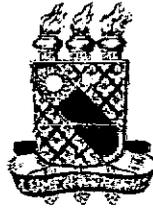


341.51  
T273d  
(S489)  
(T670)



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE**

**JULIANA MARIA MARTINS TELLES**

**DIREITO PENAL MÍNIMO:  
a influência da tutela penal mínima no combate à criminalidade**

**FORTALEZA – CEARÁ  
2010**

JULIANA MARIA MARTINS TELLES

**DIREITO PENAL MÍNIMO:  
a influência da tutela penal mínima no combate à criminalidade**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientador: Ms. Renan Cajazeiras Monteiro

FORTALEZA – CEARÁ  
2010

T269d Telles, Juliana Maria Martins

Direito penal mínimo: A influência da tutela penal mínima no combate à criminalidade / Juliana Maria Martins Telles. – Fortaleza, 2009.

76p.

Orientador: Prof. Ms. Renan Cajazeiras Monteiro.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) – Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados.

1. Direito penal mínimo. 2. Poder punitivo. 3. Política Criminal. 4. Princípio da intervenção mínima. 5. Garantismo penal. I. Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados.

CDD: 341-5



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Coordenação do Núcleo *Lato Sensu*

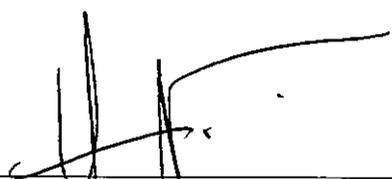
## COMISSÃO JULGADORA

### JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 e 25 da Resolução 2516/2002 CEPE, 27 de dezembro de 2002, da Universidade Estadual do Ceará / UECE, após análise e discussão da Monografia submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a):           Juliana Maria Martins Telles  
Monografia:       Direito Penal Mínimo: A Influência da Tutela Penal Mínima no Combate à Criminalidade  
Curso:             Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal  
Resolução:        2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002  
Portaria:          46/2010  
Data de Defesa:  20/04/2010

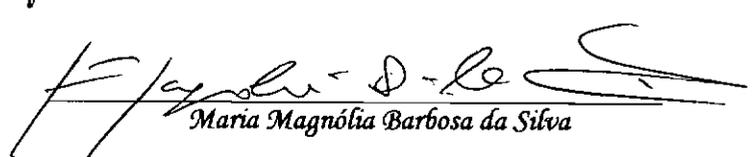
Fortaleza – CE, 20 de abril de 2010

  
\_\_\_\_\_  
*Renan Cajazeiras Monteiro*

*Orientador(a)/Presidente/ Mestre*

  
\_\_\_\_\_  
*Sílvia Lúcia Correia Lima*

*Membro/ Mestre*

  
\_\_\_\_\_  
*Maria Magnólia Barbosa da Silva*

*Membro/Mestre*

À minha mãe, exemplo de sabedoria, persistência e  
humildade.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pela sabedoria que me deu.

À minha mãe, pelo apoio incondicional.

Aos colegas da turma de especialização, pelos conhecimentos proporcionados.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Renan Cajazeiras Monteiro, pelo incentivo, paciência e disponibilidade durante a realização desta pesquisa.

## RESUMO

Trata, este trabalho, da intervenção mínima do Direito Penal e do seu caráter subsidiário; os limites do poder punitivo do Estado em face de garantias e princípios constitucionais. Necessidade de a tutela penal intervir nas condutas consideradas mais gravosas ao convívio em sociedade, deixando a cargo de outros ramos do direito os comportamentos que se mostram insignificantes na seara criminal. Garantismo penal, idealizado por Ferrajoli, como forma de proporcionar um processo penal mais justo, assegurando o contraditório e a ampla defesa, além de outros princípios constitucionais. Análise das teorias que originaram o direito penal mínimo – abolicionismo e movimento de lei e ordem. Fatores criminológicos estudados pela Criminologia, ciência fortemente relacionada ao direito penal. Políticas criminais são abordadas com o intuito de alcançar a justiça retributiva. Aplicação de penas alternativas como meio de reintegração efetiva do indivíduo infrator ao meio social. Principais idealizadores do direito penal mínimo são Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Eugenio Raul Zaffaroni e outros. Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa é bibliográfica e documental, tendo abordagem qualitativa, buscando aprofundar e abranger as relações humanas, observando os fenômenos sociais.

Palavras-chave: Direito penal mínimo. Poder punitivo. Política criminal. Princípio da intervenção mínima. Garantismo penal.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DIREITO PENAL: FINALIDADES, LIMITES E ASPECTOS GERAIS</b> .....	13
<b>2.1 Poder punitivo do Estado e seus limites constitucionais</b> .....	14
<b>2.2 Teoria geral do delito</b> .....	17
2.2.1 Teoria do etiquetamento .....	21
<b>3 DIREITO PENAL MÍNIMO</b> .....	25
<b>3.1 Abolicionismo</b> .....	26
<b>3.2 Movimento de Lei e Ordem</b> .....	27
<b>3.3 Princípio da intervenção mínima: origem e aspectos principais</b> .....	30
3.3.1 Princípio da lesividade .....	31
3.3.2 Princípio da insignificância .....	33
3.3.3 Princípio da adequação social .....	35
<b>3.4 Princípio da proporcionalidade no Direito Penal</b> .....	36
3.4.1 Princípio da necessidade da pena .....	37
3.4.2 Princípio da suficiência da pena .....	38
<b>4 DAS PENAS: A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO PERANTE A ATUAÇÃO ESTATAL</b> .....	40
<b>4.1 Criminologia x Direito Penal</b> .....	43
<b>4.2 Fatores sociais da criminalidade: uma problemática nacional</b> .....	44
4.2.1 Civilização, cultura, educação, escola e analfabetismo .....	44
4.2.2 Sistema econômico .....	45
4.2.3 Fatores sócio-familiares .....	46
4.2.4 Sexo .....	46
4.2.5 Sistemática Penal e a impunidade .....	47
4.2.6 Sistema Prisional .....	48
4.2.7 Televisão e meios de comunicação de massa .....	49
<b>4.3 Políticas Criminais: prevenção e combate dos fatores criminógenos</b> .....	50

4.3.1 Programas de orientação “comunitária” .....	50
4.3.2 Planejamento urbano .....	51
4.3.3 Prevenção “vitimária” .....	51
4.3.4 Prevenção da reincidência .....	53
4.3.5 Modelos e programas para menores em situação de risco.....	53
<b>4.4 Pena privativa de liberdade .....</b>	<b>54</b>
4.4.1 Princípio da individualização da pena .....	57
4.4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana sob o enfoque do Direito Penal .....	59
<b>5 PENAS ALTERNATIVAS E RESSOCIALIZAÇÃO .....</b>	<b>63</b>
<b>5.1 A ressocialização no contexto do direito penal mínimo .....</b>	<b>68</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>73</b>

# 1 INTRODUÇÃO

A busca pelo equilíbrio é uma constante no cotidiano do ser humano, seja ele no aspecto moral, social, psicológico ou físico. De igual maneira, no universo jurídico tal equilíbrio se torna elementar no que diz respeito à aplicação das leis e à efetividade concreta destas. Na seara penal também não é diferente, em virtude de haver limites impostos pela Constituição Federal de 1988 à atuação do Estado quando este utiliza meios de punição aos cidadãos que cometem crimes. Contudo, a sociedade atual, por atravessar um momento em que a criminalidade aumenta de maneira absurda diariamente, clama por Leis cada vez mais severas que possam, ao menos, garantir um sentimento de “justiça” contra a impunidade.

Tendo em vista esse contexto, o Direito Penal Mínimo, também conhecido como Direito Penal do Equilíbrio, surge tendo como fundamento primordial a intervenção mínima do Direito Penal nas condutas humanas, porém punindo efetivamente os crimes de maior relevância jurídico-social. Em outras palavras, significa limitar os mecanismos de punição do Estado, utilizando-os somente quando estritamente necessários para a proteção dos indivíduos.

Mais que uma discussão teórica, a tutela penal mínima torna-se indiscutivelmente aplicável na prática devido ao reflexo que tem sobre os direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna de 1988. Não se pode utilizar o Direito Penal como solucionador de todas as demandas jurídicas. Portanto, muito se discute nos dias de hoje a descriminalização de alguns tipos penais que, de fato, não afrontam concretamente bens jurídicos tutelados de forte relevância.

Outra problemática, além do acúmulo de ações judiciais sem solução, é o fato de a atividade policial cada vez mais se preocupar com crimes de menor importância em detrimento de infrações de maior potencial ofensivo para a sociedade. Muitos doutrinadores admitem que tais infrações menos relevantes devem ficar a cargo dos outros ramos do Direito, como o Direito Civil e Administrativo, defendendo então a subsidiariedade do Direito Penal, que somente deve atuar em *ultima ratio*.

A sociedade, em razão do aumento da criminalidade, das desigualdades econômico-sociais e da impunidade exacerbada, acredita que o caráter sancionador do Direito Penal, por si só, resolverá toda essa problemática vivida diariamente. Infelizmente, cada vez mais se comprova que tal ramo do direito estimula a própria criminalidade na medida em que escolhe sua “clientela” para ser punida e adentrar nos presídios; e estes estão longe de cumprir com sua finalidade principal: ressocializar o condenado, permitindo que ele possa retornar à sociedade recuperado, longe do crime. O que se vê, infelizmente, é o Estado, quando faz valer o *ius puniendi* através das sanções estipuladas no Código Penal, não conseguindo atingir as finalidades a que a pena se propõe (repressão e prevenção do crime).

O Direito Penal Mínimo consiste no fundamento de que o sistema penal deve somente coibir condutas lesivas, danosas e que atinjam os bens de maior relevância para o bom convívio social. E, ainda, embora o bem tutelado seja importante, caso outros ramos do direito forem eficientes e capazes de o protegerem, não há a necessidade da intervenção excessiva do Direito Penal. Não é um movimento de despenalização, mas sim de adequação do sistema penal à sociedade contemporânea.

Neste diapasão, surge a proposta de humanizar a justiça penal nos casos em que a pena privativa de liberdade é realmente necessária, e, ainda, a aplicação de penas alternativas para os crimes menos ofensivos, evitando, dessa maneira, o encarceramento desnecessário de indivíduos.

A justificativa para este trabalho consiste no fato de que, atualmente, com a crescente criminalidade, outras propostas de prevenção e combate a esse fenômeno podem gerar eficácia bem maior que a pena de prisão. Isto porque o condenado tem chance de reparar o dano causado, trabalhar e buscar sua reintegração à sociedade. É, então, uma das vertentes do direito penal mínimo e do princípio da intervenção mínima do direito penal.

Tem-se, então, como objetivo geral, investigar como o Direito Penal Mínimo pode influenciar na prevenção da criminalidade e na efetiva punição dos crimes considerados relevantes pela sociedade. Já os objetivos específicos consistem em analisar se a implementação das penas alternativas proporciona a reinserção do indivíduo marginalizado à sociedade, avaliar se a pena restritiva de liberdade, nos dias atuais, cumpre suas finalidades jurídico-sociais propostas, e averiguar qual a relação entre punição e criminalidade dentro da perspectiva do direito penal mínimo.

Em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa é caracterizada como bibliográfica e documental. No que tange à tipologia da pesquisa, segundo a utilização dos resultados, é pura, uma vez que tem por finalidade aumentar uma nova tomada de decisão. A abordagem é qualitativa, preocupando-se em aprofundar e abranger as relações humanas, observando os fenômenos sociais de maneira intensiva. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, classificando, explicando e interpretando fatos, e exploratória, aprimorando idéias, além de buscar maiores informações sobre o tema.

O primeiro capítulo, “Direito Penal: finalidades, limites e aspectos gerais”, trata sobre o poder punitivo do Estado e seus limites estabelecidos constitucionalmente, além da teoria geral do delito, que estabelece algumas diretrizes básicas das infrações penais e de como o ordenamento jurídico-penal trabalha com os diversos tipos de delitos.

O segundo capítulo, intitulado “Direito Penal Mínimo”, discorre sobre o enfoque principal da pesquisa, estabelecendo o conceito da tutela penal mínima e os princípios que norteiam tal ideia, dando destaque, principalmente, ao princípio da intervenção mínima do direito penal.

No terceiro capítulo, “Das Penas: a influência do direito penal mínimo perante a atuação estatal”, faz-se um apanhado histórico das formas de solução das demandas criminais, desde a vingança privada até o Estado Democrático de Direito. Também são mencionadas as finalidades das penas e as Políticas Criminais mais importantes que possam ajudar no combate à criminalidade e na reintegração do preso ao meio social.

Finalmente, no quarto capítulo, “Penas Alternativas e Ressocialização”, busca-se o enfoque da Justiça Penal Humanizada, seguidora dos propósitos e princípios norteadores do direito penal mínimo, como é o caso da aplicação das penas alternativas. Também é enfocada uma das principais finalidades da pena, que é a ressocialização do egresso e as dificuldades institucionais que atrapalham tal objetivo.

Portanto, este trabalho analisa o contexto jurídico da tutela penal mínima, especialmente sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da intervenção mínima do direito penal, explicando a importância da preocupação do Estado em buscar medidas para fazer valer o *ius puniendi*.

Entretanto, não se pode esquecer a efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo preso e da concretização de medidas jurídico-sociais para conter o crescimento exagerado da criminalidade, uma vez que a pena privativa de liberdade deve ser usada em *ultima ratio*, exatamente pelo seu caráter estigmatizante e pela drasticidade com a qual é imposta.

## 2 DIREITO PENAL: FINALIDADES, LIMITES E ASPECTOS GERAIS

Uma grande discussão em torno do Direito Penal diz respeito principalmente à finalidade à qual ele se propõe e o significado de sua denominação. Em poucas linhas, a maioria dos doutrinadores afirma que a finalidade do Direito Penal é a tutela dos bens mais importantes e relevantes para a convivência harmoniosa em sociedade. Quanto às penas, elas consistem em instrumentos de coerção para a proteção e efetivação dos bens elegidos essenciais aos indivíduos. O chamado funcionalismo estuda qual a verdadeira “missão” da tutela penal.

É possível analisar o Direito Penal sob dois aspectos. Através do enfoque formal, ou seja, o conjunto de normas que qualifica determinados comportamentos humanos como infrações penais, define seus agentes e estabelece as sanções a serem aplicadas. Observa-se que aqui não se fala em nenhuma finalidade da tutela penal.

Já sob o enfoque sociológico, o Direito Penal é mais um instrumento de controle social de comportamentos humanos desviados, visando assegurar a disciplina social, bem como a convivência harmônica.

Devido à mutabilidade dos fenômenos sociais, as necessidades dos indivíduos também sofrem evoluções com o tempo. Daí o motivo pelo qual os bens juridicamente tutelados são valorados de maneira diferente ao longo dos anos.

Tendo em vista a necessidade de garantir a paz social, o Estado, utilizando-se de sua violência legítima, visa proteger os bens elencados como essenciais à sociedade, afastando-se e permitindo, quando a tutela não seja mais necessária, que os demais ramos do Direito assumam a função de resguardar bens não merecedores da atenção especial do Direito Penal.

