (desde que não tenha havido sentença até a entrada em vigor da Lei 13.964/2019).

Diante deste cenário, por tratar-se de norma mista (que versa sobre direito penal processual e material e possui efeitos em ambos os panoramas), o Acordo de Não Persecução Penal deve retroagir em benefício do réu.

Nessa toada, em consonância com a lei, está o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que expõe que “as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL, da Constituição Federal” (ADI 1719, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35).

Nessa oportunidade, curioso destacar que, quando da promulgação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, como a suspensão condicional do processo (art. 89 da norma invocada), a Suprema Corte também reconheceu o caráter híbrido da norma: “qualifica-se, em seus aspectos essenciais, como preceito de caráter processual, revestindo-se, no entanto, quanto às suas consequências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção da *lex mitior*”, evidenciando que a classificação mista não é exclusiva do ANPP.

### 3.2. CONDIÇÕES PREVISTAS PARA CELEBRAÇÃO DO ANPP

Na toada do estudo acerca do Acordo de Não Persecução Penal, é importante evidenciar as condições que a norma traz para que o instituto se torne passível de aplicação.

Nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, o Ministério Público poderá propor o Acordo de Não Persecução Penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante algumas condições.

As condições, nos termos da lei, deverão ser aplicadas cumulativa e/ou alternativamente:

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

- Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;
- Pagar prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução (preferencialmente, as que protejam bens jurídicos similares aos lesados pelo delito) ou
- Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Dentre as condições que devem ser cumpridas, há que se destacar o inciso V do artigo 28 do CPP, que possibilita que o órgão acusatório indique no ANPP outra condição com prazo determinado, desde que tenha compatibilidade e seja proporcional à infração penal imputada.

Tal inciso abre portas para que o Ministério Público detenha certo poder discricionário de exigir condição adicional que ache necessária para efetiva reprovação e prevenção do crime que esteja em debate no caso específico.

Essa discricionariedade pode sugestionar a correlação com penas de reclusão de curta duração, trazendo à tona o debate: é possível que um Acordo de Não Persecução Penal compreenda entre suas condições, o cumprimento de pena privativa de liberdade (como a reclusão) de curta duração? .

#### **4. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO X ANPP**

Diante do questionamento que nasce ao correlacionar o instituto do Acordo de Não Persecução Penal com penas privativas de liberdade de curta duração, torna-se fundamental tecer reflexões sobre o tema.

*Ab initio*, importante ressaltar, conforme exposto em tópico específico, que as penas privativas de liberdade de curta duração não estão inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive sua inserção seria impossível tendo em vista a política criminal do país, além de todos os princípios constitucionais penais que norteiam o direito penal brasileiro, em ênfase ao da presunção da inocência.

Coadunando com o exposto acima, o artigo 283 do Código de Processo Penal garante que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

Como exposto no presente estudo, o ANPP fora criado com a finalidade de mitigar o encarceramento em massa. Isso porque, trata-se de instituto despe-

nalizador, o qual ao invés de encarcerar o sujeito ativo do crime, permite que este repare o dano e preste prestação pecuniária à sociedade.

Para além das obviedades que apontam a necessidade de aplicação de medidas despenalizadoras que tragam efetividade à normas penais, o ANPP também se coaduna com a realidade fática das penitenciárias do país, à medida que cria a possibilidade de que a prisão não seja a primeira e única “solução” a ser aplicada na esfera penal.

*A contrário sensu*, o ANPP propõe-se a ser um instituto no qual o sujeito destinatário seja responsabilizado criminalmente sem a necessidade do cárcere.

Tendo em vista que um dos pilares do ANPP é proporcionar alternativas à prisão, como forma de combater o encarceramento em massa, evidencia-se que a lógica do instituto, por óbvio, é não encarcerar.

Assim, propor que penas privativas de liberdade de curta duração sejam inseridas em Acordos de Não Persecução Penal contraria a própria finalidade do instituto, a razão pela qual ele foi criado, esvaziando o sentido de existir do ANPP: evitar que o Estado depreenda tempo com persecuções penais que, segundo critérios legais, podem ser tratados de maneiras mais rápidas, efetivas e menos custosas ao Estado e aos envolvidos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, é necessário retomar as duas premissas principais: *(i)* as penas privativas de liberdade de curta duração não existem em nosso ordenamento, ou seja, não são aplicáveis no Brasil e *(ii)* o Acordo de Não Persecução Penal é um instrumento despenalizador.

As alternativas despenalizadoras consagradas na legislação brasileira obstam que uma pessoa seja inserida no sistema carcerário, sendo privada de sua liberdade por período curto de tempo, com exceção das prisões processuais, que se justificam nos termos da previsão legal.

Diante disso, não há que se falar na possibilidade de que penas privativas de liberdade de curta duração possam estar entre os requisitos de uma proposta de Acordo de Não Persecução Penal ofertada pelo Ministério Público, seja ele estadual ou federal. Isso porque, além da impossibilidade legal para tanto, o instituto por si só impede tal inserção, uma vez que o tal busca propor formas de punição alternativas à prisão.

Ainda, acordar que uma pessoa seja presa sem que esteja nas possibilidades legais de prisão processual e sem que haja sentença condenatória transitada em julgado vai de encontro com o ordenamento jurídico brasileiro em sua integralidade, à medida em que as normas e os princípios que regem o sistema penal

brasileiro não possibilitam que uma pessoa seja presa fora das hipóteses legais, seja ela uma prisão anterior ou posterior à uma sentença penal condenatória.

