



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

KALLYNE MARIA AMBRÓSIO GOMES

POLÍTICA CRIMINAL E A REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE:
UM ESTUDO DE CASO

SOUSA - PB
2007

KALLYNE MARIA AMBRÓSIO GOMES

POLÍTICA CRIMINAL E A REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE:
UM ESTUDO DE CASO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Thiago Marques Vieira.

SOUSA - PB
2007



G633p Gomes, Kallyne Maria Ambrósio.
Política criminal e a redução da criminalidade: um estudo de caso.
/ Kallyne Maria Ambrósio. – Sousa - PB: [s.n], 2007.

70 f.

Orientador: Prof. Esp. Thiago Marques Vieira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Política criminal. 2. Criminalística. 3. Criminalidade - redução. 4. Crimes hediondos. 5. Direito Penal do inimigo. 6. Lei 8.072/90. I. Vieira, Thiago Marques. II. Título.

CDU: 343.98(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Kallyne Maria Ambrósio Gomes

POLÍTICA CRIMINAL E A REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE: UM ESTUDO DE CASO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas Sociais.

Aprovada em: de de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Thiago Marques Vieira – Professor Especialista da UFCG
Professor Orientador

Professor

Professor

Sousa-PB
Junho/ 2007

Aos meus pais, Francisco de Assis Gomes e Lúcia Ambrósio Basílio Gomes, que são a maior expressão de amor e incentivo. Pessoas que nunca mediram esforços para proporcionar a realização dos meus sonhos.
A MEU PAI E À MINHA MÃE, amigos que tanto amo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, Pai de bondade, pela constante proteção ao longo desses cinco anos e por todas as bênçãos realizadas em minha vida, em especial esta - MINHA FORMATURA - que estou a comemorar.

Aos meus pais, por todo o amor e pela preocupação e presença encorajadora nos momentos difíceis.

Agradeço aos meus familiares, em especial, aos meus irmãos, João e Kahlil, e a minha irmã-cunhada, Luciana, por estarem sempre ao meu lado torcendo e vibrando a cada vitória. Aos meus primos, Armando, Daniel e Jéssica, grandes amigos, pela atenção e carinho.

Agradeço a meu namorado, Ewerton, presente de Deus em minha vida, por estar em todos os momentos me fortalecendo com palavras de carinho e amor.

Agradeço ao meu professor orientador, Thiago Marques, por ter realizado uma paciente e brilhante orientação, e às professoras Alba Tânia e Remédios Barbosa, pelos conhecimentos repassados durante todo o curso, pelas palavras amigas e pelo apoio constante.

Agradeço aos meus amigos Carla, Ernany, Mércia, Nívia, Patrícia e Reinaldo, pela linda amizade construída ao longo de nossa vivência acadêmica.

Agradeço às funcionárias do Centro Ciências Jurídicas e Sociais, Núbia e Rocilda, e a minha amiga Marília, pelo carinho e atenção que sempre demonstraram por mim e pela imensa ajuda na confecção deste trabalho.

Agradeço, finalmente, a formação adquirida no Centro Educacional Professora Sabina Gomes de Sousa, que contribuiu decisivamente para que eu pudesse concluir o Curso de Direito.

RESUMO

A criminalidade é um problema constante na vida social moderna. A cada dia, sobressaem de importância nos noticiários e demais meios de comunicação às informações sobre bárbaros delitos, além, é claro, da crescente violência que assola as zonas urbanas. Frente a todo esse caos, avultam os pensamentos que tentam encontrar soluções para a problemática da criminalidade. Filtrando-se essa análise para a função que desempenha o Direito Penal na busca destas soluções, tenta-se constatar se a criação de leis mais severas é medida adequada e eficaz no combate ao crescente número de delitos. Para tanto, toma-se como exemplo a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), se propondo a pesquisa a investigar se tal surtiu os efeitos previstos, qual seja a redução da criminalidade. Empregou-se para a realização deste estudo a pesquisa bibliográfica, baseada em obras de diversos autores, bem como consultas via internet; e o método dedutivo, que parte de uma abordagem geral da pena, para uma análise crítica da Lei dos crimes hediondos, e sua repercussão na reprimenda da criminalidade. A pesquisa averiguou num primeiro momento que a pena, diferente de tempos pretéritos, tem hodiernamente além de um cunho preventivo e retributivo, conotação eminentemente ressocializadora. Tenta ela funcionar como medida de combate ao crime de forma genérica (inibindo a coletividade com a rigidez da pena cominada em abstrato), como de forma especial (tentando inibir no agente infrator a reincidência delituosa). Além da visão de castigo, a pena tem função de reconduzir o delinqüente ao meio social. Baseado na função preventiva, muitas correntes penais enxergam no endurecimento das leis solução viável para o combate a criminalidade, pois a repressão exarcebada inibiria o cometimento de infrações, um dos movimentos mais expressivos nessa esteira de raciocínio é o da Lei e da Ordem. Em contrapartida, há correntes que pregam no sentido oposto, afirmando que o gravame no preceito secundário e normas dispositivas das leis penais e processuais penais não são meios capazes de inibir a criminalidade, inserem-se nesse contexto o Abolicionismo Penal e o Direito Penal Mínimo, estes em graduações diversas da necessidade da incidência do Direito Penal. Por fim, estudou-se o contexto social em que surgiu a Lei nº 8.072/90, e como as novas disposições contidas nesta Lei influenciaram no combate ao crime, percebendo-se que não houve redução dos índices de violência, principalmente quando se trata dos crimes ali previstos, tanto que embasadas em outros pensamentos, como a dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal mudou sua visão sobre a interpretação rígida da lei, vindo tal mudança de pensamento a culminar no advento de uma nova Lei que amenizou a dureza de certas reprimendas. Concluiu-se, desta forma, através do embasamento doutrinário, mas principalmente dos dados estatísticos colacionados ao trabalho, que não é o endurecimento das leis penais que trará solução para o combate a criminalidade.

Palavras chaves: criminalidade - crimes hediondos - pena

RESUMEN

El crimen es un problema constante en la vida social moderna. A cada día, sobrelevam de la importancia en los reporteros y los medias a la información sobre delicts bárbaros, más allá, están excesivamente claramente, de la violencia de aumento que devasta las zonas. Afronte todo el este caos, avultam los pensamientos que intentan encontrar las soluciones para la problemática del crimen. Filtrando esa análisis para la función que desempeña, el Derecho Penal en la busca de estas soluciones, buscarse constatar se la creación de leyes más severas es medida adecuada y eficaz en el combate al creciente numero de delitos. Para de tal manera, una se supera como ejemplo el n° 8.072/90 (ley de la ley de los crímenes hediondos), si en vista de la investigación de investigar si tal él ocasionó el efecto previsto, que es la reducción del crimen. La investigación bibliográfica fue utilizada para la realización de este estudio, basada en composiciones de autores diversos, tan bien como Internet de la sierra de las consultas e el método deductivo, que parte de una abordeje general de la pena, para una análisis crítica de la ley de los crímenes hediondos, y suya repercusión en la reprimiende de la criminalidad. La investigación investigó en un primer momento que la pena, diferente de ultimos épocas, tiene hoy más allá de una matriz del preservativo y del retributivo, eminentemente connotación del ressocializadora Intenta funcionar según lo medido de combate al crimen de la forma genérica (que inhibe el colectivo con la rigidez de la pena amenazó en extracto), en fecha forma especial (intentando inhibir en el infractor del agente la recaída delictual). Más allá de la visión del castigo, la pena tiene función para conducir detrás al delincuente al ambiente social. Basado en la función preventiva, divisan de muchas cadenas del criminal adentro el endurecer de la solución viable de los leyes para el crimen del combate, por lo tanto la represión del exarcebada inhibiría el cometimento de infracciones, uno de los expresivó de los movimientos en esta estera del razonamiento está de la ley y de la orden Por otra parte, tiene cadenas que claven en la dirección de oposición, afirmación que la carga en la regla secundaria y las normas dispositive de criminal los leyes criminales y procesales no son medios capaz para inhibir crimen, se insertan en este contexto el Abolitionism criminal y el derecho penal mínimo, éstos en las graduaciones diversas de la necesidad de la incidencia del derecho penal. Finalmente, el contexto social fue estudiado donde apareció el n° 8.072/90 la ley e como las nuevas disposiciones contenidas en esta ley habían influenciado en el combate al crimen, percibiéndose que no tenía reducción de los índices de la violencia, principalmente cuando uno está sobre los crímenes allí previstos, tanto que basó en otros pensamientos, como la dignidad del humano de la persona, la corte federal suprema cambió su visión en la interpretación rígida de la ley, viene tal cambio del pensamiento para culminar en el advenimiento de una nueva ley que aclaró encima de la dureza de ciertas reprobaciones Fue concluido, de tal manera, a través del sótanq doctrinaire, pero principalmente de los datos los estadísticos compararon al trabajo, eso no es el endurecer de los leyes criminal que el crimen traerá a solución para el combate.

Llaves de las palabras: crimen – crímenes hediondos - pena

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I ABORDAGEM HISTÓRICA, CONCEITUAL, TELEOLÓGICA, PRINCIPIOLÓGICA E CLASSIFICATÓRIA DA PENA.....	10
1.1 Contexto Histórico.....	10
1.2 Conceito de pena.....	12
1.3 Finalidades	13
1.4 Princípios.....	16
1.5 Tipos de pena.....	21
CAPÍTULO II ESTUDO DOS MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS ATINENTES À COMINAÇÃO DA PENA.....	26
2.1 Movimento da Lei e Ordem.....	26
2.1.1 Direito Penal do Inimigo.....	30
2.2 Abolicionismo Penal.....	31
2.3 Direito Penal Mínimo.....	35
CAPÍTULO 3 ANÁLISE SOCIAL E JURÍDICA DA INCIDÊNCIA DOS MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.....	38
3.1 Idéia para a criação da Lei nº 8.072/90.....	38
3.2 Principais reprimendas das Leis dos Crimes Hediondos.....	41
3.3 Efeitos.....	43
3.4 Posição do STF e a recente Lei dos Crimes Hediondos.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	53
ANEXO.....	54

INTRODUÇÃO

Os meios de comunicação de massa não se cansam de divulgar notícias ligadas, de alguma forma, à criminalidade na sociedade brasileira.

As discussões travadas são as mais grotescas possíveis. Todos se intitulam especialistas no assunto. A criminalidade organizada apavora a população em geral com a sua audácia; infrações graves são praticadas à luz do dia; os meios de comunicação estimulam a veiculação de imagens chocantes. A sociedade amedrontada cede diante dos apelos divulgados pelos meios de massa e passa a aderir às teses de maior criminalização e da criação de leis que impossibilitem o retorno do agente ao convívio social, descartando-se quase que totalmente, a possibilidade de sua recuperação.

O presente trabalho tem como objetivo discutir a eficácia dessa política no combate à criminalidade, discutindo a função da Ciência Penal nesse contexto. Para tanto, apresentar-se-á a definição e as finalidades da pena; discutir-se-á os movimentos doutrinários que estudam a intensidade do controle do Direito Penal para amenizar a onda de violência, como também visa analisar, e desenvolver essa discussão, utilizando-se a Lei de crimes hediondos como cenário para tal constatação.

Partindo-se do tema: "Política criminal e redução da criminalidade: um estudo de caso"; e objetivando verificar se a criação de novas penas e o endurecimento das já existentes reduzirá a criminalidade, será apresentado o Direito Penal Mínimo como o real defensor dos bens relevantes à sociedade. Averiguar-se-á ainda, o prejuízo que uma legislação mais severa provoca na ressocialização do presidiário já que, ao provocar a superlotação dos presídios, dificulta a sua recuperação.

Para a realização deste estudo utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, baseada em obras de diversos autores, bem como consultas via internet; e o método dedutivo, que parte de uma visão geral do objeto, que é o estudo das penas, para deter-se em um ponto particular, que é uma abordagem sobre a Lei dos Crimes Hediondos.