Portanto, faz-se necessário mencionar o relevante papel punitivo do Estado e seus limites constitucionais.

## 2.1 Poder punitivo do Estado e seus limites constitucionais

O princípio da intervenção mínima é um dos limites impostos ao *ius puniendi*. A tutela penal mínima prega que o Direito Penal só deve intervir em casos de ofensa grave aos bens jurídicos considerados mais relevantes. Daí afirmar o caráter subsidiário da tutela penal.

A razão da aplicação subsidiária do Direito Penal se justifica devido à própria drasticidade de sua intervenção, além das consequências maléficas, como, por exemplo, o caráter estigmatizante da pena, conforme será visto mais adiante. As condutas menos gravosas ficam, então, a cargo de outros ramos do ordenamento jurídico, como por exemplo o Direito Civil e o Direito Administrativo.

Enrique Cury (1982, p. 54-55) sabiamente diz que:

O Direito Penal é secundário ou subsidiário, porque a pena somente deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não pode sancionar-se de maneira apropriada através dos meios de protegê-los de que dispõem os outros ramos do ordenamento jurídico. A pena é, pois, um recurso de *ultima ratio*. O mesmo se deve dizer das medidas de segurança e correção. Este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político-criminais do presente, inspiradas no princípio da humanidade.

Na realidade, a origem das penas é anterior até mesmo à criação do Estado, ou seja, de uma sociedade organizada. Em épocas remotas era aplicada de maneira desproporcional, predominando a prática de torturas e pena de morte. Quando o Estado tomou para si o direito de punir os infratores, ainda o fez, inicialmente, de forma bastante repressora, exorbitando de seu poder punitivo.

Atualmente, no contexto do Estado Constitucional de Direito, ainda que este tenha o dever-poder de impor uma sanção penal, esta deve observar os princípios e garantias fundamentais previstos na Carta Magna de 1988, mais precisamente o princípio da proporcionalidade e o da individualização das penas.

Dentre os diversos dispositivos que tratam do assunto, o Art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal diz, *in verbis*:

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:

[...]

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei,

estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A sanção penal atinge, inevitavelmente, direitos fundamentais dos cidadãos: um deles é a liberdade, bem tão precioso ao indivíduo. Portanto, a intervenção punitiva estatal deve seguir os limites impostos pela ordem constitucional. Assim diz Ivan Luiz da Silva (2009, *online*):

A base constitucional do Direito Penal evidencia-se em razão de sua missão primeira, que consiste em proteger os bens jurídicos mais relevantes contra as formas mais graves de agressão. Assim, como a Constituição alberga os bens jurídicos e interesses mais importantes para a sociedade, é, pois, nesse assentamento constitucional que a Lei Penal busca o fundamento para sua intervenção punitiva.

Cumprir mencionar um dos princípios norteadores do Direito Penal: o princípio da legalidade. Tal postulado consiste basicamente em um limite constitucional ao poder arbitrário do Estado, uma vez que somente através de espécies normativas o Poder Público pode criar obrigações e exigir seu cumprimento em relação aos indivíduos.

O princípio da legalidade penal está previsto no texto constitucional, mais precisamente no art. 5º, inciso XXXIX, que diz “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O Art. 1º do Código Penal Brasileiro também utiliza quase as mesmas palavras para definir tal princípio, preservando, dessa forma, a segurança jurídica.

Pode-se afirmar que o princípio da legalidade tem alguns objetivos principais baseados no próprio texto constitucional. São eles: a proibição da analogia para criar, agravar ou fundamentar tipos penais, a vedação da retroatividade da lei penal e a proibição de criar crimes através dos costumes. A Carta Magna, em seu Art. 5º, inciso XL, dispõe exatamente sobre um dos objetivos anteriormente elencados.

Muitos doutrinadores afirmam que merece destaque a distinção entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal. Segundo José Afonso da Silva (2003, p. 421):

A doutrina não raro confunde ou não distingue o princípio da legalidade e o da reserva de lei. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente por lei formal (grifo nosso).

Diz-se, portanto, que o princípio da legalidade é mais amplo e está previsto no Art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que leciona “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aqui, a palavra “lei” estaria se referindo a

qualquer espécie normativa elencada em seu Art. 59. Já o princípio da reserva legal entende que essa mesma denominação é utilizada de maneira estrita, ou seja, lei em sentido formal. Para alguns doutrinadores, a exemplo de Flávio Augusto Monteiro de Barros, o princípio adotado pelo Direito Penal foi o da reserva legal.

Muitos doutrinadores apontam a Magna Carta Inglesa de 1215 como fonte do princípio da legalidade. Seu art. 39 dizia:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livre usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e, não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.

Outro postulado deveras importante é o da dignidade da pessoa humana, considerado um dos corolários não só do Direito Penal, mas de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Tal princípio, ainda que não seja violado diretamente, é atingido de maneira reflexa quando outros princípios constitucionais penais são feridos. Por conseguinte, configura outro limite ao poder punitivo do Estado.

Dentre as várias teorias adotadas, vale ressaltar a de Luigi Ferrajoli (2002, p. 81), grande expoente da Teoria do Garantismo, mais precisamente o garantismo penal. Ferrajoli conceitua:

É o sistema penal em que a pena fica excluída da incerteza e da imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo.

Portanto, é inevitável não perceber o entrelaçamento entre o direito penal mínimo e o garantismo penal. A tutela penal mínima torna-se indiscutivelmente aplicável na prática devido ao reflexo que tem sobre os direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna de 1988. Não se pode utilizar o Direito Penal como solucionador de todas as demandas jurídicas. Portanto, muito se discute nos dias de hoje a descriminalização de alguns tipos penais que, de fato, não afrontam concretamente bens jurídicos tutelados de forte relevância.

Justificada está então a necessidade de haver limites constitucionais ao *ius puniendi*. Em suma, significa dizer mínima intervenção com aplicação máxima de garantias fundamentais.

## 2.2 Teoria geral do delito

Antes de adentrar especificamente no tema proposto pela presente pesquisa, torna-se imprescindível conceituar o que seja crime, enfatizando a perspectiva das teorias que buscam explicá-lo. O Código Penal não conceitua crime. Historicamente falando, outros Códigos Penais brasileiros tentaram dar uma definição, como por exemplo, o Código Penal do Império, de 1830, e o Código Penal Republicano, de 1890.

Atualmente, diz-se que o conceito de crime é doutrinário. Vários doutrinadores estabelecem alguns parâmetros – formal, material e analítico. Diante do aspecto formal, crime é toda conduta que colida diretamente contra a lei penal. Sob o aspecto formal, seria a conduta praticada pelo indivíduo que viola os bens jurídicos essenciais ao convívio social.

De acordo com Rogério Greco (2005, p. 156), “os conceitos formal e material de crime não são precisos, pois não conseguem defini-lo de maneira completa”. O conceito analítico visa analisar as características que compõem a infração penal, porém sem fragmentá-la, já que o crime é indivisível. Apesar de divergirem quanto aos reais elementos do crime, prevalece que são: fato típico, ilicitude e culpabilidade.

Para o conceito analítico, o fato típico é composto de quatro elementos: conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado naturalístico; nexos causal entre o resultado e a conduta praticada; tipicidade. Já a ilicitude significa tudo aquilo que é contrário ao ordenamento jurídico. Quanto à culpabilidade, esta consiste em um juízo de reprovação sobre a conduta do agente, tendo quatro aspectos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato; exigibilidade de conduta diversa.

Entretanto, além do crime existem as contravenções penais. A diferença entre crime e contravenção penal é somente em relação ao grau; pode-se dizer que é puramente axiológica – os fatos mais graves são tidos como crime e os menos graves são considerados contravenções, sendo tarefa do legislador o enquadramento de tais condutas.

O Direito Penal se preocupa com fatos, uma vez que é norteado pelo princípio da materialização dos fatos. Contudo, devido à seletividade, nem todo fato é relevante para a tutela penal, mas tão somente aqueles indesejados pela sociedade. Daí a atuação do princípio da intervenção mínima, motivo pelo qual o Direito Penal é subsidiário e fragmentário, características estas que serão explicadas mais adiante.

A teoria geral do delito passou por momentos que devem ser analisados, ainda que resumidamente, com o escopo de entender a evolução do direito penal. O Causalismo foi a teoria desenvolvida por Franz Von Liszt e Ernst Beling no início do século XX, e trouxe o chamado conceito clássico de delito: ato culpável (doloso ou culposos) contrário à norma jurídica. Tratava-se de uma mera adequação da conduta voluntária ao fato típico descrito na norma, tendo bases positivistas. Para o causalismo não havia espaço para interpretação da lei.

Uma outra fase da teoria geral do delito foi desenvolvida por Mezger, em 1930, chamada de Teoria Neokantista. Apesar de ter fundamento causalista, procurou descrever a essência de cada um dos elementos do delito, sejam eles: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Também admitiu que a conduta praticada pudesse ser uma ação ou omissão. Segundo Felix Araújo Neto (2009, *online*):

Outro importante momento do causalismo neokantiano foi marcado pelos fundamentos da teoria social da ação, que defendia a ação como um comportamento humano socialmente relevante (recorre-se a um sentido social). Aqui, a concepção de ação serve de base para desenvolver a compreensão de tipicidade. Tais fundamentos foram defendidos arduamente por Eberhard Schmidt, discípulo de Liszt e considerado fundador deste pensamento.

Outra etapa é a Teoria Finalista idealizada por Hans Welzel (1964, p. 25) no século XX, que pregava a valorização do caráter ético-social do direito penal. Sua principal diferença em relação ao causalismo é que ela analisa o conteúdo da vontade de uma conduta, ou seja, o dolo da ação praticada pelo agente. Em outras palavras:

Em resumo: pode-se diferenciar a ação causal da final porque a final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto o causal não é um agir orientado a um fim, sendo resultante da constelação de causas existentes em cada momento. Dito de forma gráfica, a finalidade é vidente e a causalidade é cega.

Logo depois, tem-se a chamada Teoria Social da Ação, que trouxe um misto do causalismo e do finalismo, uma vez admitindo a conduta como uma atividade final e também como uma inatividade diante de uma expectativa de ação. Aqui, pode-se dizer que há um conceito valorativo da conduta humana.

Finalmente, o Funcionalismo, que é subdividido em dois âmbitos, surge para explicar o delito. Dentro do contexto da intervenção mínima, é interessante ressaltar o chamado Funcionalismo Radical ou Sistêmico, construção adotada por Günther Jakobs (2003) que busca explicar os fins a que se destina o direito penal.

Para Jakobs (2003), o comportamento humano era analisado dentro do contexto de um sistema de regras. Caso fosse ao encontro dos ideais pregados pelas normas, o cidadão cumpria seu papel social; em caso negativo, o sujeito deveria ser expurgado do sistema e eficazmente punido, admitindo que a autoridade da lei penal só seria obtida com rigidez e constante aplicação.

A partir daí surge o Direito Penal do Inimigo, que também será definido e comentado nos próximos capítulos. Em suma, o Direito Penal do Inimigo consiste na atuação excessiva e rígida do direito penal, na tentativa de coibir a criminalidade crescente na sociedade. É, portanto, o oposto do princípio da intervenção mínima da tutela penal.

O Direito Penal do inimigo é tido como a terceira velocidade do próprio Direito Penal. Tal denominação parte do chamado processo de expansão da tutela penal, estudado por Jesus Maria Silva Sanches e que se caracteriza pela proteção de novos bens jurídicos, a ampliação dos riscos sociais penalmente relevantes e, principalmente, da relativização de princípios constitucionais na busca do equilíbrio em sociedade. A terceira velocidade seria a junção da aplicação de penas privativas de liberdade e a supressão de garantias penais e processuais.

Em contraposição à teoria adotada por Jakobs (2003) há o chamado Funcionalismo Teleológico ou Moderado, idealizado por Claus Roxin (2002), em 1970, na Alemanha. Com base nessa teoria, diz Luiz Flávio Gomes (2009, *online*), “Roxin sustentava a ideia de uma teoria do delito baseada em critérios político-criminais, como, por exemplo, o princípio da insignificância. Portanto, o direito penal se destinava a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e de seus subsistemas”. Outros princípios também são aplicados no momento da valoração jurídica do crime, tornando o direito penal mais “racional”, do ponto de vista social.

Nas palavras de Roxin (2002, p. 82):

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.

Não há genuinamente uma teoria do delito adotada pelo Ordenamento Jurídico pátrio. A doutrina moderna afirma que o Código Penal é adepto do Funcionalismo de Roxin (2002), porém com algumas ressalvas. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, adota esse entendimento em seus julgados. É o que pode ser observado no Habeas Corpus nº 84.412 do Supremo Tribunal Federal, que aplicou o princípio da insignificância em um caso concreto:

**E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade [(grifo nosso)]. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. HC 84412/SP - SÃO PAULO. RELATOR MIN. CELSO DE MELLO. JULGAMENTO: 19/10/2004, 2ª TURMA..**

Importante ressaltar a contribuição da Criminologia e de suas teorias para uma melhor interpretação do que seja delito. Embora sejam ciências distintas e com finalidades diferentes, o Direito Penal e a Criminologia caminham juntos com o fim de flexibilizar a atuação do poder punitivo do Estado. Há várias teorias criminológicas, porém algumas delas merecem atenção especial por se relacionarem com o princípio da intervenção mínima da tutela penal.

### 2.2.1 Teoria do etiquetamento

Também conhecida como “Labeling Approach”, a Teoria do etiquetamento tem sua origem na obra de Emile Durkheim, considerado um dos precursores da Sociologia moderna, que tratou da delinquência e a normalidade dela.

Para essa teoria, a criminalidade é o resultado de um processo de estigmatização. Estigmatização porque a sociedade enumera e aponta quem são os prováveis criminosos, baseando-se em qualidades como raça, cultura ou nível econômico-social. Também se pode afirmar que o sujeito que cometeu um delito, para sempre será criminoso. Para Rogério Greco (2009, p. 44):

Uma vez adquirido o *status* de desviado ou de delinquente, é muito difícil modificá-lo por duas razões:

- a) Pela dificuldade da comunidade aceitar novamente o indivíduo etiquetado;
- b) Porque a experiência de ser considerado delinquente, e a publicidade que isso comporta, culminam em um processo no qual o próprio sujeito se concebe como tal.

Forte exemplo disso é o tratamento dado aos ex-detentos, rotulados como criminosos durante a vida inteira e excluídos do meio social, diminuindo-lhes as oportunidades de serem reinseridos na comunidade. Sabe-se que a pena tem três finalidades primordiais: retributiva, preventiva e corretiva. Analisando o fim social, que visa à reintegração do preso ao meio em que vive, evitando, dessa forma, que ele cometa novos crimes, a realidade prática mostra o oposto, mais uma vez.

A sociedade encarrega-se de criar mecanismos nocivos, tornando a marginalidade um círculo vicioso, consolidando desigualdades e trazendo dificuldades para o indivíduo ser reinserido no contexto social em que vivia.