Portanto, não há que se arguir que o ANPP é uma pena de curta duração ou, ainda, compará-los a fim de tornar possível a aplicação de pena privativa de liberdade de curta duração em propostas de acordos de não persecução penal, pois isso acabaria com a finalidade, motivação, ideal e razão de ser do instituto, suprimindo um dos seus objetivos primordiais: evitar o encarceramento em casos que a prisão não é a primeira opção para a solução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Cátia Raquel Arouca Araújo. **Penas de Substituição Privativas da Liberdade**. Dissertação (Mestrado), Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição online de Ridendo Castigat Mores. Pdf, disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei n. 2848, de 07 de Dezembro de 1940. **Institui o Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum Compactado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)> .

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012. Projeto de Novo Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>.

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIS. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/segundo-levantamento-do-depen-as-vagas-no-sistema-penitenciario-aumentaram-7-4-enquanto-a-populacao-prisional-permaneceu-estavel-sem-aumento-significativo>>.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos**. São Paulo. Tese (Doutorado em Direito Penal). Universidade de São Paulo. 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FILHO, Leandro de Deus; LUCIANO, Débora Lopes. **O acordo de não persecução penal**: aspectos intertemporais e natureza jurídica. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-aspectos-intertemporais/>>.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, volume 1**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal, volume 1**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. A. C. C. Porto Alegre: L&PM. 2016.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: parte geral. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

RAFAEL, I. 2017. **Brasil promete à ONU reduzir em 10% o número de presos até 2019. É possível?**. Disponível em: < <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/05/05/Brasil-promete-%C3%A0-ONU-reduzir-em-10-o-n%C3%BAmero-de-presos-at%C3%A9-2019.-%C3%89-poss%C3%ADvel>>

RIBEIRO, Renato Ribeiro. **Hobbes**: o medo e a esperança. In: Francisco C. Weffort (org.). Os Clássicos da

Política. 14. ed. São Paulo: Ática. 2006.

ROUSSEAU, Jean. Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Jeremy Lugros. São Paulo: Editora Nilobook. 2013.

SANTOS, Dayana Rosa dos. **O exame criminológico e sua valoração no Processo de Execução Penal**. São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito, Processo Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

SILVA, Marcelo Oliveira da. O Acordo de Não Persecução Penal. **Revista EMERJ**, v.22, nº 03, set./dez., 2020. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista\\_v22\\_n3/revista\\_v22\\_n3\\_261.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n3/revista_v22_n3_261.pdf)>.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

# COMPATIBILIDADE DA PENA PRIVATIVIDADE DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

VICTOR FANTI<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO: EXPOSIÇÃO DO CASO E PERGUNTAS

Em 2021, o médico brasileiro “A” viajou para o Egito e, em uma visita ao comércio local, aproveitou-se do desconhecimento da língua portuguesa de uma vendedora e, em tom jocoso, manteve um diálogo se utilizando de expressões ambíguas com conotação sexual. O diálogo foi gravado e publicado pelo próprio médico “A” em sua rede social.

Após ampla repercussão pública e midiática negativa, inclusive no próprio Egito, as autoridades judiciárias locais realizaram a prisão cautelar do médico “A”, para fins de investigação de suposto crime de assédio sexual cometido pelo médico “A”. A prisão teve duração de aproximadamente seis dias.

Uma vez colocado em liberdade, o médico “A” retornou para o Brasil, ocasião em que fez gravações reconhecendo o erro e se desculpando pelos seus atos.

A despeito de tratar-se de uma prisão de natureza processual, questiona-se se seria compatível com a legislação brasileira a aplicação de penas privativas de liberdade de curta duração, anteriores ao início do processo penal. Isto é, se é possível prender indivíduos por alguns dias, em caráter preliminar e em substituição a uma eventual pena de maior duração aplicável ao final de um processo, com o objetivo de proporcionar uma aplicação de pena de acordo com eventuais finalidades eleitas pelo ordenamento.

Tal questionamento emerge em razão da grave situação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro – que conta com uma população carcerária de 837.443 pessoas<sup>2</sup> – e da ausência de informações sobre a efetividade de penas

---

1 Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Pós-Graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas, Especialista em Processo Penal e em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCrim e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e Consultor em São Paulo/SP.

2 Dados obtidos a partir do relatório consolidado do 12º Ciclo do INFOPEN, correspondente ao período de janeiro a junho de 2022. Link para acesso: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-anali>

diversas da privação da liberdade para fins de reincidência e do potencial efeito (efeito de choque) que se pode gerar em determinados indivíduos com a passagem pelo sistema carcerário logo após a prática de um delito.

Assim, o objetivo central do presente artigo não é advogar em favor ou contra determinada forma de imposição ou cumprimento de pena, até porque há sérias dúvidas sobre a real efetividade da pena privativa de liberdade. No entanto, objetiva-se tão somente verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Para a análise de tal compatibilidade, será necessário questionar, em primeiro lugar, *i)* se a legislação brasileira fixa alguma finalidade que deve a pena desempenhar ao ser aplicada. Caso a resposta à primeira pergunta seja afirmativa, será necessário entender os limites dessa finalidade, ou seja, qual seria o seu conteúdo, o objetivo concreto que se espera que a pena aplicável atinja.

Em sequência, será necessário analisar *ii)* se as características da pena privativa de liberdade de curta duração são aptas a cumprir com a finalidade da pena exigida pela legislação.

Caso se responda afirmativamente a essa terceira pergunta, dever-se-á analisar *iii)* se a legislação brasileira fornece margens interpretativas ou institutos que permitam a aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração nos casos concretos. Se houver, será imprescindível elencar *iv)* quais os requisitos e em quais hipóteses tal pena poderá ser aplicada.