No primeiro capítulo será trabalhado o histórico da pena demonstrando a evolução dos castigos cruéis, até o advento das penas humanas e proporcionais ao mal causado.

Estabelecer-se-á o conceito de pena, analisando as suas finalidades e os seus principais princípios norteadores, que em uma escala hierárquica, ocupam o lugar de maior destaque e importância, refletindo, obrigatoriamente, sobre todo o ordenamento jurídico, como também serão apresentados na ótica legal os tipos de penas proibidas e permitidas.

O segundo capítulo tratará dos atuais discursos penais - o abolicionismo, o discurso da Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo - objetivando mostrar a característica dominante em cada corrente e a intensidade das penas para resolver a questão da criminalidade.

O terceiro capítulo deste trabalho enfatizará a Lei dos crimes hediondos, em seguida apresentando suas principais reprimendas e os efeitos provocados por este diploma, e por fim, serão expostos os atuais posicionamentos adotados pelo Superior Tribunal Federal, que numa guinada de pensamento reviu sua posição sobre a rigidez das reprimendas ali expostas.

Ao longo da pesquisa se buscará apontar a predominância do Movimento da Lei e Ordem na elaboração das leis brasileiras, em especial na legislação dos crimes hediondos, e questionar se a tese divulgada por esta corrente realmente provoca os resultados pretendidos.

A proposta deste trabalho será a de tentar apontar e esclarecer os erros de um pensamento voltado para um Direito Penal Máximo, que conduz a uma insuportável situação de inflação legislativa, cujo único resultado é fazer com que cada vez mais o Direito Penal seja desacreditado.

Pretende-se, assim incentivar o processo de conscientização dos legisladores e aplicadores da lei, bem como da comunidade acadêmica, e da sociedade em geral, a respeito da falácia do discurso repressivo, demonstrando que o problema que a sociedade atravessa não poderá, jamais, ser resolvido com a 'arma' do Direito Penal, mas através de uma nova política criminal que proporcione condições de uma vida digna para todos os meios sociais.

CAPÍTULO 1 ABORDAGEM HISTÓRICA, CONCEITUAL, TELEOLÓGICA, PRINCIPIOLÓGICA E CLASSIFICATÓRIA DA PENA

A pena em sua origem apresentava como característica a vingança, uma vez que, os homens retribuíaam as agressões sofridas não existindo leis que se preocupassem com a proporção do castigo e nem mesmo com a justiça.

A partir do movimento do Iluminismo idéias humanizantes foram aderindo ao conceito de pena, buscando a recuperação do delinqüente e pregando a substituição das penas corporais pelas privativas de liberdades, utilizadas, atualmente, por várias legislações.

A Legislação Penal Brasileira apresenta a pena com o caráter de retribuição e prevenção, bem como prega também a ressocialização do condenado. O Código Penal Brasileiro em seu artigo 32 adota três tipos de penas: a) as privativas; b) as restritivas de direito e; c) as multas.

Abordar-se-á neste capítulo a evolução histórica da pena; seu conceito; finalidades; seus principais princípios norteadores; e os tipos de penas.

1.1 Contexto histórico

A primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando Eva instigada pela serpente, comeu do fruto proibido e fez com que Adão também comesse, obtendo como sanção a expulsão do Jardim do Éden.

O homem, a partir do momento que passou a viver em comunidade, também adotou o sistema de aplicação da pena sempre que as regras da sociedade na qual estava inserido eram violadas.

Várias legislações surgiram no decorrer da existência humana, tendo por escopo esclarecer as sanções atribuídas a cada infração ocorrida. São exemplos a lei dos Hebreus, bem como os Códigos de Hamurabi e de Manu.

Assim, em sua origem a pena mais foi que vindita, sendo esta característica mais que compreensível, uma vez que os homens eram dominados por instintos, revidando as agressões

sofridas de forma fatal, não havendo preocupação com a proporção, nem mesmo com a justiça.

Primitivamente pode-se atribuir a idéia de pena ao sentimento de vingança, que surgiu de forma privada e nada mais era que uma forma de defesa, posto não haver Estado constituído, capaz de regular as relações de sociedade.

Porém, essa forma de punição, baseada apenas no sentimento de vingar o mal que lhe fora causado sem a devida proporção, acabou por enfraquecer a sociedade antiga.

No século XVIII, surge o movimento do Iluminismo com novas ideologias do pensamento renascentista do Direito, declarando uma nova reforma e administração penal. Este, com obras preconizadas de idéias liberais e humanizantes, como a do filósofo Marques de Beccaria, que em 1764, escreveu a famosa obra *Dos Delitos e Das Penas*, a qual passou a ver a pena por um fim utilitário, abandonando as fundamentações teleológicas. Este período foi denominado de período humanitário da pena devido as reformas e a nova visão por ele adotadas.

A obra *Dos Delitos e Das Penas*, ressalta a necessidade de fazer leis mais claras, simples e de fácil compreensão, que possam favorecer à igualdade de todos. A partir desta obras as penas desumanas e degradantes do primitivo sistema punitivo, cederam espaço para outras, com senso mais humanitário, cuja finalidade é a recuperação do delinqüente. Desta forma, as penas corporais foram substituídas pelas penas privativas de liberdade, persistindo, atualmente, este objetivo de humanização das penas.

Césare Bonecasa, o Marquês de Beccaria (2002, p. 91), finaliza sua obra ressaltando a necessidade de se buscar a prevenção do crime:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repara-lo pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar os homens o maior bem estar possível e preservá-lo de todos os sofrimentos que se lhe possam causar, segundo os cálculos dos bens e dos males desta vida.

Durante o movimento de reforma penal ocorreu a Revolução Francesa, cujo símbolo foi exatamente a tomada e a destruição de uma penitenciária denominada Bastilha. Sob a influencia deste acontecimento, o Brasil lutou pela sua independência e a conquistou em 07 (sete) de setembro de 1822; já em 1824, foi outorgada a primeira constituição brasileira, cujo texto previa a criação do Código Criminal, tendo como base a justiça e a equidade.

Com a Proclamação da Independência em 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império, regulando a individualização da pena, bem como o julgamento especial para menores de quatorze anos, prevendo ainda a pena de morte.

Na Proclamação da República em 15 (quinze) de novembro de 1889, ocorreu a edição do Código Penal Brasileiro de 1890, sob o decreto nº774/1890. O Novo Código abolia a pena de morte, além de reduzir a 30(trinta) anos, o cumprimento da prisão perpétua. Também instituía a prescrição das penas e estabelecia o desconto, na pena privativa de liberdade. Instalando o regime penitenciário de caráter correccional.

Em 1937, sob a égide do poder autoritário e militar, foi outorgada uma nova Constituição Federal, e as mudanças na área política influenciaram a legislação penal, buscando interagir a finalidade da pena com os direitos e garantias individuais limitados pelo bem público e a segurança do Estado.

Com o Congresso ainda fechado, é publicado, em dezembro de 1940, o Novo Código Penal que teve sua base firmada na pena de prisão (reclusão e detenção), além de multas e as penas acessórias.

É sancionada em julho de 1984, a lei nº 7.209, reformando a parte geral do Código Penal de 1940, procurando criar novas medidas penais para os crimes de pequenas relevâncias. No mesmo período, é também sancionada a lei nº 7210, estabelecendo critérios e direitos na Execução Penal no país, visando a reintegração e ressocialização do presidiário.

1.2 Conceito de pena

A norma jurídica se impõe sob ameaça de sanção, que pode ser reparatória, compensatória ou retributiva. Tendo o Direito Penal a missão ético-social de garantir a segurança jurídica, mediante a proteção mínima dos bens jurídicos essenciais e a prevenção das condutas ofensivas, a sanção penal é um dos mais, senão o mais importante elemento distintivo do Direito Penal.

O Direito Penal utiliza-se de instrumentos jurídicos de coerção penal que podem ser de natureza formal ou material. A coerção formal é a Medida de Segurança fundada na periculosidade do agente. Embora sua conduta não possa ser considerada crime, eis que lhe falta culpabilidade, por ser inimputável, introduz no meio social um dano substancial ao bem

jurídico tutelado, que pode ser repetido se o agente não for devidamente tratado. Já a sanção material é a pena, e se funda na culpabilidade do autor de um fato típico e ilícito. Dar-se-á uma ênfase especial a este tipo de coerção penal, por ser de fundamental importância para o deslinde do Trabalho Monográfico.

Fernando Capez (2003, p. 332), conceitua a pena como sendo:

Sanção Penal de caráter aflagante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva do delinqüente, promover a readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida a coletividade.

(Entende-se como pena a privação total ou parcial de um bem jurídico imposta pelo Estado, por meio da ação penal, em retribuição ao autor de uma infração, cujo escopo é evitar novas violações.)

Embora a pena seja uma consequência natural, imposta pelo Estado, quando alguém pratica uma infração. Deve-se, obrigatoriamente, encontrar limites ao direito de punir, visto que este órgão também atua como garantidor dos direitos do cidadão.

1.3 Finalidade

Ultimamente, muito se tem discutido a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas. De acordo com o artigo 59 do Nosso Código Penal, as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime.

Assim, conforme a Legislação Penal, a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais. As finalidades da pena são explicadas por quatro teorias: Teoria absoluta; Teoria relativa; Teoria mista; e a Teoria da Ressocialização. Abordar-se-á sobre cada uma.

As Teorias Absolutas, também denominadas retributivas, encontram seus maiores expoentes em Kant e Hegel. Tais Teorias defendem a imputação de uma sanção ao sujeito que tenha cometido um ilícito ante o direito, sendo a finalidade da pena a exigência de justiça, a retribuição do mal cometido com outro mal.

A pena seria somente a retaliação, a expiação do mal causado, uma exigência de justiça com fim meramente retributivo. Não existe outro fim senão o sentimento de justiça pelo qual o agente paga por seus atos, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Na lição de Roxin (1997, p. 81-82), a penalidade deve estar vinculada à justiça. Neste sentido, o autor preleciona:

a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor do fato cometido. Se fala aqui de uma teoria absoluta porque para ela o fim da pena é independente; 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da teoria como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda a uma duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.

Percebe-se que, para esta corrente, a pena é tida como uma forma de retribuição do mal injusto. A sociedade por sua vez se satisfaz com sua finalidade, pois esta teoria representa uma espécie de pagamento feito pelo condenado, e o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado ao infrator.

Por outro lado, as Teorias Relativas julgam as finalidades da pena na necessidade social, para conservação do direito e de sua eficiência, através da prevenção do crime. Tem como função servir de instrumento de defesa da sociedade para proteção dos bens jurídicos.

Vislumbra-se na pena seu caráter de prevenção, seja em relação a fatos ainda não praticados ou em relação a fatos consumados. Desta forma, a Teoria Relativa se biparte em : prevenção geral e a prevenção especial.

A prevenção geral apresenta duas espécies: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva. A primeira também é conhecida pela expressão prevenção por intimidação, e objetiva que a pena aplicada ao infrator reflita junto à sociedade, evitando que outras pessoas pratiquem infrações. Já a segunda, prevenção geral positiva, busca infundir na consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, em última análise a integração social.

Portanto, a prevenção geral é a ameaça de um mal contra um ilícito dirigido a todos os destinatários da norma penal. Tem um caráter educativo e age pela ameaça da pena acerca da lesão de bens jurídicos fundamentais. Há, assim, uma ação intimidatória contra todos os indivíduos pré-dispostos a cometer algum delito.

Por seu turno, a prevenção especial, dirige-se ao agente delituoso, afim de impedi-lo de praticar novos crimes, ao mesmo tempo que intimida, promovendo-se com a emenda ou a

segregação do indivíduo. Visa a proteção da sociedade no período estabelecido na cominação legal, além de prever a ressocialização do indivíduo para posterior inserção no convívio social.