A teoria da etiquetagem (ou etiquetamento) parece mais com o determinismo (influenciado pela teoria da evolução das espécies de Charles Darwin) proposto por Cesare Lombroso, médico e criminologista italiano que “etiquetava” características físicas e mentais dos indivíduos como sendo determinantes para o crime.

Para Lombroso, o sujeito não possuía o livre arbítrio de agir diferente, mesmo inserido em possíveis realidades que o levassem a praticar qualquer delito; o indivíduo estaria biologicamente determinado para o cometimento do delito. A sociedade atual faz mais ou menos isso quando se reveste de preconceitos e estigmas em relação a determinadas pessoas marginalizadas e afastadas do meio social.

Os arts. 25, inciso I, 27 e 28, *caput* da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, famosa LEP (Lei de Execução Penal), trata claramente da preocupação em reintegrar o egresso. Senão, vejamos:

Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

**I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;**

(...)

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

Art. 28. **O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.** (grifo nosso).

Infelizmente, o que se vê não é assim. Há um verdadeiro descaso com as penitenciárias e mais ainda com os detentos. Ao ingressarem novamente ao convívio social, são rejeitados pela própria família (maioria absoluta), dificilmente conseguem um emprego, e, conseqüentemente, procuram a parcela da população que também é rejeitada, criando, dessa maneira, o círculo vicioso já mencionado acima.

Em suma, enquanto a sociedade se torna mais frágil, insegura e repleta de estigmas, a criminalidade aumenta consideravelmente. Não combatendo as causas que “fabricam” o crime e a marginalização, somente vão surgindo cada vez mais exércitos de criminosos.

Ao passarem pela sistemática penal repleta de mazelas e sem estrutura, os criminosos voltam ao crime e, na maioria das vezes, mais potentes e mais perigosos. Nas palavras de João Farias Júnior (2003, p.235), “pena é retribuição do mal pelo mal, e mal + mal = mal”.

O caráter seletivo do Direito Penal contribui para que a sociedade eleja parâmetros distorcidos do crime. A clientela escolhida é, inevitavelmente, a parcela marginalizada da sociedade. Exatamente pela razão de que o Estado, que tem o dever de garantir a todos uma condição de vida digna (educação, saúde, lazer e emprego), não cumpre sua função, a política criminal, igualmente, está assentada sobre uma estrutura social desigual. Por isso, não se pode abusar da tutela penal para resolver os desafios político-sociais, que constituem dever do Estado. Corroborando com esse entendimento, Franz Von Liszt, considerado o principal teórico e fundador da Teoria Finalista do Direito, já dizia que uma boa política social é a melhor política criminal.

O princípio da isonomia, que é ferido pela Teoria da Etiquetagem, está insculpido na Carta Magna em seu art. 5º, *caput*. Celso Bandeira de Mello (2005, p. 10), em algumas linhas, assevera:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Percebe-se que a Teoria da etiquetagem é uma espécie de controle social da criminalidade discriminatório e seletivo também. As chances de um indivíduo ser etiquetado como delinquente ultrapassam a abstratividade da conduta penal, levando-se em conta o *status* ou situação do criminoso dentro da pirâmide social.

Pode-se afirmar que “nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação em massa” (ZAFFARONI, 2001, p.133). É o caráter equivocado, porém emergencial do Direito Penal.

A Teoria Geral do Delito, conforme visto em linhas anteriores, ganha salutar importância devido à sua influência quase que direta nas finalidades propostas pelo Direito Penal. Por força da evolução social e dos critérios adotados para valoração dos bens mais relevantes a serem tutelados pelo ordenamento jurídico, cabe a seguinte pergunta: a quem interessa verdadeiramente o Direito Penal, já que este é, inevitavelmente, seletivo? Tal questionamento deve ser analisado sob diversos enfoques, desde o aspecto legal/formal até medidas de política criminal.

Sem dúvida, quando um indivíduo fere as normas penais e comete uma infração, a sociedade não tolera que ele fique impune. Entretanto, segundo a Teoria do Funcionalismo, não basta a mera aplicação abstrata da lei; outros pressupostos devem influenciar a atuação (ou não) da medida punitiva prevista no Código Penal. São pressupostos baseados em políticas criminais, que visam “frear” o poder punitivo do Estado quando presentes causas extintivas da punibilidade ou até mesmo da culpabilidade (que serão vistas com mais ênfase a seguir). Exemplo disso é o princípio da insignificância, que consiste em um dos principais corolários do Direito Penal mínimo.

Surge, a partir de então, a necessidade de sopesar os diversos interesses sociais e individuais em nome do princípio da proporcionalidade e outros decorrentes deste. Um deles é o enfoque principal dessa pesquisa: o princípio da intervenção mínima do Direito Penal como meio de proteção às garantias e direitos individuais e promoção da paz e ordem social.

Em suma, a relevância do Direito Penal está no seu papel de último remédio de uma sociedade politicamente organizada. Tem, portanto, o objetivo de combater não as condutas de pouca gravidade (que devem ficar a cargo de outros ramos do ordenamento jurídico), mas sim aquelas intoleráveis do ponto de vista social, ou seja, que efetivamente causem prejuízo a valores representativos.

### 3 DIREITO PENAL MÍNIMO

Ao longo do tempo, a normatização penal sofre evoluções constantemente. Uma delas diz respeito à aplicação das penas ou até mesmo sua abolição do ordenamento jurídico. Observa-se que no decorrer da história da humanidade houve uma diminuição dos meios punitivos e da intervenção estatal em determinadas condutas, apesar do crescente e demasiado fenômeno de criação de leis que trazem em seu bojo novos tipos penais incriminadores.

Partindo dessa visão, tem-se que o princípio da intervenção mínima, chamado por Rogério Greco (2009, p. 25) de “coração do Direito Penal”, possui o papel de proteger os bens mais importantes existentes na sociedade, deixando a cargo de outros ramos do direito as situações de menor relevo.

O direito penal mínimo não gira em torno tão somente do princípio da intervenção mínima (que é, afinal, um dos principais), mas sim de vários outros postulados que convergem para o mesmo pensamento. Um exemplo disso é o princípio da proporcionalidade, que deve orientar a punição estatal (quando imprescindível). Em suma, significa estabelecer limites da atuação do Estado nas condutas humanas com o fim de punir de fato os crimes mais relevantes, porém deixando outros tipos penais pouco relevantes para serem resolvidos em outras searas do direito.

Também cabe ressaltar a importância da adoção do direito penal mínimo no combate à criminalidade, tendo em vista a criação de meios ressocializadores mais efetivos aos egressos da prisão, da aplicação de penas alternativas, dentre tantos outros exemplos. Far-se-á, portanto, uma análise dos princípios norteadores da tutela penal mínima, bem como o objetivo de cada um deles, além do escopo principal de prevenção da criminalidade.

Antes de iniciar mais especificamente sobre o tema, cumpre fazer uma digressão histórica a respeito do surgimento do Direito Penal Mínimo e quais correntes de pensamento deram origem a ele.

reconhecia a necessidade da intervenção do Estado nas condutas humanas, porém somente quando estritamente necessário.

As palavras de Alberto Silva Franco (1996, p. 185) ilustram sabiamente:

O Direito penal Mínimo é, sem nenhuma margem de dúvida, a correta representação do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, laico, pluralista, respeitador do direito à diferença, em suma, de um modelo político social que tenha o ser humano - e sua dignidade - como centro fulcral da organização estatal.

A aplicação mínima do direito penal é tida como “um mal necessário”, excluindo a possibilidade de resolução das demandas por meios informais, assim como propôs o Abolicionismo. A pena, sem dúvida, é um mal irreversível não só para o condenado, mas também para sua família e, indiretamente, para a sociedade como um todo. Por essa razão, ela deve ser utilizada apenas quando outros meios (que não de natureza penal) se mostrem ineficazes para dissolver a querela.

Como se vê, o movimento abolicionista, embora seja defendido por alguns, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.2 Movimento de Lei e Ordem

Surgiu na década de 70, nos Estados Unidos, o movimento “Lei e Ordem” (*law and order*), que consistia na atuação máxima do Estado para combater a criminalidade e rigorosamente punir os criminosos. A interferência da mídia encarregou-se de propagar esse pensamento, fazendo a sociedade acreditar que o fortalecimento da aplicação das penas e o afastamento de garantias processuais dos acusados seria um meio de combate à crescente criminalidade.

O movimento de lei e de ordem se faz convencer por intermédio de sensacionalismo, transmitindo imagens chocantes de crimes como o estupro de crianças, pedofilia, corrupção etc, que possam causar revolta e medo na sociedade, fazendo-a acreditar que somente um direito penal máximo é capaz de deter o mal causado pela delinquência.

Pelo fato de a atuação do Estado ser máxima, inevitavelmente algumas garantias e direitos fundamentais dos indivíduos são suprimidos, uma vez que não há proporcionalidade na aplicação das penas, pouco se respeita a dignidade da pessoa humana e, principalmente, falta ao cidadão as garantias processuais asseguradas constitucionalmente.

Uma vertente desse movimento é a teoria desenvolvida pelos cientistas políticos americanos James Q. Wilson e George Kelling, chamada Teoria da Vidraça Quebrada. Com origem na década de 80, tal teoria afirmava que, metaforicamente, se uma vidraça quebrada em um prédio não for reparada o quanto antes, a aparência de descaso fará com que outras pessoas sejam levadas a quebrar mais vidraças e, em breve, todas as janelas do prédio estarão destruídas.

Os autores dessa teoria defendem a repressão severa e imediata para qualquer tipo de violação da lei, como forma de deter ações criminosas maiores, mantendo nas ruas um sentimento de ordem. Por conseguinte, acreditavam que prender agentes de delitos menos graves serviria de exemplo para o não cometimento de infrações de maior lesividade (evitar a evolução de condutas leves para condutas mais graves).

A partir daí, no ano de 1993, o prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, influenciado pelos autores da Teoria da Vidraça Quebrada, deu início a outra vertente do movimento Lei e Ordem: a “Tolerância Zero”. Este movimento considerado político-criminal preconizava que o Direito Penal seria o protetor de todos os bens da sociedade. Em outras palavras, significa dizer que qualquer comportamento anti-social, ainda que de pouca importância ou menos gravoso, sofreria as consequências da tutela penal máxima.

O pensamento desenvolvido pela “Tolerância Zero” gera, inevitavelmente, um direito penal simbólico, quase que impossível de ter aplicabilidade. É o que diz Nilo Batista *et al* (2003, p. 631):

Para a lei penal não reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.

Ainda nessa linha de pensamento, pode-se destacar o Direito Penal do Inimigo, desenvolvido pelo alemão Günter Jakobs (2003), na década de 90. Com o Funcionalismo Radical ou Sistêmico, Jakobs (2003) preconiza que o infrator das normas penais é considerado inimigo da sociedade e do Estado. Em outras palavras, o indivíduo que não aceita ingressar no chamado estado de cidadania também não poderá ser tratado como cidadão de direitos, tampouco participar do convívio social. Para Luiz Flávio Gomes (2009, *online*), “o inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos

processuais, como, por exemplo, o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos”.

Para Jakobs (2003) havia dois direitos: o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo. Aquele era baseado no respeito a todas as garantias individuais do sujeito; este último não possuía nenhum tipo de garantia respeitada, exatamente porque era inimigo do Estado. Em suas próprias palavras, Jakobs (2003, p. 40-41) ressalta isso:

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação.

Outra característica importante do direito penal do inimigo é que ele prega a antecipação da tutela penal, ou seja, a norma deve se antecipar e coibir atos preparatórios, ainda que de maneira desproporcional. Um forte exemplo são os crimes de perigo abstrato (que não necessitam efetivamente de uma lesão a um bem jurídico para serem punidos), ferindo o princípio da lesividade, que será comentado mais adiante.

Fala-se também que a pena imposta ao “inimigo” não se preocupa com o que ele fez, mas sim com o que ele irá fazer no futuro. Pouco importa o grau de culpabilidade, mas sim a periculosidade do sujeito, o que indica um direito penal do autor (que pune a pessoa pelo que ela é e não pelo que ela faz).

O direito penal do inimigo está, atualmente, enquadrado como terceira velocidade do Direito Penal. Admite-se que há três velocidades: a primeira, que somente admite a pena privativa de liberdade em último caso, mas com todas as garantias processuais do condenado respeitadas; a segunda, que prega a aplicação de penas restritivas de direitos (e não privativas de liberdade), porém diminuindo certas garantias do indivíduo com o fim de agilizar a aplicação da lei penal; e, por fim, a terceira, que tem o escopo de aplicar penas privativas de liberdade, mas sem nenhuma garantia de contraditório e ampla defesa do acusado.

Há quem diga que existem resquícios desse ideal no ordenamento jurídico pátrio, exemplificado pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que trata, dentre outros assuntos, do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Percebe-se que, semelhante ao que ocorre com o movimento abolicionista, a tese do direito penal do inimigo também não é viável. É, em realidade, um “não Direito”, uma espécie

de guerra. E essa lógica, segundo Luiz Flávio Gomes (2009, *online*) “de intolerância, de ‘vale tudo’ contra o inimigo, não se coaduna com o estado de direito”.

Todas essas tendências anteriormente desenvolvidas pelo movimento de lei e de ordem fazem do sistema penal algo meramente simbólico, servindo apenas para tranquilizar a sociedade, proporcionando uma aparente impressão de segurança frente à criminalidade crescente e cada vez mais cruel. O fenômeno de criação exagerada de leis (“inflação legislativa”) não combate o crime: é fruto desse simbolismo, dessa falsa calma. Na verdade, é como se o Estado quisesse dar uma resposta imediata à sociedade.

Cumprido, agora, relacionar os princípios mais relevantes do direito penal mínimo. Esses postulados são nada mais que um desdobramento lógico do pensamento proposto pela intervenção mínima do Estado na sociedade.

### **3.3 Princípio da intervenção mínima: origem e aspectos principais**

O princípio da intervenção mínima surgiu no contexto do movimento chamado Iluminismo com o fim de combater o arbítrio derivado do absolutismo dominante na época. Sabe-se que o direito penal deve preocupar-se tão somente com os bens mais significativos e necessários à sociedade.

Por essa razão, o legislador necessita estar atento ao fato de que quando outros ramos do direito se mostrem insuficientes ou incapazes de tutelar algum bem, surge a necessidade da intervenção da tutela penal. Daí o motivo de tal postulado ser conhecido também como *ultima ratio*.

Seguindo o mesmo critério acima mencionado, o legislador, atento à evolução da sociedade, à mudança de valores e cultura, passa a dar menos importância a bens que em outro contexto ou período eram importantes, retirando da esfera penal vários tipos incriminadores.

Vive-se atualmente em um Estado Democrático de Direito e por essa razão a intervenção deste na vida dos indivíduos deve ser mínima, já que o povo é titular da soberania. Portanto, ao contrário do que muitos pensam, o Direito Penal tem caráter subsidiário, devendo interferir o menos possível na sociedade e atuar, em último caso, quando as medidas civis e administrativas se mostrarem ineficazes.