## **1. ELEGE O ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO UMA FINALIDADE DA PENA?**

O desenvolvimento deste item está intrinsecamente relacionado com a legitimação do próprio Direito penal e da consequente aplicação de penas. Afinal, a aplicação de penas, sobretudo, a pena privativa de liberdade deve ser algo legitimamente justificado, justificativa esta que deve ser exteriorizada e compreendida pelos cidadãos enquanto opção de política criminal<sup>3</sup>. Assim, a aplicação irracional de penas não se mostra aceitável em um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, as teorias ou finalidades da pena foram e continuam sendo discutidas e desenvolvidas com o escopo de se tentar, de algum modo, justificar a imposição de pena àqueles que violam o preceito primário da norma penal, isto é, que cometem um delito.

---

ticos/br/brasil-junho-2022.pdf. Acessado em: 22.11.2022.

3 Para a qual Juarez Cirino dos Santos dá o nome de “política penal” (cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 447-448).

Por essa razão, não podemos aqui nos esquivar em buscar entender as justificativas que a legislação brasileira fornece para a legitimação da aplicação de sanções penais aos cidadãos, em caso de violação da norma penal. Tal compreensão é ainda mais exigível se se parte da pretensão de analisar, como é o caso deste trabalho, se uma nova forma de aplicação de penas é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal brasileira possui algumas disposições sobre a pena e que se encontram em seu artigo 5º. Do que se vale mencionar, em primeiro lugar, o inciso XXXIX afirma o princípio da legalidade, de modo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Ademais, o inciso XLV consagra o princípio da intranscendência das penas, de forma que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Além disso, o inciso XLVI dispõe que “a lei regulará a individualização da pena” e prevê as espécies de penas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, como a pena privativa ou restritiva da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

Ainda, o inciso XLVII impõe limites às penas aplicáveis. Assim, não se admite a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Pode-se depreender, portanto, que a Constituição Federal dispõe sobre alguns princípios sobre a pena, elenca suas espécies, estabelece limites à sua natureza e fixa que caberá a lei ordinária regularizar a individualização da pena. No entanto, parece que, em momento algum, a Constituição elege uma finalidade que deve desempenhar a pena ao ser aplicada.

No que diz respeito ao Código Penal, nota-se a existência de todo um Título (Título V), com os seus respectivos Capítulos e Seções, que cuida especificamente das penas aplicáveis e que compreende do artigo 32 até o artigo 90 do código. Todavia, para os fins deste primeiro item, cumpre destacar a redação do artigo 59<sup>4</sup> do Código Penal, segundo o qual o juiz estabelecerá as penas aplicáveis, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a sua substituição por outra espécie de pena, “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. A utilização dos

---

4 “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:  
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;  
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;  
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;  
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

termos “reprovação” e “prevenção” nos dá um indicativo de quais funções deve desempenhar a pena aplicável no caso concreto.

No mesmo sentido caminha o Código de Processo Penal, segundo o qual, no *caput* de seu artigo 28-A<sup>5</sup> – que trata da possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal – é estabelecido que o “Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário para reprovação e prevenção do crime”. É importante esclarecer que, no caso do ANPP, sua celebração não implica penas, e sim condições que podem até se confundir com algumas espécies de pena, como a multa (no caso da prestação pecuniária) e penas restritivas de direitos (como prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas). No entanto, a utilização dos termos “reprovação” e “prevenção”, mais uma vez, dão pistas de quais funções ou finalidades as sanções, sejam elas penas ou condições, devem desempenhar no sistema penal brasileiro.

A doutrina que se manifesta sobre o assunto e a que se teve acesso, por sua vez, entende que o artigo 59 afirmou expressamente as finalidades que a pena deve desempenhar, dando-se a tais finalidades um caráter eclético, misto ou unificado. Assim, na fixação da pena, o juiz deverá proceder com considerações de natureza retributiva, que correspondem à reprovação, e de natureza preventivas, correspondentes à prevenção<sup>6</sup>. Tais considerações de retribuição e prevenção nos remetem às disseminadas teorias ou finalidades da pena absoluta ou retributiva e às relativas ou preventivas, estas últimas abrangendo as modalidades geral e especial.

No que diz respeito à teoria retributiva, atribuídas a Kant<sup>7</sup> e Hegel<sup>8</sup>, a doutrina nacional também tem se manifestado no sentido de que não se pode aplicar a pena tendo em vista a imposição de um mal frente ao delito cometido. Deve-se outorgar à retribuição uma função de limite, enquanto garantia de proporcionalidade da pena amparada na gravidade do fato e na valoração da culpabilidade, e não como retribuição moral<sup>9</sup>.

---

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

6 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**. Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 252-253. No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 457.

7 KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Ed. y Trad. José Mardomingo. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1999, *passim*.

8 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Principios de la filosofía del derecho**. 1.ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2004, p. 98-108.

9 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**. Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 253. No mesmo sentido: MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal*: parte geral – lições fundamentais. 5.ed. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 880.

Já no que tange as finalidades preventivas, para as quais a pena deve desempenhar uma eficácia futura ou uma utilidade social<sup>10</sup>, comecemos por sua modalidade especial, que tem como foco o indivíduo que praticou o delito. Vale destacar que a prevenção especial ainda carrega um enfoque positivo e outro negativo.

O enfoque positivo tem por finalidade a reeducação do indivíduo ou sua ressocialização, para que possa, ao fim de sua pena, retornar ao convívio social<sup>11</sup>. A despeito das críticas<sup>12</sup>, a Lei de Execuções Penais brasileira (Lei nº 7.210/1984), em seu artigo 1º, exigiu que a execução da pena desempenhe, como um de seus objetivos, uma finalidade preventiva positiva, para “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”<sup>13</sup>.