Igualmente à prevenção geral, a prevenção especial se subdivide em prevenção especial positiva e prevenção especial negativa. De acordo com a prevenção especial negativa, existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal; neutralização esta que ocorre com a sua segregação no cárcere. É a retirada do convívio que impedirá a prática de novas infrações. Em se tratando da prevenção especial positiva, a pena apresenta, como missão, fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos. Busca-se, através desta espécie, proporcionar uma reflexão sobre o crime e suas conseqüências, inibindo o agente ao cometimento de novas infrações.

Já as teorias mistas encontram na pena ambas as posições, entendendo-se que a pena possui tanto o caráter de retribuição ao mal causado, como o de prevenção. Tal teoria atribui à pena a combinação de três princípios inspiradores: a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial conforme o momento em que estiver sendo analisado: o momento da prevenção legal, o momento da determinação judicial e a fase da execução da pena.

No primeiro estágio, a pena deve ter a função de proteger os bens jurídicos, sendo um instrumento dirigido a coibir delitos. Na segunda fase, a determinação judicial, o juiz deverá individualizar a pena conforme a característica do delito e do autor e, por fim, pretende-se a reinserção social e a reeducação do condenado.

A legislação penal no caput do artigo 59 permite concluir que, no Brasil, foi adotada a Teoria Mista. A parte final do artigo expõe a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo assim com que se unifiquem as duas teorias anteriormente explicadas.

Atualmente, fala-se na teoria da ressocialização, que busca reintegrar na sociedade um indivíduo que era socializado e foi retirada do convívio social, como forma punitiva por alguma atitude anti-social. Tal indivíduo, após sofrer a sanção prevista, deverá retornar ao convívio social de uma forma reeducada para não voltar a praticar delitos.

O artigo 1º da Lei de Execução Penal afirma o caráter ressocializador da pena, dizendo que “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”.

Em suma, esta teoria acredita que para a pena realizar suas funções é necessário: a) a detenção penal servir de meio de transformação do comportamento do indivíduo; b) proporcionar o isolamento dos detentos de acordo com a gravidade penal, mas principalmente

segundo a sua idade e suas disposições; c) permitir que a individualização dos detentos ocorra segundo os resultados obtidos, seus progressos e recaída ao longo do cumprimento da pena; d) o trabalho ser obrigatório e atuar como verdadeiro meio de transformação e de socialização progressiva do detento; e) oferecer educação; f) o regime de prisão ser pelo menos em parte, controlado e assumido por pessoal especializado; e g) o encarceramento ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento.

Para esta corrente, a pena não é mais entendida com expiação ou retribuição da culpa, mas sim como instrumento de ressocialização do condenado, determinando que o mesmo seja submetido a tratamento após estudo de sua personalidade.

Críticas existem em relação a esta teoria, visto que ela defende a ressocialização e reeducação de quem sequer foi socializado e educado. Quase sempre se trata de pessoas que foram literalmente excluídas da sociedade, não quando encarceradas, mas sim em todo o trajeto de suas vidas, sem terem condições de desenvolver a real consciência das conseqüências nefastas de seus atos, para si e para a sociedade em geral.

O homem, enquanto ser social, entrega ao Estado a responsabilidade de prevenir a prática de delitos e promover a reinserção social do condenado. Mas as teorias voltadas para finalidade da pena mostraram, ao longo dos anos, que somente o Estado não é capaz de resolver o problema da marginalidade. É necessária uma consciência de que, se há aumento de violência, também deve estar ocorrendo aumento da exclusão social.

1.4 Princípios

Os princípios exercem a primazia sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de garantia a todos os cidadãos, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, contra o ataque do Estado. Todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem consideradas inválidas.

Segundo Ruy Samuel Espínola (2002, p. 53):

pode-se concluir a idéia de princípios ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos, ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Destarte, sejam os princípios expressos ou implícitos, positivados ou não, entende-se, contemporaneamente, o seu caráter normativo como norma com alto nível de generalidade e informadoras de todo o ordenamento jurídico com capacidade, inclusive, de verificar a validade das normas que lhe devem obediência.

Os principais princípios norteadores da pena são: legalidade, anterioridade, personalidade, individualidade, inderrogabilidade, proporcionalidade e humanidade.

O princípio da legalidade nasceu do anseio de firmar na sociedade humanas regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem proteger os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível por parte dos governantes.

O mesmo está disposto no artigo 5º, incisos XXXIX, da Constituição Federal e dispõe: “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal”. Inquestionavelmente, é o mais importante princípio embasador do Direito Penal.

É importante destacar as quatro funções fundamentais do princípio da legalidade: proibir a retroatividade da lei; proibir a criação de crimes e penas pelo costume; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Diante do exposto, percebe-se que o crime deve estar previsto em lei vigente, não se admitindo que seja cominada em regulamento ou ato normativo infracional.

O princípio da anterioridade, por sua vez, reza, segundo Código Penal, que “não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal”. Para que haja crime e seja imposta pena é preciso que o fato tenha sido cometido depois da lei entrar em vigor.

O artigo 5º, XLV, aborda o princípio da personalidade:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O eminente doutrinador Zaffaroni (1996, p.138) ensina que:

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou participe do delito. A pena é uma medida pessoal de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado.

É incontestável que nenhuma pena poderá ultrapassar a pessoa do condenado, sendo proibida que a pena seja aplicada ou cumprida para quem não praticou a infração penal.

O princípio da individualização da pena está previsto no artigo 5º, XLVI, que institui que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, privação ou restrição de liberdade; perdas de bens; multas; prestação social alternativa; e suspensão ou interdição de direitos.

Na aplicação deste princípio, observar-se-á a presença de três fases diferentes na incidência da pena: 1) a fase da cominação; 2) a fase da aplicação; 3) fase da execução. Na fase da cominação, o legislador é responsável, devendo valorar os bens, com o objetivo de fixar a importância que cada um merece. Após a determinação de valores dos bens, o legislador começa a individualizar a pena.

É por meio desta fase que ele penaliza cada infração penal, indicando a pena mínima e a máxima correspondente, buscando, com isso, proteger o bem jurídico previsto no tipo penal incriminador.

A segunda fase corresponde à aplicação da pena. Para que o juiz possa, com precisão, individualizar a pena do agente que cometeu a infração penal, deverá observar o critério trifásico disposto no artigo 68 do Código Penal, que estabelece que “a pena-base será fixada atendendo ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por ultimo, as causas de diminuição e de aumento”.

Inicialmente, será analisado pelo juiz, isoladamente, as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, buscando-se determinar a pena base. A individualização da pena, neste momento, dar-se-á pela observação de cada quesito judicial, que servirá de fundamentos para que o magistrado possa fixar a pena base, sob pena de macular o ato decisório.

Num segundo momento, o julgador observará as circunstâncias das agravantes e atenuantes, procurando àquelas que se adaptam melhor à figura do sentenciado. Finalmente,

deverá ser aferida a existência das minorantes e das agravantes que se encontram presentes, tanto na parte geral, como na legislação penal. Caso seja condenado, ao autor da infração, será aplicada a pena entendida como necessária, iniciando, assim a individualização da pena .

Os artigos 5º e 6º da Lei de Execução Penal dispõem:

Art. 5º - Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º - A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Conforme o exposto, percebe-se que o legislador brasileiro consagrou o princípio da individualização da pena na Lei de Execução Penal ao determinar a classificação do condenado de acordo com os seus antecedentes e sua personalidade, como também ao estabelecer a criação de uma comissão para aferir a sua possível ressocialização.

José Antônio Paganella Boschi (2002, p. 70), afirma:

a individualização da pena na fase da execução é, no Brasil, ainda uma garantia vaga, indefinida, etérea, que permite afirmar que a reclusão e a detenção não ressocializam, porque não há ressocialização sem tratamento e sem que o condenado esteja determinado a se ressocializar.

Contudo, por mais que as críticas se apresentem indiscutíveis, o princípio da individualização da pena impõe a modificação do sistema.

No princípio da inderrogabilidade, salvo exceções legais, a pena não pode deixar de ser aplicada sob nenhum fundamento. Em outras palavras, a pena, inexoravelmente, deve ser imposta ao infrator, exceto se dispositivo legal possibilitar a sua não-aplicação.

Desde o século XVII, existem discussões sobre a proporcionalidade da pena, porque penas desproporcionais trazem a sensação de injustiça. Contudo, um dos maiores desafios que o direito penal apresenta é, justamente, descobrir a pena proporcional à gravidade do delito.

Dois momentos são obrigatórios para a aferição da proporcionalidade das penas. O primeiro deles consiste nessas penas cominadas em abstrato, e o seguinte relata a exigência da sanção ser proporcional à gravidade do mal praticado pelo agente com a prática da infração penal.

O raciocínio da proporcionalidade não é dos mais fáceis, pois que não se pode mensurar exatamente quanto vale a vida e a integridade física. Mas, necessário se faz que a pena seja a mais equivalente possível.

Os responsáveis pelo raciocínio da proporcionalidade são, inicialmente, o legislador e, depois, o juiz. Esperanza Vaello Esquerdo (2002, p. 43) esclarece que o princípio ora analisado trata-se

de um princípio que tem duplo destinatário, pois vai dirigido tanto ao legislador como ao juiz. O primeiro no sentido de exigir-lhe que ao elaborar as leis, estabeleça penas proporcionais em abstrato, a gravidade do delito, e ao segundo para que no momento de aplicá-la imponha sanções acomodadas a concreta gravidade do delito executado, fazendo uso da margem de discricionariedade que dispõe.

Destarte, cada bem jurídico tem seu valor e caberá ao julgador, no decorrer do processo de individualização da pena, encontrar a proporcionalidade da pena com o mal praticado.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, preceitua que não haverá pena de morte, salvo em caso de a) guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Cobo del Rosal e Vives Antón (1999 p. 100), dissertando sobre o princípio da humanidade das penas, esclarecem:

A qualidade das penas como desumanas ou degradantes depende da execução da pena e das modalidades que esta se reveste, de modo que por sua própria natureza a pena não ocasione sofrimentos de uma especial intensidade (penas desumanas) ou provoquem uma humilhação ou sensação de aviltamento.

A partir do século XVII, ocorreram transformações no que diz respeito às qualidades das penas. Começa a haver transição das penas aflitivas, corporais, para as privativas de liberdade. O princípio da humanização destaca que o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e a quantidade da pena.

1.5 Tipos de pena

Pode-se afirmar que há duas categorias de penas: as proibidas e as adotadas. As primeiras encontram-se fundamentadas na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XLVII, *in verbis*:

Não haverá penas:

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

A pena de morte foi abolida por completo com o protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Neste protocolo, foi reconhecido o direito à vida e à restrição da pena de morte. Destacou-se também que as conseqüências que tal pena produz são irreparáveis, impossibilitando sanar o erro judicial ou qualquer chance de reabilitação do processado.

É notório que a pena de morte contraria o princípio da dignidade humana, só podendo ser aplicada no Brasil em caso de guerra declarada.

A regra é o homem viver em liberdade, sendo a prisão a sua exceção. Como já apontado anteriormente, a pena aplicada a quem comete um crime deve retribuir o mal praticado, mas também serve de esperança para um futuro regresso do condenado ressocializado à sociedade, não se justificando o caráter perpétuo das penas.

José Antônio Paganella Boshi (2002, p.152) comenta:

A proibição de imposição de penas de caráter perpétuo, até o fim dos dias, guarda correspondência com a idéia de que a pena além da função retributiva, deve instrumento de reconstrução moral do indivíduo, de modo a despertar o desejo de reinserção na sociedade livre.

As penas de caráter perpétuo são uma ameaça ao princípio da dignidade humana. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 75, estabelece um limite de trinta anos, como tempo máximo para o cumprimento da pena. Mesmo se o cálculo da pena for superior à trinta anos, o preso só pagará o tempo fixado em lei.

A Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho determina o significado da expressão “trabalho forçado”, em seu artigo 2º, dispondo:

Artigo 2º. Para fins da presente Convenção o termo ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer castigo e para o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido de livre vontade.