Sabidamente, Roxin (1997, p.65) assevera que “a proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão coopera todo o instrumental do ordenamento jurídico”.

A razão de ser da subsidiariedade do Direito Penal está na drasticidade de sua atuação: submeter-se a uma ação penal, sofrer penalidades e ser estigmatizado pela sociedade são apenas algumas das várias consequências sofridas por alguém que comete um infração penal. Portanto, vê-se necessária a intervenção da tutela penal somente em casos relevantes, que realmente necessitem de todo o aparato do Estado e da persecução penal.

O ordenamento jurídico, como um todo, tem a função de proteger os bens jurídicos. Entretanto, cabe ao Direito Penal apenas uma parcela dessa proteção e, ainda, deverá ser acionada em último caso. O legislador deve pautar-se pela lesividade da conduta praticada, ou seja, somente poderá punir aquelas que transcendem a pessoa do agente e que atinja efetivamente o direito de um terceiro.

Para Rogério Greco (2009, p. 66), “a tarefa de selecionar os bens parte, primeiramente, da sua valoração de acordo com uma concepção minimalista, na qual somente aqueles realmente importantes poderão merecer a proteção do Direito Penal”.

Visando complementar o entendimento do princípio da intervenção mínima, outros desdobramentos deste serão analisados. Alguns exemplos são os princípios da adequação social, da insignificância, da lesividade e tantos outros.

### *3.3.1 Princípio da lesividade*

Vários são os relatos de que em tempos remotos pessoas eram acusadas, condenadas e até mesmo executadas pelo fato de pensarem de maneira diferente da Igreja. Forte exemplo é o período da Santa Inquisição, em meados do século XIII na Europa. Nessa época, o emprego da tortura era comum e os interrogatórios eram feitos sem nenhum tipo de proteção à dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer, mais uma vez, que a época marcada pelo Iluminismo foi um marco para que mudanças ocorressem do âmbito do Direito, mais especificamente do Direito Penal. Com a separação da Igreja do Estado, direito e fé não mais seriam confundidos. E, por conseguinte,

Nas palavras de Diego Romero (2009, *online*):

Vislumbra-se que os crimes de perigo abstrato não buscam responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, senão evitá-la, barrá-la, prevenindo e protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real, concreto, efetivo de dano. Ao fazer uso desta modalidade delitativa, quer o Direito Penal da atualidade proporcionar, ou melhor, dar a sensação de segurança ao corpo social.

Muito se fala na inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, em virtude da presunção absoluta do perigo diante da conduta prevista como criminosa, ferindo, portanto, a presunção de inocência do indivíduo, amplamente defendida pela Carta Magna. A decisão a seguir, proferida pelo Ministro do STJ, Vicente Cernicchiaro, confirma o posicionamento contra essa mera presunção de perigo:

A INFRAÇÃO PENAL NÃO É SÓ CONDOTA. IMPÕE-SE, AINDA, O RESULTADO NO SENTIDO NORMATIVO DO TERMO, OU SEJA, DANO OU PERIGO AO BEM JURIDICAMENTE TUTELADO. A DOCTRINA VEM, REITERADA, INSISTENTEMENTE RENEGANDO OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. COM EFEITO, NÃO FAZ SENTIDO PUNIR PELA SIMPLES CONDOTA, SE ELA NÃO TROUXER, PELO MENOS, PROBABILIDADE (NÃO POSSIBILIDADE) DE RISCO AO OBJETO JURÍDICO. (...) A RELEVÂNCIA CRIMINAL NASCE QUANDO A CONDOTA GERAR PERIGO DE DANO. ATÉ ENTÃO, A CONDOTA SERÁ ATÍPICA (CF. STJ, RESP 34.322-0-RS, 6ª. T., REL. VICENTE CERNICCHIARO, J. 1.6.93, V.U., DJU DE 2.8.93, P. 14.295).

No âmbito do Direito Penal Econômico, podem ser citadas algumas leis, como é o caso da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que trata sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. Não só na seara econômica, mas também podem ser citadas as leis 11.705/2008 (lei seca), 11.343/06 (lei de drogas) e 11.105/05 (lei de Biossegurança).

Todos os posicionamentos acima elencados a respeito do princípio da lesividade revelam que o direito penal não tem a tarefa de impor uma moral, mas somente impedir condutas danosas a terceiros;

### 3.3.2 Princípio da insignificância

O princípio da insignificância deriva do caráter fragmentário do direito penal. A fragmentariedade da tutela penal se justifica pelo fato de que somente intervirá em um caso concreto quando houver relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Também chamado de princípio da bagatela, tal postulado atua como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal.

Há uma intrínseca relação entre o direito penal mínimo e o princípio em tela. É o que diz Eliseu Santana (2010, *online*):

O princípio da insignificância, critério hermenêutico lastreado nos valores sociais em constante evolução, encontra lastro nos princípios da ofensividade, fragmentariedade, da intervenção mínima e da proporcionalidade, configurando-se em verdadeiro instrumento de interpretação restritiva da lei penal incriminadora, delimitando seu alcance àquelas condutas que realmente afetem de modo relevante o bem juridicamente protegido.

É necessário ressaltar a diferença entre o princípio da insignificância e o da irrelevância penal. Aquele é causa suprallegal de exclusão da tipicidade e um postulado típico de política criminal; já este último tem fundamento no art. 59 do Código Penal, ocasião em que a pena se torna desnecessária no caso concreto (é o caso do perdão judicial). Diz-se que o princípio da insignificância é baseado em políticas criminais porque norteia o aplicador do direito no caso concreto levando em consideração não somente o fato típico, mas também outros aspectos como a necessidade concreta da pena, a culpabilidade do agente etc.

Faz-se, então, o seguinte questionamento: o que é insignificante? O Supremo Tribunal Federal vem adotando o princípio da bagatela e utiliza alguns critérios classificadores de uma conduta insignificante. O Ministro Celso de Melo, julgando o Habeas Corpus de nº 84.412, de 2004, elencou tais critérios:

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL. CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL, EM SEU ASPECTO MATERIAL. DELITO DE FURTO. CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE. "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR). DOUTRINA. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CUMULATIVA OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AO "PERICULUM IN MORA". MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. DECISÃO:

[...]

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a **mínima ofensividade da conduta do agente**, (b) a **nenhuma periculosidade social da ação**, (c) o **reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento** e (d) a **inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. (grifo nosso).

Do teor da decisão, tem-se que os critérios são: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade da ação; reduzido grau de reprovabilidade do

comportamento; inexpressiva lesão jurídica. Esses aspectos levam em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

Vale ressaltar que alguns crimes não comportam a aplicação do princípio aqui discutido. São delitos que protegem bens indisponíveis e que ultrapassam a esfera meramente patrimonial: integridade física, vida etc. Exemplo disto é a ementa de um dos julgados do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LESÃO AO PATRIMÔNIO E À INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A questão tratada no presente *writ* diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo. 2. Como é cediço, o crime de roubo visa proteger não só o patrimônio, mas, também, a integridade física e a liberdade do indivíduo. 3. Deste modo, ainda que a quantia subtraída tenha sido de pequena monta, não há como se aplicar o princípio da insignificância diante da evidente e significativa lesão à integridade física da vítima do roubo. 4. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. HC 96671/MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 31/03/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma.

Em suma, o postulado ora em estudo não pode ser analisado como um fator de impunidade nem arbitrariedade dos aplicadores do direito, mas sim como restrição do alcance da tipicidade penal, visando à descriminalização de condutas que, não obstante formalmente típicas, não provocam lesão relevante a um bem jurídico protegido pela tutela penal.

### 3.3.3 *Princípio da adequação social*

O princípio da adequação social foi formulado inicialmente pelo alemão Hans Welzel e representa um princípio geral de interpretação dos tipos penais. Serve, inclusive, como orientador do legislador ao criar ou revogar figuras típicas. De acordo com o próprio Welzel (1993, p. 66):

Na função dos tipos de apresentar o “modelo” de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas à vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações históricas da vida social.

Em razão de sua aplicação, condutas praticadas dentro do limite da aceitação social (ou seja, da ordem social) não serão consideradas típicas, já que a sociedade tolera tais atitudes. O comportamento é, formalmente, típico (pois há perfeita subsunção à norma penal incriminadora – o agente pratica a conduta tipificada na norma), porém sua tipicidade material não existe, pois não há lesividade do bem jurídico.

A sociedade é o paradigma do princípio da adequação social, uma vez que os valores culturais e morais dela mudam constantemente com o decorrer do tempo. Um exemplo da aplicação desse princípio é o art. 233 do Código Penal, que trata do crime de ato obsceno. Em épocas passadas, era possível considerar um beijo na boca como gesto obsceno. Nos dias de hoje, a concepção da sociedade já não é mais assim.

Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 45), sabiamente, diz que “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico”.

O princípio da adequação social tem forte ligação com o princípio da insignificância anteriormente comentado, pois também limita a incidência da tipicidade penal. Portanto, tem a função precípua de, assim como o postulado da intervenção mínima, fazer com que o aplicador do direito no caso concreto exclua condutas que são irrelevantes para o contexto social, que não cheguem a lesar efetivamente um bem protegido pelo ordenamento jurídico penal.

### **3.4 Princípio da proporcionalidade no Direito Penal**

O princípio da proporcionalidade, apesar de não se encontrar explicitamente no texto constitucional, é um postulado deveras respeitado e discutido em todas as esferas do ordenamento jurídico – é um princípio geral do Direito. Diz-se que sua origem advém do período Iluminista (século XVIII), quando da passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito.

No âmbito do Direito Penal, o princípio em comento, também conhecido como princípio da razoabilidade ou da proibição do excesso, tem vários desdobramentos e um deles é relevante para o contexto da tutela penal mínima: a proporcionalidade das penas e a razoabilidade do processo penal.

Cesare Beccaria (2008, p. 203), considerado precursor da defesa dos direitos humanos, faz em sua obra, denominada “Dos delitos e das penas”, uma análise das penas, a origem delas e, principalmente, a proporcionalidade de sua aplicação no caso concreto. Seus próprios ensinamentos finais da obra dizem:

De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas pouco conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações. É que, para não

ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

O princípio da proporcionalidade pressupõe um juízo que pondere a relação existente entre o bem jurídico lesionado e a pena cominada ao fato típico. Logo, tal postulado é dirigido não só ao legislador (que tem de estabelecer penas proporcionais no plano abstrato), mas também ao aplicador do direito no caso concreto, que deve analisar a relevância e gravidade da conduta praticada e a pena estabelecida.

Conforme dito anteriormente, o postulado em tela não está expresso na Constituição Federal, mas é encontrado implicitamente em outros princípios, como, por exemplo, o princípio da individualização das penas, previsto no Art. 5º, inciso XLVI da Carta Magna. O Art. 59, *caput*, do Código Penal, em sua redação final, diz que as penas deverão ser necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime.

### *3.4.1 Princípio da necessidade da pena*

O direito penal, conforme já visto em linhas anteriores, tem caráter subsidiário porque a gravidade de suas penas provoca consequências drásticas nos indivíduos a quem são aplicadas. Luigi Ferrajoli (2002, p. 320) leciona que:

O fato de que entre a pena e o delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro.

A pena é justificada pela necessidade social e não pelo clamor de justiça. Reprovar e prevenir a prática de futuras infrações é o que, em realidade, justifica a necessidade da pena. Após analisar a culpabilidade, o juiz deve analisar se há interesse do Estado em punir o delito cometido. E é aqui que entra o princípio da insignificância, por exemplo.

Sabidamente, Rogerio Greco (2009, p. 99) diz que, se no caso concreto o julgador entender que a pena privativa de liberdade não é necessária, em razão da culpabilidade do agente, poderá, caso o preceito secundário da pena permitir, ou até mesmo se for possível a substituição de acordo com as regras do Código Penal, determinar outra penalidade, de natureza diversa.

O princípio da necessidade da pena pode ser abstraído do Art. 59 do Código Penal e tem o escopo de orientar o magistrado a escolher a penalidade entendida como necessária a atender os fins esclarecidos na lei penal, e não simplesmente fomentar a impunidade. Essa, sim, é a proposta do direito penal mínimo.

Portanto, as penalidades são escolhidas sob aspectos de quantidade e qualidade, o que leva a outro princípio que será discorrido a seguir.

### 3.4.2 *Princípio da suficiência da pena*

Ainda que seja considerada um “mal necessário”, a pena não pode ser fruto de arbítrio, tampouco de protecionismo do aplicador da lei no caso concreto. Segundo Rogério Greco (2009, p. 102), não pode ir além ou aquém de sua necessidade, devendo ser suficiente para a reprovação e prevenção da conduta delituosa.

Pode-se dizer que tal postulado está intrinsecamente ligado ao princípio da proporcionalidade. Hidemberg Alves da Frota (2009, *online*) relata:

Caminhando da Teoria Geral do Direito Público para o estudo da necessidade concreta da sanção penal, este estudo amalgama as três dimensões do princípio geral da proporcionalidade com o princípio da culpabilidade e os fins preventivos da pena, intencionando matizar a apreciação da culpabilidade penal (posicionada na dimensão da adequação) com o posterior exame da indispensabilidade preventiva da pena (situado na dimensão da necessidade) e, em seguida, com a análise da relação custo/benefício, por meio do contraste entre os efeitos positivos e negativos da imposição da sanção penal (encaixilhado na dimensão da proporcionalidade em sentido estrito). (grifo nosso).

A pena suficiente é aquela que, de maneira quantitativa, tenha o condão de reprovar e prevenir os delitos. Aliás, não apenas isto, mas também que esteja dentro do parâmetro legal estabelecido quando do ato praticado e a punição imposta.

Outro aspecto importante é saber se a aplicação da pena trará à sociedade, como um todo, benefícios superiores aos malefícios causados ao condenado quando da execução de sua sanção penal. Em outras palavras, significa sopesar a restrição ao direito de liberdade do preso (e, obviamente, as consequências que isso trará a ele) e os possíveis benefícios da sanção. Cumpre ressaltar que a pena, antes de qualquer coisa, visa também reeducar o condenado.

Infelizmente, não é o que se vê na realidade atualmente. O cidadão condenado a uma pena privativa de liberdade não perde a proteção de vários outros direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, a integridade física, a vida, a saúde etc. Apesar de várias

críticas criminológicas a seu respeito, a pena privativa de liberdade é compatível com o Estado Democrático de Direito se for aplicada de forma criteriosa, proporcional e razoável (dentro dos limites e garantias constitucionais). Mais uma vez, Hidemberg Frota (2010, *online*) diz que:

Na análise acerca da necessidade concreta da pena, a dimensão da proporcionalidade *stricto sensu* insta o julgador a refletir se a aplicação da pena trará ou não à sociedade benefícios superiores aos malefícios a serem causados à integridade física, psíquica e moral do réu pela execução da sanção penal, máxime em se tratando de pena privativa de liberdade, considerando, neste caso, os eventuais custos do setor público e privado com o retorno do egresso ao seio da coletividade e, por outro lado, o impacto social da ausência de aplicação da pena de prisão.