Em relação à prevenção especial negativa, cuja origem atribui-se a Liszt<sup>14</sup>, a pena deve desempenhar uma função de correção, intimidação, neutralização ou inocuidade e/ou isolamento, muitas vezes aplicada por tempo indeterminado e até em caráter perpétuo, das pessoas condenadas não suscetíveis à ressocialização<sup>15</sup>. Ocorre que essa finalidade, tal como concebida, mostra-se inadmissível em um Estado Democrático de Direito e totalmente incompatível com a Constituição Federal brasileira, que, conforme já anteriormente narrado, em seu artigo 5º, inciso XLVII, inadmite penas de morte, de caráter perpétuo ou cruéis. Portanto, a referência à “prevenção” no artigo 59 do Código Penal brasileiro não admite que a pena aplicável vise cumprir com qualquer finalidade preventiva especial negativa.

A modalidade da prevenção geral, tem, por sua vez, a pretensão de exercer influência sobre a comunidade por meio da ameaça da pena e da execução penal, instruindo-a sobre as proibições legais, afastando-a de suas violações e prevenindo delitos<sup>16</sup>. Há, também nessa modalidade, um enfoque positivo e outro negativo.

- 
- 10 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral. Princípios fundamentais e sistema. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 197.
  - 11 SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte geral. Vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 442.
  - 12 “O conjunto de abordagens críticas pode ser apresentado em dois planos: ponto de vista jurídico-normativo, relacionado aos fundamentos da prevenção especial positiva e à inadequação dos seus postulados na estrutura do direito penal de garantias moldados pela maioria das Constituições nas democracias ocidentais; segundo, criminológico, acerca da incapacidade de o modelo correccionalista e de a instituição carcerária preservarem minimamente os direitos humanos dos condenados e cumprirem a finalidade ressocializadora” (cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80).
  - 13 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**. Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 254.
  - 14 LISZT, Franz von. **La idea de fin en el derecho penal**. Primera edición. Valparaíso: Edeval, 1984. Primera reimpressão, 1994, p. 111-126.
  - 15 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral. Princípios fundamentais e sistema. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 199.
  - 16 ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Míguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 89.

O enfoque preventivo geral positivo, atribuído inicialmente e sobretudo a Helmuth Mayer, Mezger<sup>17</sup> e Welzel<sup>18</sup> e atualmente, suas linhas fundamentadora e limitadora (prevenção técnica), respectivamente, a Jakobs<sup>19</sup> e a Hassemer<sup>20</sup>, preconiza que a pena tem a finalidade dirigir um comunicado à comunidade enquanto reforço dos valores e outras representações contidas na lei. Nesse contexto, a pena carrega um caráter pedagógico e comunicativo voltado para a reafirmação do sistema normativo e à sua estabilização e confiança<sup>21</sup>.

Dessa forma, a imposição de pena para um indivíduo teria por finalidade reforçar para a sociedade que determinado valor expresso pela norma penal – como o respeito à vida, ao patrimônio etc. – ainda vigora e que a lei penal está sendo aplicada.

Por sua vez, o enfoque preventivo geral negativo está vinculado à teoria da coação psicológica, atribuída à Feuerbach<sup>22</sup>, segundo o qual toda pena tem como objetivo principal e necessário afastar a todos do crime mediante sua ameaça<sup>23</sup>. Assim, a imposição da pena para determinadas condutas tem por escopo servir como uma coação psicológica da coletividade para que não se pratique crimes.

- 
- 17 Mezger preconiza que a prevenção geral é a atuação pedagógico-social sobre a coletividade: “*La pena actúa y debe actuar, a la vez, sobre la comunidad jurídica e sobre la conciencia de la colectividad ‘intimidando’ y, por consiguiente, previniendo el delito. Al mismo tiempo, debe servir para ‘educar’ la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión de delito*” (cf. MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 371).
- 18 Welzel, em seu **Derecho Penal**: parte general (edição alemã de 1955 traduzida para o espanhol em 1956), afirma que “*La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez invariable de esos valores [valores positivos ético-sociais, como o respeito pela vida alheia, a saúde, a liberdade, propriedade etc.], mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano*”. E segue: “*En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social: proscribiendo y sancionando, el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez invariable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho [...]*”. Por outro lado, Welzel faz a distinção entre dois tipos de criminalidades: a criminalidade dos indivíduos que, em geral, são capazes de uma relação ético-social e a criminalidade de indivíduos aos quais falta, em grau elevado, a capacidade necessária para se ligar com as normas ético-sociais, de modo que vem a chamá-los de habituais. Para os primeiros indivíduos, Welzel propõe a aplicação de uma pena retributiva, adequada segundo o grau da culpa (cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 3-4 e 9-10). Diante disso, por mais que entenda que a pena imposta fortalece o sentimento de fidelidade ao direito, Welzel defende a imposição de uma pena de caráter retributivo. Dessa forma, a concepção de Welzel pode ser melhor classificada enquanto uma teoria unificada ou mista, e não somente como uma teoria preventiva geral positiva.
- 19 JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, p. 15-16 e ss.
- 20 HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão: Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; Tradução: Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 308-314.
- 21 SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte geral. Vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 441.
- 22 GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Traducción del alemán de Paola Dropulich y José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 44 e ss. Partindo da filosofia kantiana, Feuerbach entende que o homem funciona segundo as leis da causalidade e da associação de ideias. Assim, um impulso conduziria o homem a desejar um objeto qualquer, cuja ausência se converte na causa de uma sensação de desprazer. Com isso, o homem agiria para superar tal desprazer, satisfazer seus desejos e alcançar o objeto desejado. Dessa forma, para Feuerbach, a cominação de pena tem que se introduzir nesse mecanismo e neutralizar o desejo criminal. Portanto, se o indivíduo sabe que a obtenção do objeto desejado infringe uma proibição cominada com pena e que as sensações de prazer geradas ao satisfazer seus desejos estão ligadas necessariamente com uma sensação de desprazer maior, que é a pena, então, tornar-se-ia impossível desejar o proibido (cf. GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 50-51).
- 23 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 125.