A proibição das penas de trabalho forçado veda a cominação e a aplicação de pena que degrada a pessoa do condenado, como exemplo, forçá-lo a trabalhar recebendo chicoteadas.

É importante perceber que está proibido que os presos executem trabalhos humilhantes, não querendo dizer que o preso não está obrigado a trabalhar. Deve sim o preso trabalhar, mas desenvolvendo atividades, de acordo com as suas aptidões físicas e mentais. A labora dará ao condenado o direito à remição de pena, ou seja, para três dias de trabalho, um de pena remida.

A pena de banimento era utilizada para livrar-se das pessoas que eram tidas como revolucionárias, uma vez que pensavam de forma diferente. Rogério Greco, em sua obra “Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal” (2006), ensina a respeito da proibição da pena de banimento, esclarecendo que esta proibição busca preservar o direito à diferença, garantir a liberdade de manifestação de pensamento, bem como impedir que alguém tenha seu direito tolhido por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica.

Encerrando a categoria das penas proibidas, têm-se as penas cruéis. Elas são assim chamadas devido ao sofrimento que submetam os condenados. Como exemplos podem-se citar: as mutilações, o tempo de agonia nas fogueiras, dentre outras suplicantes.

Cesare Beccaria (2002, p. 87), com sabedoria, critica o sistema de penas cruéis, ao expor:

Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como conseqüência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido a esperança da impunidade, pois, os males, mesmo os menores, quando certo, surpreende os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que frequentemente tudo supre em nos, afasta a idéia de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força. A própria atrocidade da pena faz com que tentamos evita-la com audácia tanto maior quanto maior é o mal e leva a cometer mais delitos para escapar à pena de um só.

A Constituição Federal proíbe, por meio de clausula pétrea, o uso de penas cruéis; mas atualmente, a forma de execução com que as penas privativas de liberdade se apresentam pode ser considerada como cruéis, visto que tais penas submetem o condenado a habitar celas com condições mínimas de higiene, sem privacidade, dormindo em pé, como se fossem animais.

As penas adotadas correspondem à segunda categoria a ser analisada. Conforme o artigo 32 do Código Penal, as penas podem ser: a) privativas de liberdade; b) as restritivas de liberdades; c) as multas.

A pena privativa de liberdade vem descrita no preceito segundo de cada tipo incriminador, ajudando na sua individualização, que servirá para a aferição da proporcionalidade entre o crime cometido e o bem jurídico por ele protegido.

Elas podem ser de dois tipos: reclusão e detenção. Sendo importante destacar que a diferença entre as duas não se apresenta só quanto à espécie de regime, como também em relação ao estabelecimento penal de execução, à seqüência da execução no concurso material, à incapacidade para o exercício do poder familiar, à medida de segurança, à fiança e a prisão preventiva.

As penas restritivas de direitos são espécies de penas alternativas. Em regra, essas penas são imposta na sentença condenatória. Com exceção do artigo 180 da Lei de Execuções Penais, em que se verifique a presença de certos requisitos, haverá permissão que na fase de execução da pena privativa de liberdade, haja a substituição pela restritiva de direitos.

Em 1984, o Código Penal apresentava quatro penas alternativas; 1) multa; 2) prestação de serviço a comunidade; 3) limitação de fim de semana; e 4) interdições temporárias de direito, desdobrando-se em proibição do exercício de cargo, função, profissão e suspensão de autorização para dirigir.

A lei 9.174/98 alterou a Código Penal e passou a prever como pena alternativa: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviço a comunidade ou a entidades públicas; d) proibição do exercício de profissão, atividade, ou ofício, licença, ou autorização do poder público; f) suspensão de autorização para dirigir veículos; g) proibição

para freqüentar determinados lugares; h) limitação de fim de semana; i) multa; e j) prestação inominada.

As penas restritivas de direitos, conforme o artigo 44 do Código Penal, são autônomas e substituem as privativas de liberdades quando:

Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente;

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.

Os critérios apontados para cominação da pena de multa no Código Penal é o sistema do dia-multa, que leva em conta o rendimento do condenado durante um mês, ou um ano, dividindo o montante por 30 ou 365 dias; o resultado equivale ao dia-multa. A multa será fixada pelo juiz, variando de, no mínimo 10 dias-multas a, no máximo, 365 dias-multas.

A partir da lei 9268/96, que regulou o artigo 51 do Código Penal, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da fazenda Pública. A sua execução não se procederá mais nos termos do artigo 164 e seguintes da Lei de Execução Penal, devendo ser promovida pela Fazenda Pública, passando a ter caráter extra-penal.

CAPÍTULO 2 ESTUDO DOS MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS ATINENTES À COMINAÇÃO DAS PENAS

A criminalidade é hoje uma das maiores preocupações da sociedade. O crescente número de crimes bárbaros no Brasil causa medo na população que passa a cobrar soluções para o problema.

Como já demonstrado, a pena apresenta como finalidade a retribuição do crime e a ressocialização do delinqüente. No entendimento da sociedade e, atualmente, da mídia, que muitos debates têm iniciado sobre a problemática da criminalidade, seria a pena a arma mais eficaz para solucionar o caos.

Entre os vários movimentos que a doutrina apresenta, abordar-se-ão três destes movimentos ideológicos que defendem níveis de intensidade diferentes para que a pena resolva a criminalidade. Os movimentos são: Lei e Ordem; Abolicionismo Penal e o Direito Penal Mínimo.

Ressocializar ou punir? Continua sendo o maior enigma para a sociedade que vive do medo.

2.1 Movimento da Lei e da Ordem

O Movimento da Lei e da Ordem preconiza um maior número de leis incriminadoras, com o escopo de reduzir a criminalidade e intensificar a utilização do sistema penal.

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do Movimento da Lei e da Ordem. Jornalistas, repórteres, dentre outros profissionais da área, incutem na sociedade a idéia de que, mediante o agravamento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos que apresentam comportamento desviado e que põem em risco a ordem e o bem-estar social.

Nos Estados Unidos, o marketing de que a diminuição da criminalidade urbana em Nova York foi consequência da política da Tolerância Zero, é bastante debatida pela crítica que afirma que não é enviando para prisão mendigos que a macro-criminalidade vai ser contida.

O prefeito de Nova York, Rudolph Guiliani, aproveitando-se de sua gloriosa campanha eleitoral, ao assumir o cargo executivo municipal, deu início ao Plano "Tolerância Zero". Nas precisas lições de Lóic Wacquant (1999, p. 26),

Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para reorganização do trabalho policial empreendida por Willian Bratton, responsável pela segurança do metrô de Nova York, promovido a chefe de polícia municipal. O objetivo dessa reorganização; refrear o medo das classes médias e superiores - as que votam - por meio das perseguições permanentes dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviária e metrô etc.). Usou para isso três meios: aumentou em 10 vezes o número do efetivo e equipamento das brigadas, restituições das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigações de resultados, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo de carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase imediata das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre os delitos menores tais como a embreaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e autos compartilhados anti-tetos, segundo a terminologia do kelling.

Afirmam os críticos que o objetivo desta política é limpar as ruas dos destroços humanos para que a alta sociedade não seja perturbada com a presença da grande massa de marginalizados e pobres que desponta.

Dados comprovam que a criminalidade diminuiu em Nova York, mas também decresceu em todo o país, uma vez que não é fruto da mágica política nova-iorquina, mas sim do complexo avanço social e econômico daquele país. É fato que os Estados Unidos têm vivido nas últimas décadas uma eufórica evolução econômica, com aumento da qualidade de vida e substancial decréscimo dos índices de desemprego. Nisto está a resposta para a diminuição da criminalidade: crescimento econômico, sucesso no combate do desemprego e política educacional eficiente.

O Movimento da Lei e da Ordem busca que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância, cabendo unicamente ao legislador transformar um comportamento anti-social em infração penal.

Nesta ótica, surge o Direito Penal como instrumento de educação da sociedade, ocasionando, desta forma, que comportamentos irrelevantes passem a sofrer as severas reprimendas deste galho da árvore do ordenamento jurídico.

Conforme aduz Cláudio do Prado Amaral (2003, p.631)

Usa-se indevidamente o direito Penal no ledó engano de estar dando retorno adequado a toda criminalidade moderna, mas que na realidade não faz mais que dar revide a reação meramente simbólica, cujos instrumentos utilizados não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade.

Para os defensores do Direito Penal Máximo, as penas alternativas estimulam o cometimento de novos delitos, uma vez que evitam o desnecessário encarceramento do agente que praticou uma infração penal. Em suma, este movimento preocupa-se com todo e qualquer bem, não importando o valor. Agindo, desta forma, as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam devem ser reprimidas.

Para os que negam o discurso do Movimento da Lei e da Ordem, reduzir a criminalidade, por meio de política de um Direito Penal Máximo, é mascarar a crise do Sistema Penal e reforçar a violência. Já dizia Beccaria (2002, p. 24):

Não é a crueldade das penas um dos mais grandes freios dos delitos, senão a infalibilidade delas... a certeza do castigo, ainda que moderado, causará sempre maior impressão que o temor de outro castigo mais terrível mas que aparece unido a esperança da impunidade.

Os opositores defendem que a prevenção eficaz do crime não deve se limitar ao aperfeiçoamento das estratégias e mecanismo de controle social. Mais leis, mais penas, mais policiais, mais juizes, mais prisões, significam mais presos, porém não necessariamente menos delitos. A eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, mas sim da melhor integração ou sincronização deste controle com o informal.

O Movimento da Lei e da Ordem é adotado pela Constituição Federal de 1988, conforme se consta pela leitura dos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º, em temas de pena, graça, anistia, prescritibilidade e afiancibilidade. O quadro se agrava quando na edição das legislações infraconstitucionais, a qual objetiva responder à situações excepcionais que causam comoção pública. São exemplos a lei Maria da Penha que foi editada visando combater a violência contra a mulher, apresentando penas mais severas para inibir os agressores, bem como a lei de tráfico que tornou mais rigorosa as sanções para os traficantes.

Como resultados dos veementes discursos predominam a adoção da Política Criminal radical, do endurecimento das penas, do corte de direitos e garantias constitucionais, do agravamento da execução e da tipificação inflacionaria de novas condutas desviantes.

Esquecendo que a pena privativa de liberdade objetiva a recuperação do infrator e não somente mantê-lo à margem da sociedade, afastando-o do convívio social.

A crítica diz que a ideologia da Lei e da ordem, não extirpa o crime e nem garante uma ordem social justa, mas produz efeitos contrários ao da ressocialização, objetivado com as intervenções penais, uma vez que estigmatizam àqueles que lhe são submetidos e contribuem para a consolidação das carreiras criminais.

Afirma-se, ainda, que a idéia de que a repressão total vai sanar o problema é ideológica e mistificadora. Expõe, também, que se sacrificam direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência.

Para os críticos não é necessário maior esforço para ver o claro exemplo de fracasso, que é o próprio modelo brasileiro. Basta questionar: com o advento da lei de crimes hediondos houve a diminuição da prática dos delitos ali enumerados? A política de aumentar as penas e endurecer o regime de cumprimento diminuiu as taxas de criminalidade urbana? Estatísticas que serão mostradas no deslinde do Trabalho Científico responderam a estes questionamentos.

Observa-se que a função de Prevenção Geral desempenhada pela norma penal é mínima ou inexistente. Tanto é assim, que no Brasil aumenta a cada dia o número de delitos de latrocínio e o tráfico de entorpecentes cresce de forma alarmante.

Rogério Greco, em sua obra “Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito Penal” (2006, p. 22), conclui:

Enfim, o falacioso discurso do Movimento Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio social, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos delitos, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo, tão-somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que cada dia mais ocorra um abismo econômico entre as classes sócias, aumentando, assim o nível de descontentamento e revolta da população mais carente, agravando, conseqüentemente, o número de infrações penais aparentes, que, a seu turno, causam desconforto a comunidade que, por sua vez, começa a clamar por justiça. O círculo vicioso não tem fim.