Em suma, no tocante ao princípio da proporcionalidade no direito penal, tem-se que a pretensão punitiva do Estado necessita de limites constitucionais e que visem à garantia de proteção de direitos fundamentais daquele que sofre a sanção penal. Além dos princípios indicados anteriormente, ainda pode ser mencionado o princípio da individualização da pena e, também, o princípio da responsabilidade pessoal. Tais postulados serão discutidos de forma mais aprofundada no capítulo a seguir, destinada às penas em geral e às Políticas Criminais que balizam a tutela penal mínima, em busca da prevenção e repressão da criminalidade.

## 4 DAS PENAS: A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO PERANTE A ATUAÇÃO ESTATAL

Historicamente falando, a pena, em tempos remotos, era tida como meio de vingança, um revide a agressões ou danos sofridos por alguém. Diz-se que as fases da pena são a vingança privada, vingança divina, vingança pública e reação humanitária. Far-se-á um breve relato de todas elas.

A vingança privada consistia em uma desproporção entre o mal causado e o mal recebido. Nesse contexto, surge a Lei de Talião para tentar gerar um certo grau de proporcionalidade, delimitando o castigo a ser aplicado. A pena de morte era frequente em todo o mundo; exemplo forte disso foi em Esparta, na Grécia, em que era comum a decapitação de plebeus e escravos.

A vingança divina também era cruel, uma vez que a punição estava sob a responsabilidade do Deus ofendido, tendo o propósito de purificar a alma do delincente. Destaca-se aqui o período da Santa Inquisição, momento em que o Estado se confundia com a Igreja.

A vingança pública foi caracterizada pela influência do poder de um soberano que, através das penas, procurava gerar temor através da crueldade e do rigor com as quais eram aplicadas. Não havia preocupação se o acusado realmente era culpado, ficando ao arbítrio do julgador a imposição da pena na condenação. Nessa fase, a pena de morte também era comum, e bastante desumana e degradante.

No século XVIII as penas cruéis e autoritárias passaram a ser criticadas através de pensadores como Montesquieu e Rousseau. Também se destacam John Howard e Cesare Beccaria. Este último, em sua obra intitulada “Dos delitos e das penas” de 1764, segundo Newton Fernandes *et al* (2002, p. 652), “salientava que a pena atroz é injusta, odiosa e inútil, sendo verdadeira barbárie agasalhada pela maioria dos governos absolutistas (...), retratando os horrores. As atrocidades, as ignomínias e as iniquidades da justiça criminal da época”.

É a partir desse contexto que a pena atravessa um período de humanização. John Howard dedicou-se ao estudo para melhorar as condições dos encarcerados, idealizando um sistema penitenciário que consistia no recolhimento em celas. Em 1781 foram construídos os primeiros estabelecimentos prisionais, denominados “Penitentiary House”. Pode-se dizer que nesse período surgem os primeiros estudos relacionados à Criminologia, ciência que será definida e debatida a seguir.

O tema ora apresentado é intrinsecamente ligado ao direito penal mínimo, uma vez que este busca a aplicação de penalidades somente em casos de estrita necessidade da intervenção do jus puniendi estatal. Alguns princípios constitucionais importantes podem ser ressaltados, como o princípio da individualização da pena. A ressocialização, como uma das finalidades da pena, também é essencial para entender a atuação da tutela penal mínima no combate e prevenção da criminalidade.

O direito penal, ao escolher os bens mais importantes e necessários à paz social, procura promover a tutela desses interesses de maneira eficiente e legítima. Para Rogerio Greco (2009, p. 144):

O estabelecimento do Estado Social e o necessário processo de diminuição das figuras típicas, nos termos propostos pelo Direito Penal do Equilíbrio, farão com que diminuam os índices de criminalidade violenta, aparente, bem como permitirão ao Estado ocupar-se daquela considerada a mais nefasta de todas, quase sempre oculta, mas organizada.

Em virtude do Estado Constitucional de Direito, apesar de o Estado ter o dever-poder de aplicar a sanção penal àquele que viola o ordenamento jurídico penal, a sanção deve ser imposta observando os princípios expressos e implícitos contidos na Carta Magna, que visam garantir a dignidade e a integridade física do condenado. Daí falar-se em limitação ao direito de punir do Estado. Contudo, as finalidades constitucionais a que se propõem as penas não são atingidas na realidade.

Em relação às finalidades da pena, surgem algumas teorias que merecem destaque: Teorias Absolutas e Relativas. Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 204), as teorias tidas como absolutas ressaltam a tese da retribuição, ao passo que as teorias relativas pregam a prevenção.

A Teoria Absoluta (ou retributiva) admite que a pena tem sua finalidade esgotada em pura retribuição. É uma resposta ao mal produzido pelo delito com outro mal, que é a própria

sanção penal. Para essa teoria, a ideia da exigência de aplicação da pena traz um sentimento de justiça. Aqui não se verifica nenhum tipo de proposta ressocializadora, mas tão somente uma espécie de expiação do condenado em virtude de ter praticado algum delito.

Já a Teoria Relativa, que se fundamenta nos critérios de prevenção, subdivide-se em: prevenção geral e prevenção especial. Nesse caso, a pena é tida como um mal também para o condenado. Entretanto, nas palavras de Déa Carla Pereira Nery (2010, *online*):

Como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode a pena bastar-se com essa característica, em si mesma destituída de sentido social-positivo. Para como tal se justificar, a pena tem de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente, a prevenção ou a profilaxia criminal.

A prevenção geral é vista sob o aspecto negativo, também chamado de prevenção por intimidação, consistindo no fato de que a pena aplicada ao infrator reflete perante a sociedade, fazendo com que as outras pessoas reflitam antes de praticar algum delito. Já sob o aspecto positivo, a pena tem o escopo de, além de gerar a reflexão na sociedade como um todo, promover o respeito às normas e a integração social.

A prevenção especial também pode ser analisada sob dois aspectos. O aspecto negativo é a segregação que o cárcere produz ao condenado, uma vez que este fica ausente momentaneamente do convívio social, impedido de praticar novos delitos (nos casos de aplicação da pena privativa de liberdade, mais especificamente). Quanto ao aspecto positivo, fala-se em caráter ressocializador da pena, fazendo com que o preso medite antes de praticar uma nova infração penal.

Importante ressaltar que a teoria adotada pelo Código Penal, mais precisamente em seu Art. 59, é a Teoria Mista ou Unificadora da pena. Ou seja, o ordenamento jurídico penal une a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, reunindo, portanto, as teorias absolutas e relativas.

Nesse diapasão, far-se-á menção aos postulados mais relevantes no tocante às penas, e a importância da utilização de Políticas Criminais adequadas à prevenção e ao combate à criminalidade.

## 4.1 Criminologia x Direito Penal

Faz-se necessário diferenciar Direito Penal e Criminologia, pela razão de a temática aqui exposta envolver fatores não só jurídicos, mas também político-sociais. Embora caminhem estreitamente entrelaçadas, principalmente no que diz respeito ao combate à criminalidade, são ciências distintas e com finalidades diferentes.

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que prevê um fato humano como crime, estabelece uma pena para tal e protege, dessa forma, bens jurídicos considerados subsistentes à sociedade. Como bem diz Francisco de Assis Toledo, o Direito Penal é menos romântico e mais eficaz, ou pelo menos deveria ser. Muitos doutrinadores questionam o caráter intimidante da mera previsão legal de um crime. Portanto, a grande maioria defende que o Direito Penal, por si só, não tem o objetivo principal de combater a criminalidade.

Já a Criminologia é a ciência que estuda o fenômeno criminal e procura explicar suas principais causas, além de todas as circunstâncias e agentes que atuam ao redor da conduta criminosa. De igual maneira, a Criminologia também se preocupa em buscar soluções para prevenir o crime por meio de estratégias políticas e sociais.

Em sentido amplo, a Criminologia é a pesquisa científica do fenômeno criminal, das suas causas e peculiaridades, além da prevenção e controle da incidência criminosa. A palavra “criminologia”, cujo significado é “tratado do crime”, foi utilizada pela primeira vez em 1885 pelo jurista Rafael Garófalo, considerado um dos precursores dessa ciência.

Sabidamente, Newton Fernandes *et al* (2002, p. 39) assevera que:

**Importante salientar, ainda uma vez, a natureza científica da Criminologia e sua autonomia. É ciência autônoma porque possui um objeto perfeitamente delimitado: os fatos objetivos da prática do crime e da luta contra o delito. Sua esfera de ação, além disso, é demarcada pelo universo normativo do Direito.**  
(grifo nosso)

Vale ressaltar que a Criminologia está relacionada não somente com o Direito Penal, mas também com outras ciências, como a Psicologia, a Biologia, a Demografia, dentre outras. Portanto, de expressiva importância para o estudo da tutela penal mínima, pode-se dizer que o instrumento de utilização das Políticas Criminais torna, de fato, eficaz o combate ao crescimento da criminalidade nos dias atuais. É o que será abordado a seguir, juntamente com as principais causas que geram a prática excessiva de delitos.

Claro que a educação, inserida no contexto delituoso, não atua sozinha. Ela é apenas uma entre tantas outras formas de “civilizar” o indivíduo e amoldar o caráter deste. As condições desfavoráveis de moradia, consequência da pobreza e das desigualdades socioeconômicas, proliferam o número de favelas, uso de drogas, tráficos, prostituição e inúmeras outras mazelas.

Assim, no contexto dessa dura realidade social, as condutas antissociais acabam se tornando os fatores que geram a criminalidade.

#### 4.2.2 Sistema econômico

O art. 3º da Constituição Federal de 88 elenca os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre eles, a erradicação da pobreza e a marginalização, reduzindo os níveis de desigualdade social.

Contudo, a prática nos mostra uma outra faceta, às vezes totalmente inversa do que a norma propõe. A própria garantia de emprego, também disposta na Constituição de 88, não é observada. Diante desses fenômenos e sem trabalho, o indivíduo não encontra meios de sobreviver com dignidade, buscando no crime uma maneira de garantir tal sobrevivência (o que na maioria das vezes é a razão para delinquir).

O subemprego, de maneira igual, propicia a criminalidade. É o caso dos salários que não acompanham o custo de vida, em outras palavras, os salários insuficientes. Apesar de a corrupção ser um problema típico de personalidade moral, tornou-se frequente o crime de contrabando (art. 334, do Código Penal) praticado pelas camadas menos favorecidas, com o fito de aumentarem sua renda mensal.

A violência contemporânea, em especial a criminalidade patrimonial, passa a ser uma resposta ou até mesmo um protesto às desigualdades econômicas e injustiças sociais. Newton e Valter Fernandes (2002, p. 388), outra vez, sabiamente dizem que:

Em meio a esse quadro de extremas desigualdades sociais, nem sempre se pode evitar os efeitos perversos que isso acarreta nas camadas mais pobres da sociedade. Mas os privilegiados têm que adotar uma posição cívica, arcando com a parcela de sacrifício que lhes cabe, utilizando racional e solidariamente suas fortunas, e aplicando-as, também, em empreendimentos que venham mitigar as vicissitudes do povo.

Por outro lado, as camadas mais abastadas da sociedade igualmente têm contribuído para a eclosão de delitos. O mais conhecido é o “crime do colarinho branco”, aquele cujos

agentes possuem poder político, econômico ou social, e que também na grande maioria permanecem impunes devido ao seu status.

#### *4.2.3 Fatores sócio-familiares*

Nem sempre o lar oferece o amparo necessário à formação psicológica do indivíduo. Maus tratos e desintegração familiar são os maiores responsáveis pelo abandono de crianças nas ruas, fazendo com que estas percam os valores primordiais de convivência, afeição e ética para absorverem a promiscuidade e a criminalidade.

Não só lares de classes pobres, mas também os de classe média alta, principalmente, “fabricam” futuros ladrões, homicidas, traficantes etc. A prática de atos antissociais não é inerente apenas aos pobres, ainda que existam condições pré-determinadas para tal.

Claro que os outros fatores já mencionados também podem influenciar um cidadão com formação moral e ética. Entretanto, ainda assim, o desajuste familiar é a raiz mais profunda da criminalidade.

#### *4.2.4 Sexo*

Outro paradigma a ser desvendado é o da criminalidade feminina. É notório o fato de que quem comete mais delitos são pessoas do sexo masculino. Para entender como age o fator criminógeno na mulher, é importante notar a diferença entre o modo de agir, pensar e sentir de homens e mulheres. Geralmente, credita-se à mulher uma maior nobreza de sentimentos.

E o maior problema a ser enfrentado é esse estigma acima mencionado: seria a mulher capaz de cometer certos crimes? A consequência disto é a impunidade e falta de controle dos índices de criminalidade feminina (que geralmente são baixos).

A própria polícia e a justiça costumam ser mais benevolentes com as mulheres. Tomando como um grande exemplo, milhares de abortos são praticados, porém nem 2% chegam ao conhecimento das autoridades judiciárias. João Farias Júnior (2003, p. 203) chama tal fenômeno de “cifras negras” e ainda diz que “são altíssimos os índices dos crimes não revelados de aborto (...). Se tivéssemos a real criminalidade feminina e a real criminalidade masculina, elas se equivaleriam”.

De acordo com fontes da Delegacia de Polícia de Vera Cruz, no Rio de Janeiro, aqui estão alguns crimes mais frequentes entre as mulheres detentas:

DELITO (ano base – 2002)	%
Tráfico de drogas	83
Roubo	6,5
Estelionato	6,5
Porte e/ou uso de drogas	2
Atentado violento ao pudor	2

Fonte: Delegacia de Polícia de Vera Cruz, no Rio de Janeiro

O fato é que a mulher comete crimes tanto quanto os homens; a diferença é que a criminalidade feminina é, em geral, menos detectável, e quando detectado, dificilmente as mulheres são levadas ao Poder Judiciário. É o caso do infanticídio, tão raro de se ver nos Tribunais do Júri hoje em dia.

#### 4.2.5 Sistemática Penal e a impunidade

A sistemática penal abrange quatro instituições: a polícia, a justiça criminal, o sistema prisional e a norma penal. Contudo, a realidade mostra que existe bastante precariedade na prestação de serviço da polícia, por exemplo. O problema mais grave é o da corrupção policial, aliada ao tráfico de entorpecentes (e a outros crimes graves também).

Como se pode dar credibilidade a uma polícia assim? Ao invés de combater a criminalidade, acaba se tornando um dos principais fatores geradores da mesma. Outra mazela presente no contexto policial é a violência. Cenas que parecem mais uma guerra civil são vistas diariamente na televisão, em que bandidos e policiais entram em confronto usando as mesmas forças.

Em um artigo publicado recentemente por Luís Guilherme Vieira (2008, *online*), advogado membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, mostra-se que:

O sistema de segurança pública age, sempre, na ponta final do problema de um grave problema social que se arrasta há séculos. Ele jamais atua em sua raiz. Esse pensamento é antigo, mas as autoridades constituídas de hoje, de ontem e de anteontem, somadas aos segmentos retrógrados da sociedade civil, não têm, ou não querem ter, esta percepção. É lamentável. O preço a ser pago é este, sem qualquer máscara.