Ao contrário do que se pode pensar, a teoria da prevenção geral negativa não é, em si, ruim, e não necessariamente remete à imposição de penas desumanas. Inclusive, tal teoria veio a ser defendida e difundida por vários autores considerados liberais, isto é, que não pretendiam a imposição de pena de maneira desumana. Uma possível razão para tal diagnóstico está relacionada ao fato de que a prevenção geral negativa renuncia a qualquer pretensão de dirigir moralmente os cidadãos por meio da pena. Assim, não importa a razão que conduziu o cidadão a não praticar uma proibição – inclusive motivos egoístas –, basta que ele respeite a norma<sup>24</sup>.

Diferentemente é o que se verifica na prevenção especial positiva, na qual, com o proposto fim da ressocialização, busca-se impor ao indivíduo determinados valores sociais esperados.

De todo modo, o que importa para fins do presente artigo é esclarecer que se espera, de acordo com a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, que a imposição da pena desempenhe uma função de prevenção, em sua modalidade especial positiva – com a busca pela ressocialização –, geral positiva – com a reafirmação, estabilização e confiança no sistema normativo – e geral negativa – com a intimidação ou desencorajamento ao desrespeito da proibição –, limitada à observância da proporcionalidade de acordo com a culpabilidade do agente no momento do fato – o que conforma a finalidade retributiva prevista no artigo 59, do Código Penal, e 28-A, do Código de Processo Penal –.

Uma vez exposta a finalidade da pena eleita pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como os limites dessa finalidade, pode-se passar à próxima pergunta no sentido de se as características da pena privativa de liberdade de curta duração são aptas a cumprir com referida a finalidade exigida pelo ordenamento.

## **2. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO PODE VIR A ATENDER A FINALIDADE DA PENA ELEITA PELO ORDENAMENTO?**

Conforme exposto anteriormente na introdução, a pena privativa de liberdade de curta duração consiste em privar determinada pessoa de sua liberdade por alguns dias em estabelecimento adequado, em caráter preliminar, ou seja, sem processo, e em substituição a uma eventual pena de maior duração que poderia ser aplicável ao final de um processo, caso houvesse.

Vale lembrar que tal espécie ou modalidade de pena apenas se analisa em razão da grave situação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, a au-

---

24 GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Traducción del alemán de Paola Dropulich y José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 279-280.

sência de informações sobre a efetividade de penas diversas da privação da liberdade para fins de reincidência e sobre o potencial efeito (efeito de choque) que se pode gerar em determinados indivíduos com a passagem pelo sistema carcerário logo após a prática de um delito.

Diante disso, a pergunta descrita no presente item mostra-se relevante, já que, caso a modalidade de pena ora em análise se mostre absolutamente incapaz de cumprir com a finalidade eleita pelo ordenamento jurídico brasileiro, não haveria razões para a continuidade do presente artigo, pelo menos não em uma perspectiva de *lege lata*.

Pois bem. Indo direto ao ponto: a verdade é que se não é possível verificar se cumpre a pena privativa de liberdade, tal como conhecemos hoje, a finalidade supramencionada, muito por conta da ausência de pesquisas empíricas e pela dificuldade em se estabelecer um método adequado e confiável, não é possível afirmar com precisão que, na prática, a pena privativa de liberdade de curta duração cumprirá com tal finalidade.

Todavia, isso não significa que se deve desde já afastar a compatibilidade da pena privativa de liberdade de curta duração com o ordenamento jurídico brasileiro, mas tão somente que sua possível e eventual aplicação deve observar e estar restrita ao fato concreto e ao indivíduo que será submetido a ela.

Não há dúvidas de que, para algumas pessoas, a mera possibilidade de cumprimento de penas restritivas de direitos já seria o suficiente para influir nelas as finalidades preventivas gerais e especial positiva. No entanto, também não há dúvidas de que há pessoas, até por às vezes já terem permanecido no sistema carcerário por muito tempo, que a imposição de alguns dias de privação da liberdade em nada influenciaria.

Logo, não importa se determinada pena pode desempenhar determinada finalidade prevista em lei, e sim se no caso concreto, a aplicação de determinada pena é o suficiente para desempenhar determinada finalidade.

Com isso, se entendermos que em determinados casos as penas restritivas de direitos são insuficientes e que a pena privativa de liberdade por mais de alguns dias será desproporcional ou desnecessária, pode-se afirmar ser a pena privativa de liberdade de curta duração suficiente e necessária para atingir a finalidade eleita pelo ordenamento jurídico brasileiro. Do mesmo modo, haverá situações em que ela não se mostrará suficiente e necessária, razão pela qual melhor será aplicar outras modalidades de pena previstas na lei.

Portanto, pode-se concluir, em resposta à pergunta formulada neste item, que a pena privativa de liberdade de curta duração pode vir a desempenhar a fina-

lidade da pena exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro, tal como foi traçada, em suas linhas gerais, no item anterior.

Feitas tais considerações, podemos passar para o próximo item, que terá por objetivo investigar e responder se, porquanto atinja a finalidade eleita, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de dispositivos, margens interpretativas ou instrumentos que viabilizem a aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração.