O Estado brasileiro, por ação ou omissão, torna-se co-responsável pelas gravíssimas disfunções sociais, comprovadas pelo desinteresse estatal em evitar episódios como o do Carandiru, Candelária, Vigário Geral, os conflitos envolvendo os “sem terra” e os crimes de colarinho branco. E por mais que se demonstre que o sistema penal é incapaz de cumprir suas

finalidades: prevenção e ressocialização, a voz daqueles que clamam por um maior número de condutas criminalizadas, pelo aumento das penas, pelo endurecimento das regras de execução penal, pela implementação do movimento de Lei e da Ordem, têm cada vez mais ressonância na sociedade.

Estudos revelam que o problema se encontra nas questões estruturais (econômicos, sociais e políticos) e fundamentam a existência de uma desigualdade na atuação do Sistema Penal, que opera à margem da legalidade, ao incriminar uma infinidade de condutas, sobrecarregando os órgãos incumbidos da repressão criminal, a despeito de tais agências disporem de uma capacidade operativa muito inferior a magnitude da demanda, sem contar com os crimes que diariamente, são praticados e que passam ao largo do conhecimento e atuação do Direito Penal.

2.1.1 Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do Inimigo corresponde a uma espécie do Movimento da Lei e da Ordem. Gunter Jakobs, fundador desta corrente, traçou distinções entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, para melhor defender sua tese.

O que caracterizaria esta espécie seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, uma vez que não estaria diante de cidadão, mas sim de adversários do Estado.

Para os adeptos deste movimento, todo aquele que afrontar as regras do Estado, que colocarem em risco a Ordem Jurídica, como na prática terrorista, ser-lhe-iam aplicado um conjunto de normas penais, postergando os direitos fundamentais. O que para eles denota que o inimigo do Estado deveria ser condenado, sumariamente, sem contraditório, ampla defesa, devido processo legal, ou quaisquer outros preceitos ínsitos à dignidade da pessoa humana. Aliás, os defensores dessa vertente, chegaram a afirmar que os inimigos do Estado não merecem a incidência dos direitos e garantias fundamentais, pois não são seres humanos.

Segundo Jakobs (2003, p. 40-41),

Um individuo 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 normas, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como a luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma e quem perde há de submeter-se a essa determinação.

A crítica nega que em uma sociedade composta por cidadãos e por inimigo, estes últimos devam receber tratamento diferenciado, como se houvesse um estado de guerra. Ressaltam, ainda, que até mesmo o assassino mais vil tem o direito de, ao ser preso, ver assegurados os seus direitos e garantias fundamentais.

Rogério Greco (2006, p. 29) afirma:

O que não se pode é desistir do homem, sob o falso argumento de ser incorrigível, de possuir um defeito de caráter, o que o impede de agir conforme os demais cidadãos. Tanto o projeto criado durante o regime absurdo do nacional-socialismo como o que agora se discute como os das frentes mais radicais do direito Penal Máximo, ou seja, O Direito Penal do Inimigo devem ser repudiados pela sociedade.

O Brasil sentiu o sabor do Direito Penal do Inimigo, com o crime bárbaro praticado contra Jean Charles de Menezes, confundido como terrorista e morto, pela polícia inglesa, por trajar-se de forma aparente a um árabe não tendo sequer o direito a identificação pessoal e nem ao respeito dos seus direitos de cidadão.

2.2 Abolicionismo Penal

Se o Movimento da Lei e da Ordem prega um discurso de Direito Penal Máximo, fazendo a sociedade acreditar ser esta a solução de todos os males que a afligem, surge em contrapartida o Movimento Abolicionismo, prevendo que a abolição da pena seja praticada em favor de uma orientação pedagógica e informal ao criminoso.

Para os teóricos desta linha a história passada e presente demonstram que os instrumentos estatais de controle de condutas e proteção de bens jurídicos, têm-se revelado ineficazes no combate ao crime. Nascendo com esta constatação um discurso em favor do Abolicionismo Penal.

O Movimento Abolicionista encontra sua origem na figura de Filipo Gramática, ao final da Segunda Guerra Mundial. Assim confirma Antônio Marchi Júnior (2007):

À fase tecnicista sucedeu, logo após a terminação da segunda mundial, uma forte reação humanista e humanitária. O Direito Penal retomava seu leito original, no caminho que vem trilhando desde Beccaria. Não surgiu propriamente uma escola penal, mas um movimento, sumamente criativo, que vem influenciando de modo intenso na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX. Foi seu idealizador e professor Filipo Gramática, que fundou em Genova, em 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social. Gramática adotava uma posição radical. Para ele a defesa social consistia na ação do Estado destinada a garantir ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do Direito Penal e de seus sistemas penitenciários vigentes.

O argumento utilizado pelos defensores do Abolicionismo Penal visa mostrar que na sociedade já se prescindiu do sistema penal no modelo atualmente configurado. Lembrem que um número cada vez maior de pessoas procuram encontrar soluções pacíficas para os litígios, através de mecanismo de conciliação e de caráter compensatório, sem recorrerem à máquina punitiva do Sistema Penal do Estado.

Os autores adeptos desta doutrina relatam que começaram a raciocinar de acordo com a tese Abolicionista tendo em vista a crueldade do Direito Penal; a sua natureza seletiva; a incapacidade de cumprir as funções atribuídas às penas; as características extremamente estigmatizantes; a cifra negra que traduzem uma infinidade de delitos que não entram sequer no sistema penal, ficando os seus intervenientes sem qualquer tutela penal; a seleção do que deve ou não ser considerado uma infração penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio de outros ramos do ordenamento jurídico seus conflitos interindividuais.

A Doutrina Abolicionista apresenta uma crítica aos problemas criminais, estando o cerne do seu discurso centrado na ineficiência do Sistema Penal, buscando uma humanização em vista da redução da violência penal.

Os abolicionistas do Direito Penal, almejam, primeiramente, estreitar, ao máximo, o Direito Penal até que se chegue ao marco zero da violência estatal.

Conforme destacado por Rogério Greco,

A crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob a ameaça de sanção, questionando os critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminados, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, pois que, como é conhecimento de todos, a "clientela" do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados ao segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força de contenção de massas, em benefício de

outra classe, considerada superior, que necessita desse muro divisório para que tenha paz e tranqüilidade, a fim de que possa produzir e fazer prosperar a nação.

Porém, a crítica abolicionista é mais extensa, pois seus idealizadores apesar de conhecerem a clientela do Direito Penal, conforme exposto por Rogério Greco, ressaltam, ainda, a cifra negra, que corresponde as infrações penais que não chegam ao conhecimento dos órgãos formais de repressão. Neste diapasão, asseveram Hassemer e Munoz Conde que (2001, p.148):

Nem todos os delitos cometidos chegam a ser conhecidos, nem todos os delitos conhecidos chegam a ser denunciados, nem todos os denunciados chegam a ser esclarecidos, nem todos os delitos esclarecidos chegam a ser condenados.

Outros argumentam, ainda, que nos casos em que o Estado executa seu *ius puniendi*, a finalidade de repressão e prevenção do delito inerente à pena, não é verdadeiramente posta em prática. Destacam, também, que as condutas penais tipificadas poderiam ser orientadas pelos demais ramos do ordenamento jurídico, excluindo o Direito Penal de sua apreciação. Pois, de acordo com a corrente penal abolicionista, agindo, desta forma, a dignidade da pessoa humana não se submeteria a estigmatizante condenação penal. Em suma, a prisão, para os abolicionistas, é um instrumento completamente irracional, que não pode ser aplicado sem ofensa à dignidade do ser humano.

Contudo, para os que negam o Movimento Abolicionista, este se mostra utópico, pois afirmam que existem determinadas situações para as quais não se imaginam alternativas a não ser a aplicação do Direito Penal. Exemplificam com a impossibilidade de solucionar um crime de homicídio ou latrocínio por meio do Direito Administrativo, pois entendem como casos graves que exigem respostas imediatas e intensas.

Prelecionam Winfried Hassemer e Francisco Munoz Conde, na obra “Intuduccion a la criminologia” (2001, p 362):

As propostas Abolicionistas radicais soam nos momento atuais, pelo menos com respeito aos delitos mais graves e preocupantes da sociedade, como musica celestial, e na melhor das hipóteses, parecem utópicas. Sem embargo, não se deve menosprezar sua importância como crítica aos sistemas de reação à criminalidade de caráter punitivo atualmente existentes e como movimento para sua revisão e reforma. Sem dúvida seria melhor que os conflitos sociais se solucionassem de forma dialogada através de negociações entre os implicados, livres de toda ingerência ou coação externa, ou que as normas que regulam a convivência fossem

respeitados por todos voluntariamente sem necessidade de se recorrer à sanção em caso de sua infringência. Mas isso não parece possível em uma sociedade na qual a convivência em si mesma é conflitiva, e a única forma de solução do conflito é a imposição de sanções àqueles que infringem a normas.

Também, neste sentido, aduz Edmundo Oliveira (2002, p.85):

Abolir as prisões: será essa lógica possível?

Em nível institucional não vemos como esse fenômeno possa ser concretizado, sobretudo na América Latina, onde as estruturas do poder executivo e do poder judiciário não propiciam condições plausíveis para adoção de experiências abolicionista. Advogar a abolição instituição carcerária pode ser um nobre desejo, mas utópico.

Além desses aspectos, por maiores que sejam as contradições que a pena privativa de liberdade encerre; por mais negativas que sejam seus custos sociais, nenhum país tem procurado o caminho de aboli-las do arsenal punitivo, especialmente porque ainda prevalece a crença, no seio da coletividade, de que a prisão representa melhor resposta para as inquietações engendradas pelos comportamentos delinquentes.

Nesta concepção, os críticos declaram que o Direito Penal, no estágio atual, ainda se revela de grande valor, porque existem casos em que os demais ramos do ordenamento jurídico mostram-se ineficientes para solucionar. Asseveram que infelizmente, como já colocado, não existe outro meio capaz de impedir as praticas de comportamentos graves causadores, muitas vezes, de danos irreparáveis à sociedade.

A legislação penal brasileira não adota totalmente o abolicionismo, mas apenas algumas de suas condutas, a exemplo da *abolitio criminis*, uma modalidade do Movimento Abolicionista, empregado nos crimes tipificados nos artigos 217, 220 e 240 do Código Penal, que correspondem respectivamente aos delitos de sedução, rapto consensual e adultério. Estes foram descriminalizados, não estando mais sobre a proteção do Direito Penal. Percebe-se que a sociedade brasileira, por mais que classifique estas condutas desviadas como anti-sociais, achava desnecessário levar tais problemas para a apreciação do sistema penal, adotando outros métodos de solução.

2.3 Direito Penal Mínimo

Se, por um lado, a tese abolicionista preceitua que o crime não tem realidade sociológica e os conflitos sociais que realmente existem só podem ser solucionadas com a participação efetiva dos sujeitos envolvidos, por outro, ressurgiu o discurso de controle social da pena, onde o Direito Penal somente tem legitimidade para atuar nos casos de grave lesão a bens jurídicos fundamentais para as relações sociais.

Na visão dos minimalistas, considera-se como tarefa imediata do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos, executada por meio de seu caráter subsidiário e fragmentar. Ou seja, somente se justifica a proteção penal quando os outros ramos do direito forem insuficientes (subsidiariedade) e atuando exclusivamente quando a lesão ao bem jurídico apresentar gravidade, não formando, portanto, um sistema fechado de condutas (fragmentariedade).

Desse caráter limitador da proteção legal, deduz-se o princípio da intervenção mínima, que juntamente com o garantismo, sugere um Direito Penal Moderno, constituído a partir de um discurso garantista, caracterizando o Direito Penal da Escola Clássica, como um instrumento do indivíduo contra o Estado.

No dizer de Mauricio Antônio Ribeiro Lopes (2002),

O princípio da intervenção mínima foi produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”. Beccaria advertia que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar novos”; e a Declaração dos direitos do Homem e Cidadão prescrevia que “a lei não estabelece senão penas estritas e evidentemente necessárias (art. VIII).