Em relação à justiça criminal, o preconceito e a estigmatização da figura do bandido facilitam outros crimes até mesmo mais graves. É a velha e medíocre idéia de que o criminoso é aquele que possui menores condições financeiras, é analfabeto e tem a cor da pele escura. Assim, a justiça “esquece” os magnatas do colarinho branco. Outro agravante é a morosidade processual, também considerada como fator criminógeno. Segundo as palavras de João Farias Júnior (2003, p. 510):

Criminógeno porque o indivíduo é submetido à violência e o trato aviltante e infamante durante a passagem pela polícia, pela prisão e pela justiça, nele produzindo impressões deletérias repetidas. De acordo com a contextura moral de seu caráter pode até inicialmente repelir os influxos infamantes que sobre ele incidam, mas não resistirá por todo o tempo, posto que tais influxos vão minando seus mecanismos de defesa, passando a afetar o seu estado emocional e afetivo, o seu sistema endócrino, nervoso, orgânico e psíquico, fazendo com que acabe se degradando moralmente.

Além do preconceito, impera a ineficiência da justiça, gerando a famosa impunidade. A morosidade processual, falta de estrutura no sistema prisional, superlotação carcerária, dentre outros problemas, fazem com que o indiciado ou o acusado se sintam estimulados a praticarem mais crimes, haja vista o descaso com a correta punição dos mesmos.

#### *4.2.6 Sistema Prisional*

Faz-se necessário abrir um tópico especial para tal problemática devido à sua complexidade. Milhares são os fatores que geram a criminalidade em razão da falta de estrutura do sistema prisional. A aplicação da pena privativa de liberdade atravessa um processo de descaso e verdadeira “falência”, tendo em vista a violação constante de direitos e garantias constitucionais do indivíduo que se encontra sob a tutela penal do Estado.

O primeiro deles é a ociosidade dos detentos. O preso ocioso é caro e nocivo à sociedade. Para João Farias Júnior (2003, p. 226), “dos poucos que trabalham, grande parte nada recebe e os que percebem alguma remuneração, esta é tão irrisória que se pode considerar como nenhuma, não obstante a Lei de Execução Penal estabelecer uma remuneração obrigatória não inferior a três quartos do salário mínimo”.

O segundo problema enfrentado é o da superlotação dos presídios, tanto por presos provisórios, como por presos já condenados e que estão cumprindo sua pena. Devido à morosidade da justiça, muitos presos provisórios acabam cumprindo sua pena antecipadamente se for levado em consideração o tempo em que seus processos são julgados, ou que um pedido de liberdade provisória seja atendido e cumprido.

O fato é que ao noticiarem um determinado crime, elevam o agente à categoria de herói, como, por exemplo, Luiz Fernando da Costa, mais conhecido como “Fernandinho Beira-Mar”, grande líder do narcotráfico brasileiro. Não só a televisão, mas todos os meios de comunicação: jornais, internet, revistas etc., trazem explosões de cenas torpes, palavões, detalhamento do *modus operandi* de algum crime.

### **4.3 Políticas Criminais: prevenção e combate dos fatores criminógenos**

Em linhas anteriores, muito foi discutido a respeito da forte relação que o Direito Penal Mínimo exerce sobre o combate à criminalidade. Em virtude dos princípios já mencionados (intervenção mínima, proporcionalidade, subsidiariedade do direito penal etc.), a tutela penal mínima tem como um dos escopos principais a utilização de medidas de política criminal para combater o crime e efetivar a punição daqueles considerados relevantes à paz em sociedade.

A prevenção e o combate não são tão simples como se pode imaginar; o controle da criminalidade exige dinâmicas em vários ramos da sociedade. Fatores sociais, culturais e econômicos influenciam direta e indiretamente a profilaxia criminal (prevenção).

A solução é baseada em múltiplas facetas, um trabalho árduo e complexo para o programa de governo das cidades. Não basta se utilizar somente da repressão policial ou judiciária. Para tanto, alguns programas de prevenção do delito são idealizados por doutrinadores e operadores do direito. A seguir, mostrar-se-ão os mais importantes.

#### *4.3.1 Programas de orientação “comunitária”*

Para Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2002, p. 441), “o crime define-se como ‘problema comunitário’, a prevenção do delito como ‘prevenção comunitária’ e a intervenção nele, como ‘intervenção comunitária’”.

Em outras palavras, a orientação comunitária é baseada em um modelo de integração social, juntamente com uma política criminal participativa. Seria também uma mobilização geral da sociedade (dinamização social), atuação, construção da consciência dos cidadãos e compromisso da comunidade no intuito de combater o crime.

Apesar de estarem distantes da realidade em que se vive nos dias atuais, esses programas podem, sim, ter efetividade. São meios coerentes, participativos e solidários de combate à criminalidade. Partindo da premissa de que é uma problemática que afeta

diretamente a sociedade, a orientação comunitária pode gerar mais responsabilidade por parte das pessoas diante de um desejo comum: uma vida mais justa, segura e livre dos fatores criminógenos.

#### 4.3.2 *Planejamento urbano*

A criminalidade está fortemente ligada às políticas públicas urbanas e sua problemática, como, por exemplo, as desigualdades econômicas e os reflexos que elas causam na sociedade. O planejamento das cidades se torna fundamental a partir do momento em que há uma preocupação intersectorializada: educação, saúde, lazer, iluminação pública, trabalho, moradia, políticas de combate à violência etc.

Sabe-se que uma política correta de esportes e de lazer que seja capaz de mobilizar os “grupos de risco”, ou seja, aqueles indivíduos que podem se tornar os agentes da criminalidade, reduz consideravelmente o nível de violência e criminalidade.

Outro fator que também deve ser incluso nas políticas sociais urbanas é a garantia mínima de moradia digna e fomentação de emprego. Segundo Paulo José Leite Farias (2008, *online*):

O Estado democrático de direito pressupõe políticas públicas garantidoras das funções urbanísticas. A violência nasce da falta de esperança ou de perspectiva de vida melhor. A falta de trabalho, de moradia e de lazer geram vazios no coração, o que permite a instauração da violência. O ofensor pode ser motivado pela falta de esperança de dias melhores. Há, pois, correlação entre a Ordem Urbanística e a criminalidade.

De fato, havendo uma sociedade mais justa, que possa assegurar a todos os indivíduos um acesso efetivo de bem-estar, qualidade de vida – esta em seus diversos aspectos (saúde, educação, cultura, casa etc.) – reduz-se consideravelmente a incidência de taxas de delinquência. Se o ato criminoso tem sua gênese no abismo social que afasta as pessoas de uma comunidade, os programas de Política Social devem se voltar para moradores de zonas pobres e marginalizadas, oferecendo a eles uma oportunidade, ainda que precária, de participarem do bem-estar social.

#### 4.3.3 *Prevenção “vitimária”*

Segundo a política criminal moderna, fala-se bastante na prevenção dos delitos baseada na intervenção da vítima, uma vez que esta interage ativa e dinamicamente na gênese do fato

delitivo. Há de se reconhecer que existem vítimas potenciais – aquelas com maiores riscos de vitimização.

Exemplo claro e real são grupos de pessoas mais propensas a se transformarem em vítimas de algum delito, como é o caso de crianças, estrangeiros, idosos etc. Os programas de prevenção vitimária visam conscientizar e informar tais indivíduos considerados vítimas em potencial, por meio de campanhas técnicas e organização de atividades comunitárias, fomentando naquelas atitudes mais maduras, autocontrole, mudança de hábitos e estilos de vida.

Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2002, p. 445) ditam sabiamente que:

**As campanhas de prevenção, sem dúvida, podem melhorar – e de fato melhoram – as atitudes sociais vinculadas ao problema criminal. Mas contribuem menos do que se poderia supor para a mudança de hábitos e de estilos de vida, para a segurança. Isso se deve, em parte, ao fato de que as vítimas potenciais consideram como remota a possibilidade de serem vitimizadas; de outro lado, consideram caras, inúteis ou incômodas as medidas de segurança recomendadas. (grifo nosso).**

Principalmente em relação às vítimas consideradas “provocadoras”, aquelas que induzem, instigam e provocam o agente, fazendo com que este cometa o delito por não suportar mais a situação a que foi submetido, o tratamento de prevenção deve ser mais efetivo.

Para muitos, de fato, as campanhas de prevenção vitimária são ineficazes e limitadoras de comportamento e liberdades. Na maioria das vezes, tornam-se pretexto para fazer surgir na sociedade um medo maior, como, por exemplo, casos de psicose coletiva. Por outro lado, também podem contribuir para os excessos e arbitrariedades da autodefesa (linchamento, vingança).

Ainda assim, foi criada no Estado do Ceará a Lei nº 13.193, de 10 de janeiro de 2002, que consiste em programas de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas no Ceará (PROVITA-Ce), executados pela Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência – APAVV. A finalidade da Lei é criar mais instrumentos na luta contra a impunidade e violência.

#### *4.3.4 Prevenção da reincidência*

Os programas de prevenção da reincidência, voltados mais especificamente para o condenado ou infrator, pretendem estabelecer formas que evitem a consolidação definitiva do status de criminoso, retirando o estigma eterno que faz com que muitos egressos voltem a delinquir.

Infelizmente, são vistos poucos esforços no que diz respeito ao tratamento e ressocialização dos egressos. Já citada em linhas anteriores, a problemática da falta de estrutura do Sistema Criminal brasileiro é uma das maiores causas da criminalidade.

A idéia crucial da pena, em suma, é que o condenado se refaça dentro da prisão e seja capaz de modificar suas atitudes. Entretanto, os índices de criminalidade e reincidência crescem cada vez mais dentro dos cárceres. O princípio da dignidade da pessoa humana passa invisível aos olhos do ex-detento, que fica taxado dessa forma quase que eternamente.

Vale ressaltar que nem todo tipo de agente criminoso deve ser punido com pena privativa de liberdade. Por isso, muito se fala em **penas alternativas**, evitando, dessa forma, que infratores de menor potencial ofensivo sejam corrompidos dentro da prisão.

Para que haja condições de restauração do infrator, é necessária uma instituição penitenciária idônea, com funcionários capacitados, e que saibam exercer seus poderes sem extrapolar os limites ou corrompendo o próprio sistema. Ainda, urge que programas sociais propiciem aos egressos meios concretos de reinserção social, como, por exemplo, geração de empregos, assistência familiar e diversas outras garantias fundamentais.

#### *4.3.5 Modelos e programas para menores em situação de risco*

De acordo com o art. 227 da Constituição Federal de 1988, o Estado, a família e a sociedade têm o encargo de resguardar crianças e adolescentes de qualquer situação de risco, assegurando educação, direito à vida, cultura, profissionalização, colocando-as a salvo de qualquer forma de negligência, violência, discriminação etc.

Sabe-se que muitos menores infratores, vítimas da própria sociedade em que vivem (desigualdades sociais, violência e falta de estrutura familiar), tornam-se adultos delinquentes e com tendência a reincidirem em crimes cada vez mais violentos. Portanto, é interessante que modelos e programas voltados para menores em situação de risco sejam efetivados. Tal

situação de risco pode ser exemplificada por situações de desamparo, abandono, falta de condições mínimas de vida digna, ausência de estrutura familiar etc.

Volta-se, mais uma vez, para a mesma temática de prevenção: educação e lazer para crianças e adolescentes, inclusive os de classe média. Programas de creches comunitárias de qualidade ajudam a desenvolver pedagogicamente a capacidade intelectual e cognitiva de crianças, assim como a formação moral e ética indispensável à sua vida futura.

No Estado do Paraná, a Secretaria Municipal da Criança construiu um espaço-modelo de 272m<sup>2</sup>, estabelecendo convênio com entidades beneficentes que administram a creche e criam programas de apoio técnico-pedagógico.

Além de creches, também são exemplos de medidas preventivas as casas de apoio aos menores de rua, com atendimento familiar (quando presente na vida do menor), psicopedagógico e que ajude a integrar a criança e/ou adolescente em prática de esportes, cursos profissionalizantes etc.

Finalizando, a chamada profilaxia do crime ainda é tratada com descaso no Brasil. Entender as raízes criminógenas e tentar preveni-las ou combatê-las necessita de um estudo complexo da realidade social em que vivemos. Não se pode pautar o tema apenas nas causas determinantes do crime, mas também no livre-arbítrio do ser humano e na sua capacidade de tornar-se vítima ou infrator em determinadas situações.

#### **4.4 Pena privativa de liberdade**

Sabe-se que no contexto atual, a pena, em suas diversas modalidades, ainda é necessária e, em alguns casos, imprescindível, desde que atravesse os aspectos da individualização e da proporcionalidade. Cumpre destacar com maior ênfase a pena privativa de liberdade que, no ordenamento jurídico brasileiro, assume um caráter importante devido ao fato de restringir um dos direitos mais preciosos do indivíduo: o direito à liberdade.

O Código Penal, em seu art. 33 e seguintes, disciplina o tema aqui debatido, prevendo a pena de reclusão e de detenção. Em linhas gerais, as possibilidades de cumprimento da pena de reclusão são em regime fechado, semi-aberto ou aberto, a depender da análise do caso concreto e do quantum de pena aplicada. Já a pena de detenção poderá ser cumprida em

regime semi-aberto ou aberto, salvo quando houver hipótese de regressão, transferindo-se o condenado ao regime fechado.

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade dependerá de critérios determinados pelo legislador, no art. 33, §2º, do Código Penal, e será executado de forma progressiva, ou seja, até chegar ao regime aberto e ter sua liberdade restabelecida.

A pena privativa de liberdade tem as seguintes finalidades: punição (proporcional) do mal provocado pelo criminoso, a prevenção, evitando-se e inibindo novos delitos e, por fim, a regeneração do preso, permitindo sua devida ressocialização e reintegração à sociedade.

Atualmente, muito se utiliza, e até mesmo de forma exagerada, a pena privativa de liberdade como forma de retribuição a diversos tipos de infrações penais, inclusive as menos gravosas do ponto de vista social e jurídico. O resultado disso é a superlotação dos presídios, o aumento da criminalidade (efeito inverso) e, ainda, a falta de aparelhamento estatal para reverter a situação.

O direito penal mínimo deve ser mencionado nesse contexto, uma vez que nem todo delito deve ensejar pena de prisão, unicamente para gerar na sociedade um sentimento de “justiça” e segurança. É, sobretudo, uma afronta a todos os princípios até aqui mencionados, principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que dele decorrem todos os outros inerentes à tutela penal mínima.

Ainda que seja cabível a pena privativa de liberdade, nos casos em que a tutela jurídico-penal realmente deve intervir, tal medida deve ser cumprida à luz dos princípios constitucionais e das garantias individuais dos presos – afinal, por mais que tenham seu direito à liberdade restrito, as outras garantias que lhes são inerentes ainda devem ser respeitadas pelo Estado (integridade física, dignidade, vida etc).