### **3. FORNECE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA MARGENS INTERPRETATIVAS OU INSTRUMENTOS PARA VIABILIZAR A APLICAÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO?**

Cumprido esclarecer que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão legal que autorize, expressamente, a aplicação de penas privativas de liberdade de curta duração tal como aqui concebidas.

Salvo raríssimas exceções<sup>25</sup>, a legislação penal brasileira adotou um sistema de cominação da pena privativa de liberdade cujos patamares mínimo e máximo estarão previstas em cada tipo penal<sup>26</sup>, como dispõe o artigo 53 do Código Penal brasileiro<sup>27</sup>.

Ademais, o artigo 59, II<sup>28</sup>, também do Código Penal brasileiro, reforça a ideia de que a imposição da pena privativa de liberdade deve ser imposta respeitando os patamares mínimo e máximo previstos em cada tipo penal, mesmo que, por alguma razão, tal patamar mínimo não se mostre necessário<sup>29</sup>.

Não bastasse isso, o STJ ainda editou a súmula nº 231, segundo a qual “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Dessa forma, ainda que no caso concreto se verifique que as circunstâncias judiciais permitem a fixação da pena-base no mínimo legal, que há circunstância atenuante e que não há hipóteses de aumento ou diminuição, o juiz não estará autorizado a aplicar uma pena abaixo do mínimo legal.

---

25 Como, por exemplo, vários dos crimes previstos na Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral) e todos os crimes da Lei nº 6.538/1978 (Lei dos Serviços Postais) que apenas preveem penas máximas.

26 DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

27 Art. 53 - As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.

28 “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

[...]

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

[...]”

29 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 403.

Nesse contexto, as penas privativas de liberdade de curta duração somente seriam cabíveis para pouquíssimos crimes que previssem poucos dias de detenção ou reclusão como pena mínima. Assim, é difícil imaginar que as penas de curta duração pudessem auxiliar, de alguma forma, com o problema do sistema carcerário brasileiro, ainda mais considerando que crimes com esse baixo patamar mínimo de pena admitem quase sempre a possibilidade acordo, como a transação penal, a suspensão condicional do processo ou o acordo de não persecução penal, ou a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Entretanto, esse cenário não encerra em definitivo a discussão nem mesmo exclui a possibilidade de aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração a partir de possíveis interpretações da legislação penal brasileira. A respeito disso, vislumbra-se pelo menos três âmbitos possíveis de investigação, exatamente relacionados com os acordos supracitados. São eles: *i*) o âmbito da transação penal; *ii*) o âmbito da suspensão condicional do processo e *iii*) o âmbito do acordo de não persecução penal.

Antes de se adentrar em cada um desses âmbitos, é necessário dizer que não se vislumbra possíveis discussões no âmbito da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos. Isso porque as penas restritivas de direitos são taxativamente preestabelecidas nos artigos 43 e 46 a 48, do Código Penal. Ademais, a redação legal deixa explícita que penas restritivas de direitos não se confundem com a pena privativa de liberdade. Logo, não seria possível substituir uma pena privativa de liberdade conforme os patamares mínimo e máximo do tipo penal por uma pena privativa de liberdade de apenas alguns dias – seria antes do processo.

No que diz respeito ao *i*) âmbito da transação penal, destinada a crimes de menor potencial ofensivo, prevê o artigo 76 da Lei nº 9.099/1995 – amplamente conhecida como Lei dos Juizados Especiais – que “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Como é possível notar, o artigo 76 veta a possibilidade de se realizar transação para a imposição imediata de pena privativa de liberdade ao indivíduo, de forma que somente poderiam ser transacionadas penas restritivas de direitos, tal como previsto no Código Penal, ou multas. Tal raciocínio decorre da previsão do artigo 62 da Lei nº 9.099/1995<sup>30</sup>, que elege como princípio reitor, dentre outros, a aplicação de pena não privativa de liberdade.

---

30 Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena

A doutrina especializada afirma que a Lei nº 9.099/1995 adotou medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, dentre elas a transação penal, em observância de tendências mundiais hodiernas que indicam para a utilização da pena privativa de liberdade enquanto *ultima ratio*<sup>31</sup>. Assim, não se admite que a proposta de transação penal formulada proponha a aplicação de pena privativa de liberdade, ainda que reduzida, e mesmo que tal pena seja a única espécie prevista abstratamente pelo tipo penal<sup>32</sup>.

Todavia, o mencionado entendimento merece algumas considerações. A Lei nº 9.099/1995 pressupõe, desde sua origem, que as penas restritivas de direitos e multas são sempre mais benéficas para os cidadãos do que a pena privativa de liberdade. Esse pressuposto pode não ser equivocado na esmagadora maioria de casos. Afinal, é nítido para muitas pessoas ser muito melhor sofrer uma restrição de final de semana ou pagar uma quantia a título de multa do que passar um dia sequer na prisão. No entanto, pode ocorrer a situação na qual, em razão de circunstâncias pessoais, psicológicas e/ou econômicas, uma pessoa prefira sofrer com uma pena privativa de liberdade de poucos dias do que ter de pagar uma multa ou sofrer qualquer outra restrição a outros direitos. Trata-se de situação controversa e incerta, mas possível.

Diante dessa possibilidade, a pergunta que surge é se o indivíduo que recebeu a proposta de transação penal – esta sim impossibilitada de sugerir a aplicação imediata de pena privativa de liberdade, em razão do princípio da legalidade – pode proceder com uma contraproposta, se assim desejar, para ter sua liberdade privada por alguns dias, em vez de ter outro direito restrito ou de pagar uma multa. Em tese, a resposta a esse questionamento é positiva, já que a transação penal é revestida de caráter negocial e consensual, bem como está amparada na autonomia da vontade e no princípio da autodeterminação.