O Direito Penal Mínimo prega que a prisão deve ser aplicada para se evitar um mal maior para a sociedade, em decorrência de sua falência; bem como, a conhecida seletividade do sistema penal deve ser combatida pelas garantias individuais.

Edison Miguel da Silva Jr. (2005), Procurador de Justiça de Goiás, destaca:

Em resumo, o Direito Penal Mínimo reconhecendo certa utilidade social no controle penal, aponta a descriminalização (abolição de vários tipos penais, tendo

como critérios a subsidiariedade e a fragmentariedade), despenalização (criação de vias alternativas que solucionam o conflito penal sem aplicação da pena) e a desinstitucionalização diversificação da resposta penal, transferindo o conflito para os sujeitos envolvidos).

O raciocínio do Direito Penal Mínimo implica adoção de vários princípios que serviram de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim que se produza uma correta interpretação.

Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar os da: a) intervenção mínima; b) lesividade; c) adequação social; d) insignificância; e) individualização das penas; f) proporcionalidade; g) responsabilidade pessoal; h) limitação das penas; i) culpabilidade; e j) legalidade.

Para os adeptos deste movimento, o Direito Penal Mínimo, por apresentar uma posição de equilíbrio, revela-se como o único instrumento que o Estado dispõe para fazer valer seu *ius puniendi* sem agir como tirano, ofendendo a dignidade de seus cidadãos.

Nas lições de Paulo de Souza Queiroz (1998. p. 31-32),

Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também [...] um imperativo de justiça social. Sim, porque em Estado que se define Democrático de Direito (CF art.1º), que declara, como seus fundamentos, 'a dignidade da pessoa humana', ' cidadania', 'os valores sociais do trabalho', e proclama, como seus objetivos fundamentais 'construir uma sociedade livre, justa, solidária', que permite ' erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais', ' promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação' (artigo3º) e asseverar assim declaradamente, missão superior em que lhe agigantam as responsabilidades, não pode, nem deve pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente,esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal máximo, quando é esse estado sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte co-responsável pelas gravíssimas disfunções sociais que sob seu cetro vicejam e pelos dramáticos conflitos que daí derivam.

Em contrapartida, Paulo Martini (1999), ao criticar o movimento do Direito Penal Mínimo, argumenta:

O governo, ao invés de ficar criando soluções mirabolantes deveria primeiro, se movimentar no sentido de dar efetividade à Lei de Execuções Penais, lei esta que está em vigor desde 11 de julho de 1984 e até hoje não pode ser aplicada na sua totalidade,,por falta de medidas que deveriam já ter sido adotadas pelo próprio Estado, tal como a criação, em cada cidade, de casa do albergado, de colônias penais agrícolas e indústrias, de prestígios com alas de trabalho etc. Diz que irá

substituir as penas reclusivas pelas administrativas e restritivas de direito, porém, hora alguma mencionou em criar condições para que tais penas possam ser cumpridas a contento, já que as restritivas de direito estão previstas na LEP e não aplicadas, repito, por falta de estrutura governamental, ou seja, não há locais adequados para cumpri-las. Já existem, mas não se realizam. No mesmo caminho, temos o Estatuto da Criança e da Adolescente, onde se confere milhares de direitos aos menores e adolescentes infratores, mas não se move uma palha para se criar condições para torná-la viável. Algum dos leitores já viu um menor tendo orientação, apoio e acompanhamento temporário? Presenciaram um adolescente infrator inserido em regime de semi-liberdade ou internado em estabelecimento educacional que realmente eduque?

Os que negam o discurso do Direito Penal Mínimo destacam que os índices de violência chegam a patamares nunca vistos, mostrando um Estado cada vez mais incapacitado e impotente para solucionar a questão da segurança pública. Asseveram que este primeiro buscou desarmar a população elaborando projetos de lei irreal e hipócrita, e agora almeja descriminalizar condutas que até então eram tidas como delituosas.

Afirmam, ainda, que a pena tem características de retribuição, de ameaça de um mal contra aquele que causou também um mal; tem finalidade preventiva, com o escopo de se evitar a prática de novas infrações; possui, outrossim, um fim intimidativo aos demais destinatários da norma penal, fazendo eles, ao verem o sofrimento das pessoas condenadas ao cárcere, se desestimulem e deixem de praticar delitos; e, por último, a pena visa o autor do crime, retirando-o do seio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo. Desta forma, ressaltam que a solução do problema da superpopulação carcerária, não se atribui somente a prevenção especial, pois a análise das demais finalidades apresentam-se de suma importância.

No Brasil, a lei 11.343/06, nova lei de drogas, apresenta reflexos do Direito Penal Mínimo. Este dispositivo legal abranda a punição do usuário e endurece a de traficante. Ou seja, o usuário não é mais punido com prisão, estando estipuladas no seu artigo 28 novas formas de reprimendas, a saber: advertência, prestação de serviço a comunidade e medida educativa. Já com relação ao traficante, a nova lei aumentou a pena de 3 (três) a 15 (quinze) anos, para de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, cumulados com a pena de multa. É notório nesta lei uma das características mais marcantes deste movimento que é a análise dos delitos e de sua verdadeira importância para o Direito Penal, proporcionando com isto que este ramo do ordenamento jurídico somente proteja os bens que realmente importem para o Estado, procurando assim, outras formas de resolução para as infrações de menor gravidade.

CAPÍTULO 3 ANÁLISE SOCIAL E JURÍDICA DA INCIDÊNCIA DOS MOVIMENTOS IDEOLÓGICOS DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

No afã de conter a devastadora onda de criminalidade que assolava a sociedade brasileira, o legislador criou uma nova política legislativa de combate ao crime.

Os três movimentos ideológicos demonstrados no segundo capítulo serão de fundamental importância para o estudo desta nova sessão, uma vez que após analisado cada corrente fácil fica observar sua utilização no ordenamento jurídico.

Nesta etapa da presente pesquisa, far-se-á um breve estudo sobre a lei dos Crimes Hediondos - fruto desta política legislativa - objetivando verificar se o movimento utilizado nesta lei e as reprimendas nela contidas, realmente surtiram seus efeitos, bem como analisá-la no atual contexto social.

3.1 Idéia para a criação da Lei nº 8072/90

O legislador pátrio, ao editar a lei dos Crimes Hediondos, buscou dar uma resposta jurídico-política à onda de seqüestros promovidos por grupos armados que tinham, preferencialmente, como vítimas, personalidades do mundo empresarial e sócio-econômico nacional.

Setores influentes da sociedade pediam junto ao governo medidas legais de caráter emergencial que solucionassem a seqüência de seqüestros de pessoas importantes, bem como visavam inibir a crescente criminalidade nas grandes cidades, pois a vida de pessoas de bem estava em perigo.

A Lei dos Crimes Hediondos é fruto de uma aparente intranqüilidade social, somada a influência de um movimento social da Lei e da Ordem, que como já fora exposto, defendia uma tese radical quanto ao combate da criminalidade, qual seja, o endurecimento do sistema penal, o que significa a criação dos novos tipos penais, o aumento das penas e o rigor no

regime de cumprimento, além de outras medidas que visem à repressão firme e incondicional da violência.

A Carta Política de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLII, trouxe a repressão aos Crimes Hediondos, determinando:

XLII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico de entorpecente e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-lo, se omitirem.

Após esta promulgação, vários projetos foram iniciados no Congresso Nacional objetivando definir quais seriam os Crimes Hediondos, uma vez que o inciso acima exigia a promulgação de uma lei complementar que disciplinasse a matéria.

Os primeiros projetos propunham o agravamento das penas para os crimes de roubo, seqüestro e estupro seguido de morte, excluindo dos réus qualquer tipo de direito na fase da execução da pena. Previam também regras mais rigorosas para o tráfico de entorpecentes, inclusive a prisão preventiva obrigatória. O projeto nº 2529 pregava a aplicação em dobro às penas cominadas e estabelecia como Crimes Hediondos o estupro, seqüestro, genocídio, violência praticada contra menores impúberes, delitos executados com evidente perversidade e assaltos com homicídios ou periclitacão de vida dos passageiros de quaisquer veículos de transporte coletivo.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de lei que colocava em destaque a guerra contra o crime, propondo sentido à expressão constitucional "Crimes hediondos", através da enumeração de determinadas figuras criminosas que receberam esta denominação, além de definir conceitualmente a referida expressão como sendo todo delito que se pratique com violência a pessoa, provocando intensa repulsa social e cujo reconhecimento decorra de decisão motivada pelo juiz competente de acordo com a gravidade do fato.

Ainda em 1989, o projeto de lei nº 3875 tinha por meta fixar penas superiores 20 anos de reclusão, a diversos crimes referidos na legislação penal. Posteriormente, nasce o projeto nº 4272, que buscou incluir o artigo 159, parágrafo 5º e 273, parágrafo único, dos crimes hediondos.

Em 1990, foi elaborado um projeto que propunha o aumento das penas para os crimes de extorsão, justificando que estes crimes estavam se tornando uma indústria lucrativa à custa das famílias das vítimas, além do pânico que causavam na sociedade.

A lei ordinária nº 8072/90 foi promulgada em 25 de junho, em substituição ao projeto de lei nº 5045, sendo denominada Lei dos Crimes Hediondos.

Sobre esta trajetória, relata Alberto Silva Franco (1994, p. 75):

O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o inciso nº XLIII do art. 5º da CF? O que estaria por detrás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico: o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo seguimentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantismo incomum; a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando uma idéia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do processo penal.

A lei em estudo, em sua redação original, classificava quais eram os crimes considerados hediondos no artigo 1º, que possuía apenas caput, elencando os seguintes delitos:

Art.1º. São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157,§3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte, (art.158,§2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art.159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art.213, caput e sua combinação com o art.223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor(art.214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substancia alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art.270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal, e de genocídio, tentados ou consumados.

Em decorrência de um polêmico homicídio qualificado, no qual foi assassinada no Rio de Janeiro, no dia 28 de dezembro de 1992, a atriz Daniella Perez, com 18 golpes de tesoura, pelo seu colega de profissão Guilherme de Pádua, surgiu a lei nº 8930, que veio a alterar o 1º artigo supramencionado, incluindo o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e homicídio qualificado como crimes

hediondos. Por outro lado, excluiu o conceito de hediondez do envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte.

Já a lei nº 9695/98 alterou o artigo 273 do Código Penal, uma vez que introduziu os itens VII-A e VII-B, ao artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos. O inciso VII-A foi revogado; por outro lado, o inciso VII-B teve inserido na sua tipificação a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

Desta forma, atualmente, os crimes classificados como hediondo são os seguintes:

- I - homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado;
- II - latrocínio ;
- III - extorsão qualificada pela morte;
- IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada;
- V - estupro;
- VI - atentado violento ao pudor;
- VII - epidemia com resultado morte;
- VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinados a fins terapêuticos e medicinais.

3.2 Principais reprimendas da Lei dos Crimes Hediondos

Como já relatado, objetivando-se concretizar a determinação contida no inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal, em 25 de julho de 1990, surge a Lei nº 8.072/90, dispondo sobre os chamados crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

O artigo 2º da lei 8.072/90, em seu parágrafo 1º, estabelece as principais reprimendas impostas para os infratores deste dispositivo legal.

- Art.2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de :
- I - anistia, graça e indulto;
 - II - fiança e liberdade provisória
- § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.
- § 2º Em caso de sentença condenatória. O juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previsto neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

A primeira reprimenda trazida pela Lei dos Crimes Hediondos é a insuscetibilidade de anistia, graça e indulto. A anistia é o ato soberano de competência do Congresso Nacional, pelo qual o poder público declara extinta a culpa - por motivo de utilidade social - de todos quantos, até certo dia, perpetraram determinados delitos, em geral político, pelo ato de fazerem cessar diligências persecutórias, e se tornam nulas e de nenhum efeito as condenações. A graça é uma forma de extinção da punibilidade determinada por outro poder que não o judiciário, de forma individualizada para cada beneficiário. Já o indulto é conceituado como um ato de clemência do poder público executivo, de caráter geral e impessoal, concedendo o perdão, diminuindo ou comutando a pena de um grupo de condenados por crimes comuns e contravenções. Desta forma, os condenados por crimes hediondos ou os demais a eles assemelhados, não poderão ser agraciadas com essas figuras supracitadas.