Importante ressaltar, conforme Newton Fernandes e Valter Fernandes (2002, p. 660) que:

**O sentimento de respeito ao condenado deve estar presente na execução de quaisquer tipos de penas e medidas de segurança, quer sejam as mais rigorosas, conferidas aos criminosos perigosos, quer sejam as mais brandas, impostas aos infratores destituídos de temibilidade. Tal critério humano deve estar presente notadamente na execução das penas privativa de liberdade, e não somente nos tratamentos destinados a reabilitar o sentenciado. (grifo nosso)**

Infelizmente, não obstante as finalidades propostas pela pena privativa de liberdade (retribuição, prevenção e ressocialização), o encarceramento do condenado talvez não atinja sequer parte de um desses objetivos mencionados. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), no Título I, que trata de seu objeto e aplicação, diz que “Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Já em seu primeiro dispositivo, a própria lei que regula a execução das penas traz como escopo principal a integração do condenado e do internado à sociedade. E não se limita ao Art. 1º; várias outras passagens do retromencionado diploma legal dispõem sobre a necessidade contínua de medidas que proporcionem ao preso o ingresso ao meio social. Além disso, há previsão de assistência aos encarcerados, como bem dita o art. 11, da Lei nº 7.210/84:

Art. 11. A assistência será:  
I - material;  
II - à saúde;  
III - jurídica;  
IV - educacional;  
V - social;  
VI - religiosa.

Hodiernamente, muito se discute a respeito da falência do sistema carcerário brasileiro. Não é difícil perceber que a pena privativa de liberdade virou sinônimo de ofensa à dignidade da pessoa humana, de violação aos direitos fundamentais preconizados na Carta Magna e, ainda, um verdadeiro fator de reincidência criminal, uma vez que as prisões passam a formar “mestres e doutores” do crime.

A superlotação carcerária também compromete as condições de vida dos presos. Conforme dito em linhas anteriores, embora tenham perdido o direito à liberdade, outros direitos e garantias fundamentais ainda lhes são inerentes, como por exemplo, direito à integridade física e moral, saúde e tantos outros que acabam por ser violados no cotidiano do cumprimento da pena.

Em virtude disso, pode-se afirmar que a pena privativa de liberdade não pode ser mera expiação; ela possui um tríplice caráter, assim como qualquer outro tipo de pena: punitivo, intimidativo e regenerativo. Este último, em especial, talvez seja o desafio mais concreto das políticas criminais implementadas no Brasil. A ressocialização do preso, mais precisamente

do egresso, contribui para que esse indivíduo não cometa, ou pelo menos evite, outras condutas criminosas.

Infelizmente, a realidade aponta o contrário: ao sair da prisão, o egresso, além de estar estigmatizado quase que eternamente por ser um “ex-presidiário”, dificilmente encontrará meios de reinserção na sociedade, pois muitas vezes não tem perspectiva alguma a respeito de seu futuro. E então, por não encontrar condições dignas de vida, volta a delinquir.

Embora pareça um problema de difícil solução, o sistema prisional brasileiro necessita de muitas reformas, sejam elas de caráter estrutural ou até mesmo físico. A seguir, serão mostradas algumas possíveis respostas para o enorme “caos” das prisões e, ainda, a discussão acerca de princípios elementares da execução das penas, sob o enfoque do direito penal mínimo.

#### 4.4.1 Princípio da individualização da pena

Protegido em sede constitucional, o princípio da individualização da pena tem relevante dimensão na temática proposta pelo direito penal mínimo. Consiste, portanto, no imperativo de que a sanção penal deve corresponder ao delito causado pelo criminoso. Em outras palavras, significa que o juiz deve aplicar a pena em quantidade e qualidade adequadas ao réu, visando à sua recuperação social. A fundamentação legal desse postulado está, por exemplo, no art. 5º, incisos XLVI e XLVIII, 1ª parte, da Carta Magna; nos arts. 5º, 8º, 41, inciso XII e art. 92, parágrafo único, todos da Lei de Execução Penal e no art. 34 do Código Penal.

A individualização da pena deve ocorrer em três planos distintos: plano legislativo, plano judiciário e plano executório. O legislador, no plano abstrato, necessita utilizar um raciocínio de valoração dos bens que merecem proteção no âmbito penal. A partir daí, tentará chegar ao mais próximo do valor atribuído pela sociedade àquele determinado bem. Para tanto, o legislador aponta um *quantum* mínimo e máximo a cada infração penal.

No plano judiciário, o magistrado, ao aplicar a pena, também deve individualizá-la ao analisar, de início, as circunstâncias elencadas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal:

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.

Cumpra ressaltar que na fase da aplicação da pena, não se tem a pretensão de fazer da decisão condenatória um exemplo para outros possíveis infratores. Recorrer à prevenção geral na fase da individualização da pena seria tomar o sentenciado com puro instrumento a serviço de outro, ferindo, portanto, o princípio da proporcionalidade das penas.

Portanto, o juiz fica obrigado a uma análise individualizada das circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, motivando a fixação da pena-base. Em seguida, deverá atender ao critério trifásico (fixação da pena-base; aplicação de agravantes/atenuantes; aplicação de causas de aumento/diminuição, nesta ordem) determinado pelo art. 68, caput, do Código Penal. O critério trifásico busca viabilizar o direito de defesa, colocando o réu a par de todas as etapas de individualização da pena, bem como passa a conhecer que valor atribuir o juiz às circunstâncias judiciais que reconheceu presentes.

O juiz também aplica a individualização da pena na fase de sua execução. Os arts. 5º e 6º da Lei de Execução Penal preconizam a classificação dos condenados de acordo com seus antecedentes e personalidade, através de uma Comissão Técnica de Classificação, que será responsável pela elaboração de um programa individualizador da pena privativa de liberdade.

Entretanto, a realidade, mais uma vez, mostra-se diferente da teoria brilhante presente na doutrina e na lei. Rogério Greco (2009, p. 95), em brilhantes linhas, diz que:

**De nada vale a determinação de classificação do condenado, para fins de individualização, se, na prática, sua pena é cumprida com outros condenados com classificações diversas da sua, em um ambiente promiscuo, dessocializador, que estimula mais a corrupção do caráter do que o arrependimento necessário, que não o impulsiona a modificar-se no sentido de querer reintegrar-se à sociedade, afastando-se da vida do crime. (grifo nosso)**

Vários precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça confirmam tal princípio:

**EMENTA: INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: CRITÉRIO LEGAL.**

A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei. Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC 77.682, 22/10/98). (RHC 80.970 - SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, in DJ 10/08/2001.)

Ementa: [...] Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. Precedentes do STJ e do STF. (HC 33.045-SE, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, in DJ de 20/03/2006, p. 311.)

O princípio da individualização da pena, conforme visto anteriormente, é um desdobramento do princípio da isonomia, já que nesse contexto os desiguais são tratados de maneira desigual, na medida de suas diferenças. Sem dúvida, tal postulado é mais um dos corolários do direito penal mínimo, já que consiste em uma medida de política criminal e que visa à correta e proporcional sanção dos delitos considerados relevantes pela sociedade.

#### *4.4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana sob o enfoque do Direito Penal*

Falar em princípio da dignidade humana no contexto do direito penal é também falar em humanização da justiça penal. Pela própria razão de ser do Estado Democrático de Direito, o fundamento da humanização está no fato de que existe a necessidade de serem respeitados os direitos e garantias individuais do homem, principalmente no contexto do ordenamento jurídico penal.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto explícita e implicitamente em vários dispositivos constitucionais, dentre eles o art. 1º, inciso III da Carta Magna. Dele decorrem de maneira lógica todos os outros princípios norteadores do direito penal mínimo. O enfoque que merece ser dado a esse postulado tão importante é em relação às sanções penais e à possibilidade de ressocialização do preso.

Por trás de cada processo há uma vida a ser julgada. Uma vida que está ligada a outras: ascendentes e descendentes. E é esta vida que deve ser analisada quando se tem os autos nas mãos. O Caderno Processual não é só um emaranhado de papéis que deve estar de acordo com a legislação. Trata-se de uma pessoa, de uma vida, de um destino. Há de se parar com a visão mecanicista, robotizada, e ter uma visão mais humana, mais altruísta. Isto sim é um começo para se fazer justiça. Porque, por mais complexa e delicada que seja uma situação, sempre existirão dois lados. Estes devem ser ouvidos e o julgador, com bom senso, decidirá.

Por mais que o direito penal seja inevitavelmente seletivo (conforme visto em linhas anteriores), a sanção penal deve cumprir suas finalidades sociais. O art. 1º da Lei de Execução Penal reafirma a finalidade ressocializadora da pena. Para Michel Foucault (1975, p. 224-225), há sete princípios que devem ser seguidos:

- 1) “*princípio da correção*”: a detenção penal tem como função essencial a transformação do comportamento do indivíduo.
- 2) “*princípio de classificação*”: o isolamento dos indivíduos deve ser organizado de acordo com a gravidade penal do seu ato, mas principalmente segundo as técnicas de correção utilizadas e as fases de transformações passadas por eles.
- 3) “*princípio da modulação da pena*”: a modificação das penas deve ser feita em relação à transformação que pode ocorrer na individualidade dos detentos no próprio andamento da pena.
- 4) “*princípio do trabalho como obrigação e como direito*”: o trabalho é uma das peças essenciais da transformação e da socialização dos detentos.
- 5) “*princípio da educação penitenciária*”: a educação do detento pelo poder público é indispensável ao interesse da sociedade e uma obrigação em relação ao detento.
- 6) “*princípio do controle técnico da detenção*”: o regime da detenção deve ser controlado por um pessoal especializado.
- 7) “*princípio das instituições anexas*”: preocupação com o acompanhamento de medidas de controle e de assistência à readaptação do detento.

Também pode ser mencionada, ainda no contexto da humanização da justiça penal, a chamada Justiça Restaurativa. Esse termo foi usado por Albert Eglash, fruto de um artigo seu publicado no ano de 1977, de nome “Creative Restitution”. Segundo Eglash, o crime deveria receber três respostas: retributiva (punição), distributiva (reeducação) e restaurativa (reparação).

A justiça restaurativa é baseada em um procedimento consensual em que vítima, autor da infração e, quando possível, toda a sociedade envolvida naquele contexto, participam ativamente para solucionar e reparar os “traumas” que o crime cometido causou. Nas palavras de Renato Sócrates Pinto (2010, *online*):

**Portanto, o crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado, oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado. (grifo nosso)**

Em outras palavras, a Justiça Restaurativa não enxerga a infração penal apenas como um fato típico e antijurídico que afeta tão somente infrator e vítima, mas sim algo que repercute na sociedade como um todo, exigindo, além da sanção, formas de recuperar e trazer equilíbrio na vida em sociedade.

Um exemplo de aplicação de algumas das características desse sistema é a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), que prevê vários institutos preocupados com o uso crítico e alternativo do direito, em se tratando de direitos disponíveis na seara penal.

Renato Sócrates, através do quadro a seguir, mostra as principais diferenças entre a Justiça Retributiva e a Justiça Restaurativa, no que diz respeito aos seus valores.

Portanto, conforme visto, o sistema ora apresentado defende a possibilidade de o infrator participar ativamente do processo de reparação dos danos causados, além da preocupação com a sua reintegração ao meio social.

<b>JUSTIÇA RETRIBUTIVA</b>	<b>JUSTIÇA RESTAURATIVA</b>
- Conceito estritamente jurídico de Crime - Violação da Lei Penal - ato contra a sociedade representada pelo Estado;	- Conceito amplo de Crime – Ato que afeta a vítima, o próprio autor e a comunidade, causando-lhe uma variedade de danos;
- Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) – Monopólio estatal da Justiça Criminal;	- Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade – Justiça Criminal participativa;
- Culpabilidade Individual voltada para o passado – Estigmatização;	- Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro;
- Uso Dogmático do Direito Penal Positivo;	- Uso Crítico e Alternativo do Direito;
- Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados – desconexão;	- Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões;
- Monocultural e excludente;	- Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância);
- Dissuasão	- Persuasão

Fonte: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9878> - Quadro retirado do artigo publicado por Renato Sócrates Pinto.

Ainda que não seja possível a aplicação plena da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que alguns de seus princípios podem, sim, serem aplicados em determinados crimes de menor potencial ofensivo, evitando, sobretudo, o encarceramento desnecessário de indivíduos que apresentam grande predisposição à não-reincidência e à restauração.

Humanizar a justiça penal, pois, em suma, é fazer valer o texto Constitucional, é observar os direitos do preso constantes nos arts. 40 e seguintes da Lei de execução Penal, é modificar a forma robotizada de agir diante dos processos, é termos um processo penal mais célere, é termos operadores do direito mais diligente no tocante ao tempo para concessão de algum benefício para o encarcerado.

Cabe, agora, mencionar a importância da aplicação das penas alternativas, ressaltando sua relação intrínseca com o princípio da intervenção mínima do Estado. É o que será visto no próximo capítulo.

## 5 PENAS ALTERNATIVAS E RESSOCIALIZAÇÃO

Diante da constatação da crise das penas privativas de liberdade e da incompetência do Estado para proporcionar uma política penitenciária em conformidade com os parâmetros constitucionais, passou-se a estudar novas formas de aplicação das sanções voltadas principalmente aos condenados primários e de bons antecedentes, consistindo em penas de menor duração.

Historicamente falando, no Brasil, em 1924 foi adotada a suspensão condicional do processo na legislação pátria, como uma medida alternativa aos condenados a penas privativas de liberdade ínfimas, de curta duração. A partir daí, várias outras leis trouxeram avanços nesse aspecto, como, por exemplo, a Lei 7.209/84, que implementou as penas alternativas de prestação de serviços à comunidade, de limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos, chamadas de restritivas de direitos.

Cumprе esclarecer, inicialmente, a diferença entre penas e medidas alternativas (também conhecidas como alternativas à pena). As medidas alternativas são aquelas que impedem a condenação e caracterizam-se pelo fato de serem medidas despenalizadoras. Em verdade, não são consideradas penas. Os exemplos são a transação penal e a suspensão condicional do processo, institutos típicos, por exemplo, da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95).

Já as penas alternativas são sanções de natureza penal diversas da pena privativa de liberdade e podem substituir estas (daí seu caráter substitutivo). É o caso da pena de multa, interdição temporária de direitos, prestação de serviços à comunidade etc. São, portanto, oriundas de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A Resolução número 101 do Conselho Nacional de Justiça traça diretrizes e políticas públicas voltadas ao sucesso da aplicação das penas alternativas, prevendo, por exemplo, a criação de varas privativas ou especializadas em execução de penas e medidas alternativas, além de centrais de acompanhamento e núcleos vinculados aos juízos competentes para a aplicação delas.

As penas alternativas não podem ser concedidas em crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. É o que se depreende da leitura do Art. 44, inciso I, do Código Penal. Subdividem-se em duas espécies: restritivas de direito e multa.