Entretanto, considerando que as penas dos delitos de menor potencial ofensivo não excedem o *quantum* de dois anos e que a pessoa beneficiada por eventual transação penal não pode ser reincidente, mesmo que se vislumbre um processo penal com condenação, tal condenação poderia ser substituída por penas restritivas de direitos ou, no máximo, em caso de imposição de pena de prisão, limitar-se-ia a um regime aberto de cumprimento de pena. Com isso, é difícil imaginar que alguém prefira, mesmo assim, contrapor a proposta de transação com uma pena privativa de liberdade de curta duração, a não ser para

---

não privativa de liberdade.

- 31 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50-51 e 86. No mesmo sentido: CHINI, Alexandre et al. **Juizados especiais cíveis e criminais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 330-331.
- 32 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 157.

evitar o registro da condenação em certidão ou folhas de antecedentes criminais e/ou para evitar uma ação civil *ex delicto*.

Diante dessa possibilidade de contraproposta, necessário é o cuidado com eventual proposta excessiva que, em verdade, apenas busca forçar o indivíduo a considerar uma pena privativa de liberdade de curta duração. Do mesmo modo, é necessária a cautela com a quantidade de dias sugeridos na contraproposta, bem como a aceitação por parte do proponente do acordo.

Feitas essas considerações, no que toca o *ii*) âmbito da suspensão condicional do processo, o artigo 89, *caput*, da Lei nº 9.099/1995, prevê que em todos os crimes – abrangidos ou não pela Lei nº 9.099/1995 – nos quais a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, “o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime” e que se verifique a presença dos requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, tal como estabelecido no artigo 77 do Código Penal.

Ademais, prevê o § 1º do supracitado artigo 89 que, uma vez aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o juiz, se receber a denúncia, poderá suspender o processo, “submetendo o acusado a período de prova” sob as condições de *a*) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; *b*) proibição de frequentar determinados lugares; *c*) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e *d*) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Ainda, o § 2º do artigo 89 estabelece que o juiz poderá especificar outras condições às quais ficaria subordinada a suspensão condicional do processo, desde que tais condições sejam adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Nesse diapasão, a disposição legal não delimita ou veta expressamente a eventual propositura de uma pena de curta duração como condição para suspensão do processo. Todavia, vale destacar mais uma vez a posição da doutrina, segundo a qual a suspensão condicional do processo é um instituto despenalizador indireto. Em outras palavras, será por meio da via processual que se chegará à extinção da pretensão punitiva<sup>33</sup>. Além disso, uma das finalidades do instituto é exatamente “evitar a aplicação da pena de curta duração”<sup>34</sup>.

Não obstante, é relevante salientar que a imposição de condições e não de pena privativa de liberdade é o que evita a estigmatização derivada do processo consistente na formação da culpa. Dessa forma, caso se exigisse o cumprimento

---

33 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juízados especiais criminais**. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 259-260.

34 *Idem, ibidem*, p. 263.

de uma pena privativa de liberdade, a lei ou o proponente estaria violando frontalmente o princípio do *nulla poena sine culpa*<sup>35</sup>.

Destarte, não pode o proponente apresentar, como condição para a suspensão condicional do processo, proposta que contenha o cumprimento de pena privativa de liberdade, ainda que seja de curta duração, nos contornos trazidos para análise no presente artigo.

A despeito disso, assim como exposto quando da análise da transação penal, a suspensão condicional do processo se configura como ato bilateral, de forma que nada obsta que o acusado rejeite as condições oferecidas pelo proponente e apresente uma contraproposta<sup>36</sup>.

Diante dessa hipótese, por mais que se mostre controverso e pouco provável, é possível que o indivíduo que recebeu a proposta de transação penal proceda com uma contraproposta, se assim entender melhor, para ver sua liberdade privada por alguns dias, em vez de ser privado de outro direito.

Por último, no que diz respeito ao *iii*) âmbito do acordo de não persecução penal, o artigo 28-A do Código de Processo Penal prevê que, “não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal, “desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, mediante determinadas condições, que poderão ser ajustadas cumulativa e alternativamente.

Dentre as condições previstas nos incisos do supracitado artigo, está: *a*) a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade fazê-lo; *b*) a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; *c*) a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do Código Penal; e *d*) o pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

Embora nenhuma das condições elencadas até o momento abram margem interpretativa para eventual aplicação de pena privativa de liberdade de curta

---

35 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 259.

36 *Idem, ibidem*, p. 256.

duração, a questão ganha espaço para discussão quando da análise da disposição contida no inciso V do artigo, segundo a qual é possível que o indivíduo cumpra, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que seja proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Em relação a isso, cabe salientar que o acordo de não persecução penal, assim como a transação penal e a suspensão condicional do processo, são instrumentos ou mecanismos de justiça criminal negocial, cuja principal característica é a facilitação da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do indivíduo investigado ou acusado, em troca de um benefício ou prêmio<sup>37</sup>, muitas vezes caracterizado como a não aplicação de penas privativas de liberdade ou sua redução.

Nessa seara, considerando a finalidade despenalizadora do acordo de não persecução penal, a doutrina tem defendido que não há margem interpretativa para se exigir, como outras condições no inciso V, qualquer limitação ou privação da liberdade do indivíduo<sup>38</sup>.

Portanto, tal como fora defendido anteriormente para os casos da transação penal e da suspensão condicional do processo, não é possível a exigência pelo proponente de aplicação de pena de curta duração quando da negociação de acordo de não persecução penal.