Destaca-se também como reprimenda na citada lei de insuscetibilidade de fiança e liberdade provisória. O condenado pela prática de crime hediondo não poderá oferecer uma caução real, que consiste na entrega de valores feitos pelo acusado, ou terceiros, em seu favor, para que possa defender-se em liberdade, bem como não terá direito o mesmo de gozar da liberdade provisória durante o transcorrer do processo até trânsito em julgado.

Por fim, contempla-se, no § 1º do referido artigo, a impossibilidade de progressão de regime, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado. A progressão de regime tem em vista a finalidade da pena, da integração ou reinserção social. O Código Penal adotou o sistema progressivo de cumprimento da pena, que permite ao acusado ou condenado, através de seu mérito e de cumprimento de uma parte da pena, obter o direito de passar a uma forma mais branda de cumprimento da pena. Os requisitos para a concessão do benefício de progressão de regime serão objetivos, ou seja, expressamente constantes da lei, e subjetivos, ou seja, aspectos relativos ao mérito do condenado, os quais indicam provável adaptação do condenado ao regime menos rigoroso. Várias críticas surgiram a respeito desta reprimenda, mas a sua abordagem se dará em tópico específico do presente estudo.

3.3 Efeitos

Desde a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, em 25 de Julho de 1990, a população carcerária no Brasil sofreu significativo aumento, e os índices de criminalidade também experimentaram elevação. A nova legislação, aprovada com o objetivo de combater os crimes hediondos, não teve impacto nos índices de criminalidade, colaborando para agravar o problema da superlotação carcerária e revelando que, mais uma vez, o processo de elaboração de leis não passou por um debate profundo e consistente sobre como combater a violência crescente no país.

A legislação brasileira, nos anos 90, foi marcada por duas características muito conhecidas: o simbolismo e punitivismo. É uma legislação simbólica, porque não foi aprovada para resolver verdadeiros problemas. A preocupação central era acalmar a ira da população, que andava revoltada com os altos índices de violência. Legislava-se para contentar as elites, a mídia, assim como outras parcelas insatisfeitas da sociedade. O punitivismo, por sua vez, revela-se patente na coerção de novos crimes, aumento de penas, endurecimento da execução, corte de direitos e garantias fundamentais.

Conforme informações coletadas pelo Departamento Penitenciário Nacional- DEPEN- no ano de 2004, constatou-se que num curto espaço de tempo ocorreria um colapso no sistema penitenciário brasileiro. Indicou a pesquisa que, após dois anos, inexisteriam as vagas estritamente necessárias, alertou ainda que metade dos presos condenados ao ser recolhidos não ficariam em celas cumprindo pena.

É alarmante o déficit demonstrado pela pesquisa, uma vez que, em 2004, chegara a 111 mil sentenciados, com a previsão que ao longo de 2005 subiria para 146 mil e chegaria em 2006 totalizando 188 mil presos. A estatística informada pela pesquisa para o ano de 2007, conforme a previsão oficial seria de uma carência de 223 mil vagas nos estabelecimentos penais existentes. A base de cálculo gira em torno da média mensal de 9.300 mil condenados entrando no sistema, número permanentemente acima dos 5.800 mil libertados. Em resumo: entra mais gente no sistema que sai.

Segundo relatório do DEPEN (2003), "o país passou a prender, ou manter preso, mais do que o dobro de indivíduo em pouco mais de uma década".

O ilustre Luiz Flávio Gomes (2004) dispõe sobre o assunto:

O déficit de vagas no sistema prisional é de 3.500 por mês. Sete penitenciária deveriam ser construídas a cada trinta dias para resolver o problema do encarceramento. O país não tem condições de fazer isso. É preciso, portanto, verificar se os custos dessa lei não estão sendo maiores que seus benefícios. Recorde-se, a propósito, que a lei dos crimes hediondos: (a) exige o cumprimento de 2/3 da pena em regime fechado; (b) não permite a progressão de regime (para o semi-aberto ou aberto); (c) não permite fiança ou anistia ou mesmo liberdade provisória; (d) não autoriza indulto nem o direito de apelar em liberdade (salvo casos excepcionais).

Dispõe o documento elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional que deve-se soltar mais e prender cada vez menos. O governo insiste em recomendar a preferência pelas penas alternativas, pois foi observado que a reincidência no sistema fechado é de 80%, contra 12% entre os que cumprem penas alternativas.

Interessante também mostrar-se o estudo realizado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção dos Delitos e Tratamento do Delinqüente- ILANUD- (2004), apresentado no simpósio "Segurança, Justiça e Criminalidade", promovido pela associação dos advogados de São Paulo.

Esta pesquisa foi constituída a partir de dados coletados entre 1990 e 2003, sobre os índices de violência dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul e sobre a população carcerária brasileira. O debate por ela desenvolvido visa investigar se a adoção de uma legislação penal mais dura no Brasil é o caminho para reduzir a criminalidade.

Assim, ao realizar o estudo, tendo como centro a Lei dos Crimes hediondos, o ILANUD procurou medir o impacto da lei nos índices de criminalidade e no sistema penitenciário, para saber se a lei atingiu seu objetivo.

Utilizando-se dos dados reais de 1990 a 2003, os pesquisadores traçaram a evolução anual dos índices dos crimes hediondos. Além disso, também fizeram uma projeção dos números desses mesmos crimes usando como norte os dados existentes entre 1984 a 1994 - referentes ao período anterior à lei e até um pouco depois de sua promulgação.

A idéia da projeção foi comparar o resultado obtido na evolução dos índices com o que aconteceria caso a lei dos crimes hediondos não tivesse sido sancionada. A comparação revelou que a nova lei não reduziu a ocorrência de crimes desse tipo, já que a projeção sempre esteve próxima dos dados reais. Ou seja, estatisticamente comprovou-se que a lei não tem relação com a ocorrência de crimes hediondos.

A pesquisa da ILANUD também identificou um aumento na população carcerária a partir da promulgação da lei nº 8072/90. Em sua conclusão, o estudo aponta para a necessidade de se adotar no país uma postura mais conseqüente na formulação de políticas criminais.

Retornando aos conceitos desenvolvidos nos capítulos anteriores, pode-se constatar na lei dos crimes hediondos a predominância da finalidade retributiva da pena, bem como seu embasamento no movimento da Lei e Ordem, mas não deixando de lado um forte caráter preventivo, lastreado na tentativa de impor à população em geral a gravidade das reprimendas dos crimes ali definidos.

O conteúdo normativo desta lei apresenta um caráter exclusivamente expiatório e retributivo, contrário à moderna concepção de função ressocializadora da pena que, consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, bem como seu ingresso numa vida em que seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, em consonância com o dever-social jurídico-penal, visando a prevenção da reincidência através da colaboração voluntária do condenado. Apresenta-se de suma importância a ressalva de que esta nova concepção é fruto do movimento do Direito Penal Mínimo, que prega a proteção tão-somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, selecionando assim as hipóteses de encarceramento, como também valorando a finalidade ressocializadora da pena.

3.4 Posição do STF e a recente Lei dos Crimes Hediondos

No dia 23 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal –STF- concluiu o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959, cujo objeto era o pedido de progressão de regime de

condenado por crime hediondo. O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *Habeas Corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos, definidos no artigo 1º do mesmo diploma. A decisão é um marco, pois altera o pensamento dominante na corte em outros tempos. A nova composição foi determinante para mudança de entendimento.

O STF, inicialmente, posicionava-se pela constitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos, argumentando que tal dispositivo não ofendia a Constituição Federal, visto que a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLVI, autorizou a lei a regular a individualização da pena. Sendo assim, a Lei dos Crimes Hediondos teria total liberdade de estabelecer critérios de cumprimento de pena.

A Suprema Corte entendia também que não era indigno obrigar o sujeito ativo de um crime gravíssimo a cumprir sua pena integralmente em regime fechado, pois afirmam que a gravidade dos delitos cometidos por aquele faz jus a um tratamento mais rigoroso pela lei, uma vez que assim estará seguindo-se uma das finalidades precípua da pena, quer seja reprimir o crime de forma efetiva, ou seja, delitos mais graves merecem punições mais graves, gerando assim uma maior segurança para a sociedade.

Sobre o tema, cumpre trazer à baila os trechos de alguns julgados (2007):

CRIMES HEDIONDOS. REGIME FECHADO. À lei compete fixar parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso de sua prerrogativa que lhe foi deferida por norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será o regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes destas natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. HC 69.603-1- SP- Tribunal Pleno – j. 18.2.93- Rel. Min. Paulo Brossard- m DJU 23/4/93. RT 696/438.

Lei dos Crimes Hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do artigo 2º, § 1º da lei 8.072/90. Condenação onde o artigo 2º, § 1º da lei 8.072 dos crimes hediondos impõe o cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena se não ofende a impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena : retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondos, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma”(HC 69.657-1, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 18- 06 de 93, p 12.111).

O Promotor de Justiça de Minas Gerais, Fábio Galindo Silvestre (2007), posicionando-se em favor da constitucionalidade do dispositivo legal abordado relata:

Nesse diapasão, sobreleva notar que, se à vida é o mais importante bem jurídico fundamental da pessoa individualmente considerada, a segurança pública é o mais valioso bem da sociedade, na medida em que somente uma coletividade que dispõe de proteção pode garantir o gozo dos direitos fundamentais e individuais dos cidadãos que dela faça parte. De nada adianta ter declarado direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade se não existem regras de segurança social que permitam o exercício de tais direitos.

Percebe-se que o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, despertou calorosa discussão nos tribunais e na doutrina quanto à sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. A grande problemática adveio com a Lei de Tortura (nº 9.455/97). De acordo com a lei, apenas o início será cumprido em regime fechado; a conclusão, a contrário senso, é que a lei não proíbe a progressão de regime. Nesse sentido, surgiram interpretações que este dispositivo revogou o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8072/90. Mas o entendimento predominante foi em sentido contrário.

De um modo geral, entretanto, até o ano de 2004, seguiu-se a férrea posição do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que era constitucional o § 1º do artigo 2º em análise, não permitindo a progressão de regime aos crimes hediondos e a este assemelhados.

Este quadro veio se alterando e, em 2005, o STF concedeu várias liminares para afastar o óbice legal proibitivo da progressão nos crimes hediondos. E, finalmente, conforme relatado no início do tópico, a Suprema Corte julgou o *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarando inconstitucional a vedação prevista no § 1º do artigo 2º da lei 8.072/90, o Ministro Marco Aurélio, relator do citado Hábeas Corpus, reabriu a discussão e submeteu-a novamente a plenário.

A partir deste momento, o STF, em sua maioria, começa a defender a inconstitucionalidade desse dispositivo legal. A suprema Corte afirma que proibir a progressão de regime violaria os princípios constitucionais da individualização e da dignidade da pessoa humana. Dentre os argumentos utilizados para embasar a ofensa aos referidos princípios está que o juiz, diante da impossibilidade de permitir a progressão de regime de pena ao condenado, não poderia individualizá-la, ou seja, independentemente da personalidade do réu, ser este reincidente ou não, das circunstâncias judiciais, enfim, quaisquer características individuais do réu, ou do crime, no influenciariam no momento da aplicação da pena, no tocante ao regime de cumprimento desta, sendo que o juiz estaria obrigado a impor o dever de cumpri-la em regime integralmente fechado, independentemente das condições objetivas e subjetivas.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, alegam a maioria dos componentes do Superior Tribunal Federal que, deixar o réu no cárcere em regime fechado,

durante todo o período de cumprimento da pena, seria uma atitude desumana que caracteriza uma ofensa ao princípio constitucional referido e, por conseqüência, não ajudaria o réu na sua ressocialização. Ou seja, segregar uma pessoa por um longo período de tempo, sem que a mesma tenha qualquer perspectiva ou esperança, seja de abrandar sua pena, seja de voltar a ter os direitos que lhe foram suprimidos fere a sua dignidade.

Sobre o tema, citar-se-á um breve trecho do *Habeas Corpus* nº 82.959 (2007), no qual o Tribunal Pleno da Suprema Corte permitiu a progressão de regime para os crimes hediondos e os demais a eles assemelhados:

PENA- REGIME DE CUMPRIMENTO- PROGRESSÃO- RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA- CRIMES HEDIONDOS- REGIME DE CUMPRIMENTO- PROGRESSÃO- OBICE- ARTIGO 2º § 1º DA LEI 8.072/90- INCONTITUCIONALIDADE- EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena- artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal- a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada na inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da lei nº 8072/90.

Após o *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, surgiram várias manifestações, entre elas a do não-acatamento por alguns juízes e tribunais da decisão do STF, alegando que a referida decisão só era aplicada para este caso, não se estendendo para os demais e para que tal decisão tivesse eficácia era necessária que o Senado Federal suspendesse a execução da lei declarada inconstitucional por determinação definitiva do STF. Diante de um momento de extrema tensão, veio a lume a Lei nº 11.464, de 2007, dando nova redação legal e permitindo a progressão do regime nos crimes hediondos e equiparados.

Por força de nova redação dada ao mesmo §1º, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado. Cabendo progressão.

A progressão, de acordo com a Nova Lei, têm um tempo diferenciado de cumprimento de pena, a saber: para a progressão de um regime, exige-se, nos crimes hediondos e equiparados, o cumprimento de 2/5 da pena (40%), se o acusado ou condenado for primário, e de 3/5 (60%), se reincidente. Antes, a única regra geral sobre o assunto era o artigo 112 da Lei de Execução Penal- que fale mm 1/6 de cumprimento da pena. Essa regra continua vigente e

valida para todas as situações de progressão de regime, ressalvados os crimes hediondos e equiparados, que se acham, agora, regidos por lei especial.

Nesta concepção, foram significativas as alterações acerca do tema, admitindo a liberdade provisória e a progressão de regime. O legislador Constituinte percebeu que não seria o rigor da lei, o endurecimento na execução e a privação de direitos e garantias fundamentais, que solucionaria o problema da criminalidade que amedrontava a sociedade.

Após 16 anos de vigência da lei dos crimes hediondos, comprovado está que, para fazer valer as finalidades consagradas pela pena, observa-se a necessidade de analisar a raiz do problema, procurando executar programas sociais que realmente o resolvam, uma vez que não será o maior número de prisões e o rigor da lei que diminuirão o caos da violência, e sim o investimento em educação e melhoria de vida para população mais carente, quase sempre esquecida, possibilitado uma condição de vida verdadeiramente digna.

O processo legislativo da lei dos crimes hediondos foi, como tantos outros, aprovado às pressas, sem uma análise extensiva por parte dos legisladores que o aprovaram, tendo sido fruto de um momento de grande manifestação social pela diminuição da criminalidade, apresentando como consequência uma lei que seguiu o clamor de penas mais rígidas para condenados por crimes por ela rotulados.

O STF, por mais que tenha demorado, reconheceu o fracasso da lei dos crimes hediondos. Esta lei, que teve como fundamento o movimento da Lei e da Ordem, demonstrou que não é a finalidade exclusivamente retributiva da pena que solucionaria a desordem. A finalidade ressocializadora é de suma importância, pois, conforme abordado no primeiro capítulo da pesquisa ora realizada, esta visa a reinserção do condenado no meio social, demonstrando que o objetivo de sua exclusão da sociedade é proporcionar a sua reeducação para que ao voltar no torne a praticar delitos.

O legislador constituinte compreendeu, a lentos passos, que um dispositivo legal formulado com rigor e desrespeitos a garantias e direitos fundamentais não combatia o surto de violência, pois de acordo com o exposto pela pesquisa do ILANUD, a Lei dos Crimes Hediondos, por mais severa que se mostre, não conseguiu impor nenhum freio na prática das condutas ali enumeradas, tendo somente provocado uma superlotação nos presídios, tornando impossível cumprir a pena respeitando todas as suas finalidades consagradas.

O novo entendimento defendido pelo STF resultou nas recentes modificações (possibilidade de progressão de regime e de liberdade provisória). Marcante é, nestas inovações trazidas pela Lei nº 11.464/07, a presença do movimento do Direito Penal Mínimo, uma vez que, de acordo com a doutrina deste movimento, o legislador abrandou parte do

dispositivo por entender que a dureza da lei feria princípios constitucionais e não inibiam a prática de delitos. Concluíram, ainda, que um castigo moderado e imediato é o que realmente promove a reeducação do condenado.

A problemática da criminalidade não se resolve somente com a devida execução da pena ou a criação de novas penitenciárias altamente equipadas, nem tampouco obedecendo-se todas as finalidades consagradas pela pena. O problema não é de tão fácil solução; ele tem que ser vencido na raiz, proporcionando educação de qualidade, moradia, saúde, emprego, ou seja, uma vida digna a todos. Não pode o legislador querer resolver um problema com a fórmula médica de outro.

A ressocialização do apenado é uma necessidade; a redução da criminalidade, uma urgente reivindicação social; mas o fato é que não serão com políticas penais desvinculadas de análise que se chegará a uma solução adequada e eficaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o agente pagava o mal cometido sem existir uma adequada preocupação com a proporção do castigo. O período Iluminista, principalmente no século XVII, foi o marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas.

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém comete uma infração penal, abrindo-se assim, a possibilidade para o Estado fazer valer seu *ius puniend.*

A compreensão de pena envereda-se pelo estudo de suas finalidades, que a abordam com o caráter repressivo, preventivo e ressocializador.

Na elaboração deste Trabalho Monográfico foi de grande importância a análise dos movimentos ideológicos, que estudam a intensidade das penas para a resolução da criminalidade: Lei e da Ordem, Abolicionismo e Direito Penal Mínimo.

Verificou-se que a legislação brasileira empregou o movimento da Lei e da Ordem na confecção de grande parte de seus dispositivos legais e que o discurso por ele defendido era falho uma vez que utilizava a ferramenta do Direito Penal com o fim de ocupar o papel de educador, buscando resolver todos os problemas sociais, por menores que sejam, com o terror da pena.

A corrente abolicionista amparada no princípio da dignidade da pessoa humana, acredita no completo afastamento do Direito Penal, argumentando que os demais ramos do ordenamento jurídico poderiam resolver o problema da criminalidade.

Em posição intermediária encontra-se o Direito Penal Mínimo, que pretende solucionar os problemas sociais, protegendo os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Entende esta corrente de pensamento que não são políticas criminais mais severas que exterminaram o cancro social da violência, devendo o Direito Penal funcionar como elemento de *ultima ratio*, desde que os outros ramos não surtirem os efeitos pretendidos.

Analisou-se em especial, a incidência do Movimento da Lei e da Ordem na lei dos crimes hediondos, e se percebeu seu fracasso, pois uma legislação severa como esta não reduziu a criminalidade. A idéia de que leis rigorosas e o endurecimento na execução das penas provocariam temor na população fazendo com que esta não praticasse os crimes ali

enumerados foi uma grande ilusão, pois conforme o exposto na pesquisa formulada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas Para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente – ILUNAD -, observando-se os dados coletados entre os anos de 1990 e 2003 e os comparando com as referências existentes entre 1984 e 1994, comprovado ficou que não ocorreu diminuição na ocorrência dos crimes hediondos, não tendo nenhuma relação o rigor da lei com a redução da criminalidade.

A sociedade, amedrontada com a elevação dos índices de violência, induzidas pelos políticos de ocasião e pela mídia, cada vez mais apregoa a criação de penas cruéis. O Supremo Tribunal Federal, sempre interpretava a Lei de crimes hediondos, enfatizando seu rigor. Recentemente parece ter se conscientizado que a rigidez das reprimendas contidas na lei não resolveria o problema da violência, pelo contrário, o que estava ocorrendo era a superlotação do sistema penitenciário e conseqüentemente a não execução da pena observando as suas finalidades, em especial, a ressocialização do condenado. Sem esquecer que as reprimendas previstas no artigo 2º da lei 8.072/90, feriam os princípios da individualização da pena e o da dignidade da pessoa humana, ambos consagrados na Constituição Federal. Evoluindo neste pensamento foi que ao final do ano de 2005, a Suprema Corte concedeu várias liminares para afastar o óbice legal proibitivo da progressão de regime nos crimes hediondos. Finalmente, no dia 23 de fevereiro de 2006, a mesma corte por maioria, julgou o Habeas Corpus nº 82.959, declarando a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, e na mesma esteira de raciocínio o legislador promulgou a lei nº 11.464/07, que modifica o regime de concessão dos benefícios antes proibidos, suavizando assim as reprimendas ali enumeradas.

É hora de mudança, de coragem para a adoção de um sistema diferente, garantista, que se preocupe com o princípio da dignidade da pessoa humana, que consiga enxergar em outros ramos do ordenamento jurídico força suficiente para a resolução dos conflitos sociais de somenos importância.

Portanto, demonstrado ficou que o Direito Penal só deve ser erigido quando estritamente necessário à proteção dos bens mais importantes ao convívio social, e sendo a proteção pelos demais ramos do ordenamento suficiente para evitar a prática de condutas delituosas. Revelou-se desta forma que o Direito Penal Mínimo é o movimento mais sensato na busca da redução da criminalidade, uma vez que atende aos anseios da sociedade, evitando que o Direito Penal seja tido como meramente simbólico.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio de Prado. *Princípios Penais – Da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: Revista do IBCCRIM, vol 24, 2003.

BECCARIA, Cesare de. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: RT, 2002.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal – parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Disponível em: www.mundolegal.com.br

Disponível em: jus2.uol.br/doutrina/texto/asp?id=2708

Disponível em: <http://mp.sp.gov.br/pls/portal/docs>

Disponível em: www.mj.gov.br/depen/2k

Disponível em: www.inalud.org.br

Disponível em: www.joppert.hpg.ig.com.br/sociedade/28/index_inp_5html

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

ESQUERDO, Esperanza Vaielo. *Introducción ao Derecho Penal*. São Vicente del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Instrucción a la Criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Edmundo. *O Futuro Alternativo das Penas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Madrid: Editorial Civitas, 1999.

WACQUANT, Lôic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ANEXO

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Tabela 1

ANO	NºD E SENTENCIADOS
2004	111000
2005	146000
2006	188000
2007	223000

Fonte: www.depen.com.br

Tabela 2

Estatísticas Criminais no Estado do Rio de Janeiro 1984/2002

	84	86	88	90	92	94	96	98	00	02
Estupro	1219	1.380	1.204	1.108	993	961	1.062	1.493	1.335	1.198
AVP	*	*	*	*	590	612	753	901	1.344	1.646
Latrocínio	187	129	157	195	288	223	166	130	197	201
Seqüestro	*	*	*	*	124	90	65	18	8	25
Tráfico	*	*	*	*	641	625	2.957	4.129	3.070	3.448
Homicídio	4.105	4.996	6.023	7.858	7.635	8.408	7.259	5.741	6.360	6.994
Total Pessoa	*	*	*	*	48.034	45.871	50.457	63.967	75.707	84.248
Total Costumes	*	*	*	*	993	961	1.062	1.174	1.298	1.192
Total Patrimônio	*	*	*	*	134.818	123.449	107.585	138.834	171.600	221.978

Fontes dos dados: PCERJ e NECVU/UFRJ

* Dados não disponíveis

Site: www.ilanud.br