As penas restritivas de direito são sanções impostas em substituição à pena privativa de liberdade, consistente na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado. É uma tendência do direito penal moderno, considerando-se que a pena privativa de liberdade não atende satisfatoriamente, nos dias de hoje, à finalidade reeducativa da pena. São elas: prestação de serviços à comunidade; perda de bens e valores; prestação pecuniária; limitação de fim de semana; interdição temporária de direitos. Cabe ressaltar que a Lei 11.343/06 – Lei de Drogas, em seu art. 28, trouxe novas modalidades de penas restritivas de direitos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:  
I - advertência sobre os efeitos das drogas;  
II - prestação de serviços à comunidade;  
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Outro aspecto importante é que a pena restritiva de direitos terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. Entretanto, há duas exceções: em se tratando das restritivas de natureza real e da prestação de serviços à comunidade (art. 46, §4º, Código Penal). Os requisitos para a aplicação das penas restritivas de direito são cumulativos e encontram-se no art. 44, incisos I a III, do Código Penal, que são:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:  
I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;  
II - o réu não for reincidente em crime doloso;  
III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Ressalte-se que por consistirem em um direito subjetivo do réu, uma vez presentes os requisitos, as penas restritivas de direito deverão ser substituídas pelo juiz (é um poder-dever).

A pena de multa é outra espécie de pena alternativa, consistente no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença penal e calculada em dias-multa. Com o advento da Lei 9.714/98, a pena de multa substitui pena privativa de liberdade não superior a um ano e o seu descumprimento não gera conversão em prisão, mas sim a execução da quantia como dívida ativa.

A possibilidade de recuperação do condenado sujeito a penas restritivas de direito é bem maior e mais eficaz. Além disso, ele trará benefícios não só para si mesmo, mas para a coletividade de um modo geral, **já que poderá prestar serviços à comunidade**. Sem falar que um indivíduo preso demanda verba pública.

Só em 2008, o Ministério da Justiça investiu aproximadamente R\$ 350 milhões de reais em todo o sistema carcerário do Brasil. Em contrapartida, a população carcerária aumenta consideravelmente todos os anos: de 148 mil detentos em 1995 passou para 469 mil, conforme estatística do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional.

A tabela a seguir, elaborada pelo Ministério da Justiça, mostra dados que contribuem para a adoção de penas alternativas:

Ano	Legislação Vigente	Tempo de cumprimento da PMA	Serviço Público de Monitoramento de PMA	Número de Cumpridores de Penas Restritivas de Direitos		Número de PMA acumulado	Número de Presos
				Medidas	Penas		
1987	7.210/84	0 - 1	01 Núcleo no RS	Sem informação	197	Sem informação	Sem informação
1995	7.210/84	0 - 1	04 Núcleos	78.672	1.692	80.364	148.760
	9.099/95						
2002	7.210/84	0 - 4	04 Varas Especializadas	80.843	21.560	102.403	248.685
	9.099/95						
	9.714/98						
	10.259/01						
2006	7.210/84,	0 - 4	10 Varas Especializadas	237.945	63.457	301.402	401.236
	9.099/95						
	9.714/98						
	10.259/01						
	10.671/03						
	10.826/03						
2007	11.340/06	0 - 4	18 Varas Especializadas	333.685	88.837	422.522	423.373
	11.343/06						
	7.210/84,						
	9.099/95						
			249 Centrais/				



impunidade". Sem dúvida, a necessidade de efetivação e fiscalização das penas alternativas é requisito máximo para o alcance de seus verdadeiros objetivos.

No contexto do direito penal mínimo, pode-se dizer que as penas alternativas não podem ser a solução para toda a problemática penitenciária do Brasil. Entretanto, ao serem corretamente aplicadas, enfatizam que a pena privativa de liberdade deve ser utilizadas tão somente para os crimes de maior potencial ofensivo, ou seja, para os criminosos que ofereçam maior perigo à convivência harmoniosa em sociedade.

Infelizmente, pela própria insegurança social causada pelo aumento significativo da criminalidade, a sociedade acaba deturpando o propósito verdadeiro das penas alternativas, acreditando que são sinônimo de impunidade.

Nesse diapasão, podem ser citadas as chamadas "Regras de Tóquio", também conhecidas por "Regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não-privativas de liberdade" que estabelecem um parâmetro mínimo a ser seguido pelos países. Tais regras surgiram em oposição à ideia retributiva da pena, que pune de maneira severa os delinquentes com o escopo de inibir novas práticas criminosas, mas sem qualquer caráter ressocializador.

Os objetivos principais das "Regras de Tóquio" são, entre outros: ofertar garantias mínimas ao condenado; permitir a participação da sociedade na administração na Justiça Penal e no tratamento do preso; estimular entre os condenados um sentimento de responsabilidade perante a sociedade etc.

Entretanto, por mais que esteja claro o caráter benéfico das penas alternativas, não se pode ter a falsa ilusão de que são suficientes para a solução de todas as mazelas do sistema jurídico-penal. Em verdade, uma série de outras medidas, principalmente relacionadas a políticas criminais, devem ser aplicadas conjuntamente para que se obtenha um resultado positivo.

A instabilidade causada pelo fenômeno da "inflação legislativa" gera a criação de novas normas incriminadoras e penalizadoras, exatamente pelo motivo de que a criminalidade é tratada de forma casuística: quando algum crime cometido tem repercussão na sociedade, clama-se por uma nova lei que solucione tal demanda. Portanto, é um obstáculo ao ideal preconizado pelas penas alternativas e toda a sistemática proposta pelo princípio da intervenção mínima.

Em Fortaleza, a Lei Estadual nº 12.862 de 25 de novembro de 1998 criou a Vara de Execução de Penas Alternativas, que promovem a fiscalização das penas restritivas de direitos. O art. 121 da lei supracitada assim dispõe:

Art. 121. Ao Juiz da Vara de Execução de Penas Alternativas compete:

I - promover a execução e fiscalização das penas restritivas de direitos e decidir sobre os respectivos incidentes, inclusive das penas impostas a réus, residentes na Comarca de Fortaleza, que foram processados e julgados em outras unidades judiciárias;

II - cadastrar e credenciar entidades públicas ou com elas conveniar sobre programas comunitários, com vista à aplicação da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade;

III - instituir e supervisionar programas comunitários para os fins previstos no inciso anterior;

IV - fiscalizar o cumprimento das penas de interdição temporárias de direitos e de limitação de fim de semana.

A Secretaria Nacional de Justiça criou a CENAPA – Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, no ano de 2000. Em 2002, a CENAPA constituiu a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas – CONAPA, composta por promotores de justiça, juizes, defensores públicos e outros profissionais especializados na execução das penas alternativas. Vale ressaltar os objetivos centrais na CENAPA: difundir as vantagens da aplicação de penas e medidas alternativas; dar apoio financeiro e institucional aos Estados que tenham iniciativa em criar projetos relacionados ao tema, além de vários outros objetivos voltados à informação e estruturação das penas e medidas alternativas.

O Direito Penal Mínimo reconhece a necessidade da pena de prisão para delitos que representem um risco social concreto e efetivo, mas ainda assim norteia a prisão pelos princípios da brevidade e da excepcionalidade. Além disso, também reconhece que a pena privativa de liberdade deve ter caráter retributivo e educativo, substituindo-a, quando possível, por penas alternativas, nos casos em que o delito praticado não ofende a ordem social e o condenado tem grandes chances de reparar o dano causado de outra forma, como a prestação de serviços à comunidade, por exemplo.

## **5.1 A ressocialização no contexto do direito penal mínimo**

Diante do crescente número de delitos e do conseqüente sentimento de insegurança causado, a sociedade tende a não aceitar a ressocialização do condenado. É o estigma que ele leva, na maioria das vezes, por toda a sua vida, ficando impedido de retornar ao convívio

social. Percebe-se, por conseguinte, que a sociedade em geral não está preparada (pelo menos não atualmente) para receber o egresso.

Emprego, moradia e condições dignas de vida se tornam quase que impossíveis ao indivíduo que sai da prisão. Diante disso, como o Estado deve agir? As soluções expostas no terceiro capítulo da presente pesquisa talvez mostrem algumas diretrizes a serem seguidas (programas de educação e informação, incentivos fiscais a empresas que contratam egressos etc).

Tais medidas de política criminal necessitam, assim como as penas alternativas, de execução. Não basta que existam somente em teoria. Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 132) sabiamente diz:

O conceito de ressocialização deve ser submetido necessariamente a novos debates e a novas definições. É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento, talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado. Esse tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinquente: a prisão não ressocializa. As tentativas de eliminar as penas privativas de liberdade continuam. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão.

Todavia, para os fatos delituosos cuja segregação ainda for a única forma encontrada para se punir, deve-se humanizar a justiça penal e melhorar as instalações que receberão esses presos, dando mais assistência e oferecendo condições mais dignas para se permanecer encarcerado, aumentando os investimentos na estrutura e no pessoal qualificado.

O Ministério da Justiça, através do CONAPA, desenvolve projetos de reintegração social do preso que são colocados em prática com recursos do Fundo Penitenciário Nacional. Alguns deles são:

- a) A reintegração social da mulher presa, internada ou egressa;
- b) O acesso e o reconhecimento dos direitos das pessoas presas, internadas e egressas;
- c) A adesão de novas unidades federativas ao Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário ou a expansão da cobertura nas unidades federativas já qualificadas;
- d) A organização, ampliação e qualificação da oferta de Educação no contexto prisional;
- e) A educação profissional do preso, internado ou egresso e a sua inserção ao mundo do trabalho;

## 6 CONCLUSÃO

Através da pesquisa desenvolvida, observou-se que o Direito Penal Mínimo é uma vertente que se opõe aos extremismos do abolicionismo penal e do direito penal máximo, que prega o movimento intitulado “Lei e Ordem”. Com o Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a efetivação de alguns dos princípios constitucionais considerados relevantes para a correta sanção dos crimes que, de fato, agridem a ordem social. Conforme observado, o postulado norteador é o princípio da intervenção mínima, além de vários outros que são corolários dessa idéia central.

A finalidade da tutela penal mínima não é a impunidade, mas sim evitar a aplicação desnecessária e degradante do direito penal, considerado um dos mais fortes de todo o ordenamento jurídico. Constatou-se que a prisão, hodiernamente, traz sequelas negativas ao egresso, como, por exemplo, a dificuldade de ser reinserido no contexto social, a estigmatização pela qual sofre, além da sua própria corrupção ocorrida dentro da carceragem.

Em oposição à seletividade do sistema penal, o direito penal mínimo propõe a tutela dos delitos mais graves, deixando a cargo de outros ramos do ordenamento jurídico as infrações que pouco ou sequer atingem a ordem jurídica, evitando, dessa maneira, a aplicação de penas de prisão desnecessária.

É de clareza solar que os índices de criminalidade têm estreita relação com a situação prisional no Brasil. Isto ocorre porque da forma caótica como o sistema carcerário se encontra hoje, favorece a impunidade e não ressocializa. O que deveria ocorrer era o incentivo ao trabalho e ao estudo para que o egresso pudesse se sustentar (e a sua família) de forma lícita.

Para mudar a realidade vivida atualmente, o Estado deve investir maciçamente em políticas criminais que objetivem a prevenção da criminalidade. Foram apontadas algumas propostas para tentar solucionar o problema da criminalidade crescente.

Estas medidas vão desde paliativos para a situação dos presos em regime fechado – visando condições mais humanas quando das suas internações para cumprir pena – até uma

reestruturação nas bases desse sistema; modificando-se a forma dos operadores analisarem os processos, bem como, aumentando-se e controlando-se os investimentos públicos a serem feitos nessas unidades prisionais.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO, Felix. Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 573, 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6245>>. Acesso em 14 nov. 2009.

BATISTA, Nilo *et al.* **Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.I.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal – Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 101**. Define a política institucional do Poder Judiciário na Execução das Penas e Medidas Alternativas à Prisão. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9898:resolucao-no-101-de-15-de-dezembro-de-2009&catid=57:resolucoes&Itemid=512](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9898:resolucao-no-101-de-15-de-dezembro-de-2009&catid=57:resolucoes&Itemid=512)>. Acesso em: 14 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o 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: 28 jan. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Institui o Código de Processo Penal. Código de processo 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: 28 jan. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de execução penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 33.045/SE; Habeas Corpus**. Relator: Laurita Vaz. Órgão Julgador: Quinta Turma. Diário da Justiça, 20 mar. 2003, p. 311. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(33045.NUME. OU 33045.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(33045.NUME. OU 33045.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 19 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 77.682/SP; Recurso em Habeas Corpus**. Relator: Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Primeira Turma. Diário da Justiça, 10 ago. 2001, p.

000020. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(80970.NUME. OU 80970.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(80970.NUME. OU 80970.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 19 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.412/SP; Habeas Corpus**. Relator: Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Diário da Justiça, 19 nov. 2004, p. 00037.

Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(84412.NUME. OU 84412.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(84412.NUME. OU 84412.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 19 jan. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 96.671/MG; Habeas Corpus**. Relator: Ellen Gracie. Órgão Julgador: Segunda Turma. Diário da Justiça, 24 abr. 2009, p. 00665. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(96671.NUME. OU 96671.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(96671.NUME. OU 96671.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 19 jan. 2010.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Penas alternativas: uma abordagem prática**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de criminologia**. 3. ed. Curitiba : Juruá, 2003.

FARIAS, Paulo José Leite. **Ordem urbanística e prevenção da criminalidade**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_168/R168-12.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_168/R168-12.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2008.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1975.

FRANCO, Alberto Silva. **Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção**, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, São Paulo, ano 6, fasc. 2, abr./jun. 1996.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade**. Disponível em:

<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1021/1186>>. Acesso em: 26 fev. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo**. Disponível em:

<[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)>. Acesso em: 12 jan. 2010.

\_\_\_\_\_; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, v. II.

\_\_\_\_\_. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003.

MACHADO, Diogo Marques. **Penas alternativas.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1884>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

MARCHI JUNIOR, Antonio de Padova. **Abolicionismo criminal.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/10530/10095>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro.** Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2146>>. Acesso em: 03 mar. 2010.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9878>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722>>. Acesso em: 04 set. 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal – Parte general.** Madrid: Editorial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTANA, Eliseu Augusto Nunes de. **A aplicação do princípio da insignificância no direito penal.** Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20041/Aplica%C3%A7%C3%A3o\\_Princ%C3%ADpio\\_Eliseu%20Augusto.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20041/Aplica%C3%A7%C3%A3o_Princ%C3%ADpio_Eliseu%20Augusto.pdf?sequence=1). Acesso em: 13 jan. 2010.

SILVA, Ivan Luiz da. **Das bases constitucionais do direito penal.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15911/15475>>. Acesso em: 17 dez. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Marcus Valério Guimarães. **A importância das penas alternativas na recuperação do apenado.** Disponível em: <<http://www.nossacasa.net/recomeco/0053.htm>>. Acesso em: 18 set. 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, Luís Guilherme. **Não existe sistema penitenciário, mas um depósito humano**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-mai-15/nao\\_existe\\_sistema\\_penitenciario\\_deposito\\_humano](http://www.conjur.com.br/2006-mai-15/nao_existe_sistema_penitenciario_deposito_humano). Acesso em: 03 jan. 2008.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

\_\_\_\_\_. **El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Barcelona: Ariel, 1964.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em Busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.