Entretanto, mais uma vez cabe salientar que, a despeito de se tratar de questão controversa, improvável e de pouca ou nenhuma eficácia no combate aos problemas inerentes ao sistema carcerário brasileiro, por se tratar de mecanismo de justiça consensual<sup>39</sup>, nada obsta que o investigado ou acusado apresente uma contraproposta ou sugira, se assim entender, o cumprimento de uma pena privativa de liberdade de curta duração.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos realizados ao longo do presente artigo, pode-se responder que *i*) a legislação brasileira fixa determinadas finalidades que deve desempenhar a pena. Assim, a imposição da pena deve desempenhar uma função de pre-

---

37 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 15.

38 SAAD, Marta. Art. 28-A. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coord.). **Código de processo penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 187. No mesmo sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 136 e 139; DE BEM, Leonardo Schmitt; DE BEM, Viviane de Aquino. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. São Paulo/Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 87; e MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. São Paulo/Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 213.

39 DE BEM, Leonardo Schmitt; DE BEM, Viviane de Aquino. *op. cit.*, p. 87.

venção – especial positiva, geral positiva e geral negativa – limitada à observância da proporcionalidade de acordo com a culpabilidade do agente no momento do fato.

Do mesmo modo, *ii)* não é possível afirmar com precisão se, na prática, a pena privativa de liberdade de curta duração é capaz de cumprir com as finalidades eleitas pela legislação brasileira. Isso, contudo, não significa que tal pena não seja apta a cumprir com tais finalidades na prática. Assim, a pena privativa de liberdade de curta duração pode vir a desempenhar a finalidade da pena exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro desde que observado o caso concreto e as particularidades do sujeito que cumprirá tal pena.

Ademais, vislumbra-se que *iii)* a única margem interpretativa que a legislação brasileira fornece para a aplicação de penas privativas de liberdade de curta duração se encontra no âmbito da justiça criminal negocial, especificamente nos institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal.

Tal margem interpretativa, todavia, não permite que o proponente do acordo imponha a pena privativa de liberdade de curta duração ao investigado ou acusado, uma vez que a essência de tais institutos é a despenalização e o recurso a condições diversas da privação de liberdade, até mesmo em observância aos inúmeros problemas verificados no sistema carcerário brasileiro.

Portanto, *iv)* a única hipótese possível para a aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração em uma perspectiva de *lege lata* seria no remoto e improvável caso de o investigado ou acusado entender que o cumprimento de qualquer outra medida diversa da prisão lhe é mais prejudicial, de forma a sugerir ou apresentar uma contraproposta para o cumprimento de uma pena privativa de liberdade de curta duração.

Nessa hipótese, extremamente controversa, exige-se o máximo cuidado por parte do investigado ou acusado e de seu defensor com eventuais propostas excessivas que apenas buscam forçar o indivíduo a considerar uma pena privativa de liberdade de curta duração.

Do mesmo modo, necessária seria a máxima cautela com a quantidade de dias sugeridos na contraproposta, exatamente por não haver qualquer disposição legal que limite tal imposição de pena, o que certamente levanta sérias dúvidas a respeito de sua constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013;

CHINI, Alexandre et al. **Juizados especiais cíveis e criminais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018;

DE BEM, Leonardo Schmitt; DE BEM, Viviane de Aquino. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. São Paulo/Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 75-118;

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral. Princípios fundamentais e sistema. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989;

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Traducción del alemán de Paola Dropulich y José R. Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015;

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão: Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; Tradução: Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008;

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Principios de la filosofía del derecho**. 1.ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2004;

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998;

KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Ed. y Trad. José Mardomingo. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1999;

LISZT, Franz von. **La idea de fin en el derecho penal**. Primera edición. Valparaíso: Edeval, 1984. Primera reimpresión, 1994;

MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal**: parte geral – lições fundamentais. 5. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020;

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958;

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. São Paulo/Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 205-217;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997;

SAAD, Marta. Art. 28-A. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADA-RÓ, Gustavo Henrique (Coord.). **Código de processo penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 175-195.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**. Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018;

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte geral. Vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019;

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.



**tirant**  
lo blanch

[editorial.tirant.com/br/](http://editorial.tirant.com/br/)

Motivada pelos vários pontos obscuros que permeiam a aplicação das penas curtas de privação de liberdade, a presente pesquisa se propôs a analisar a pertinência da colocação de um instituto similar no ordenamento jurídico brasileiro, bem como investigar sua natureza, sua posição perante as teorias justificadoras da pena e estabelecer os requisitos e limites para a sua aplicação na órbita do Estado Democrático de Direito.

Mais objetivamente, os trabalhos realizados buscaram responder às seguintes indagações: i) Penas privativas de liberdade curtas poderiam ser aplicadas como resposta penal imediata em certos casos no Brasil?; ii) Qual seria a natureza jurídica dessas penas e qual seria a função das mesmas perante as teorias justificadoras?; iii) Caso se conclua pela pertinência dessas penas, quais seriam os requisitos (momento processual, procedimento a ser observado, etc.) e os limites que deveriam ser observados para sua aplicação? e iv) Quais seriam as possíveis críticas a essas penas sob a ótica dos diferentes segmentos (Criminologia, Política Criminal, Dogmática Penal, Processo Penal, Execução Penal) que compõem as ciências penais contemporâneas?

Cada pesquisador/a teve a liberdade de escolher o recorte de trabalho, seja ele dentro da ótica criminológica, penal ou processual penal, e desenvolver suas conclusões sobre a viabilidade de introdução do instituto no ordenamento.

O resultado do esforço conjunto foi uma obra multifacetada e completa, com uma vasta problematização do tema, que permite um olhar mais abrangente sobre a promoção de inovação no aspecto punitivo e os contornos de legitimidade traçados por nosso Ordenamento Jurídico para a imposição de uma punição.

ISBN 978-655908758-7



+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA