



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE- UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS- CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO- UAD

RICARDO RAMALHO LINS

ESTADO SOCIAL X ESTADO PENAL: Uma visão minimalista do Direito Penal

SOUSA-PB  
2015

RICARDO RAMALHO LINS

ESTADO SOCIAL X ESTADO PENAL: Uma visão minimalista do Direito Penal

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientador:** Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA-PB

2015

RICARDO RAMALHO LINS

OS MOVIMENTOS DO DIREITO PENAL MODERNO: Uma visão minimalista do  
Direito Penal

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

BANCA EXAMINADORA:

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.  
Orientador

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

SOUSA-PB

2015

Dedico este trabalho aos meus pais, Edivar e Goreti, por todo amor dado e pelos sacrifícios feitos ao longo desse meu intento. A minha esposa Francivanda pela paciência e apoio incondicional.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente ao meu Deus, que me conduziu e concedeu em sua infinita misericórdia sabedoria para realizar esse trabalho.

Agradeço, e muito, aos meus pais, que através de seus esforços, me possibilitaram chegar até aqui e completar mais uma etapa da minha vida.

Agradeço a minha esposa, que com paciência e carinho ajudou-me de forma incondicional.

Ao meu Orientador, Dr. Jardel de Freitas Soares, pelo total apoio e atenção necessária para realização da pesquisa.

Enfim, agradeço a todos que fizeram parte dessa conquista, meus familiares, meus amigos e meus colegas de curso.

## RESUMO

O Direito penal mínimo, também conhecido como Direito Penal do Equilíbrio por se colocar entre a tese do Direito Penal Máximo e a tese Abolicionista, tem como fundamento principal a intervenção mínima do Direito Penal nas condutas humanas, com base no princípio da dignidade da pessoa humana do qual norteia todos os outros princípios limitadores do *ius puniendi* Estatal, deve o Direito penal preocupar-se em punir com efetividade os crimes de maior relevância jurídico-social. Entre os principais idealizadores desse movimento destacam-se Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt e Eugenio Raul Zaifaroni. A finalidade do Direito Penal seria então de acordo com a visão minimalista, a proteção dos bens essencialmente indispensáveis ao convívio em sociedade, e que por sua importância não poderão ser protegidos por outros ramos do ordenamento jurídico, considerando para tanto o caráter fragmentário e subsidiário da tutela penal. O trabalho apresenta como fim precípuo, compreender através de um efetivo raciocínio técnico o que cada movimento analisado produz de concreto em nossa sociedade e conseqüentemente optar por aquele que de forma mais racional apresente soluções viáveis para a atual crise de legitimidade e eficácia que o direito penal brasileiro atravessa, onde a sensação de impunidade induz e estimula o crescimento desenfreado da criminalidade. Para a consecução deste objetivo, foi empregado como método de abordagem o hipotético-dedutivo e como métodos de procedimento o histórico-evolutivo, o exegético-jurídico e o hermenêutico, sendo a pesquisa subsidiada pelo exame de documentação indireta, nomeadamente por meio da pesquisa bibliográfica em livros, dissertações, artigos científicos e revistas.

**Palavras-chave:** Direito Penal Mínimo. Garantismo Penal. Poder Punitivo. Direito Penal do Equilíbrio.

## RESUMEN

El derecho penal mínimo, también conocido como Derecho Penal Equilibrio colocando entre la teoría del derecho penal y la teoría abolicionista máximo, se basa principalmente la intervención mínima del derecho penal en la conducta humana, basada en el principio de la dignidad humana que guía todos los demás principios limitantes de Estado ius puniendi, si el derecho penal de que se trate con eficacia para castigar los crímenes de mayor relevancia jurídica y social. Entre los principales creadores de este movimiento destacan Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt y Eugenio Raúl Zaifaroni. El propósito de la ley penal estaría en línea con la visión minimalista, la protección de los bienes principalmente esenciales para la vida en sociedad, y por su importancia no puede ser protegido por las otras ramas del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta tanto la naturaleza fragmentaria y filial de tutela penal. El trabajo se presenta como objetivo principal, la comprensión a través del razonamiento técnico eficaz que el movimiento analizado produce concreta en nuestra sociedad y, por tanto, optar por el que presenta más racional soluciones viables a la crisis actual de la legitimidad y la eficacia de la ley penal cruces de Brasil, donde el sentido de impunidad induce y estimula el crecimiento desenfrenado de la delincuencia. Para lograr este objetivo, se empleó como método de enfoque hipotético-deductivo y el procedimiento de los métodos de la evolución histórica, la exégesis y hermenéutica jurídica y, la investigación está subvencionado por el examen de la documentación indirecta, incluso a través de la literatura libros, disertaciones, documentos y revistas..

**Palabras clave:** Derecho Penal mín. Garantismo penal. Poder punitivo. Equilibrio adecuado Penal.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
LEP	Lei de Execuções Penais
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 EVOLUÇÃO E ASPECTOS GERAIS DO DIREITO PENAL</b> .....	11
2.1 Teoria Geral do Delito .....	13
2.2 Aspectos Criminológicos .....	16
2.2.1 Teoria do delito como eleição .....	17
2.2.3 Teoria do etiquetamento .....	19
<b>3 ABOLICIONISMO, DIREITO PENAL MÍNIMO E MOVIMENTO DE LEI E ORDEM</b> .....	22
3.1 Abolicionismo .....	22
3.2 Movimentos de Lei e Ordem .....	23
3.2.1 Direito penal do inimigo.....	26
3.3 Direito Penal Mínimo.....	28
3.3.1 Princípios Fundamentais do Direito Penal Mínimo.....	30
3.3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	30
3.3.1.2 Princípio da Intervenção Mínima.....	32
3.3.1.3 Princípio da Lesividade .....	35
3.3.1.4 Princípio da Adequação Social .....	36
3.3.1.5 Princípio da Insignificância.....	37
3.3.1.6 Princípio da Proporcionalidade .....	40
<b>4 ESTADO SOCIAL X ESTADO PENAL</b> .....	42
4.1 Estado penal e o encarceramento das massas. ....	44
4.2 A efetivação das finalidades sociais do Estado como forma de controle da criminalidade. ....	49
4.3 Penas alternativas e o mito da ressocialização.....	51
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	57

## 1 INTRODUÇÃO

A necessidade do debate desse tema encontra justificativa no momento atual de nossa sociedade, em que o discurso repressivo propagado diariamente na grande mídia tem despertado na população cada vez mais acuada pelo medo crescente da violência, a idéia equivocada de que o direito penal seria a solução para todos os nossos problemas sociais, o recrudescimento das penas que tem aumentado consideravelmente desde a década de 90, já se mostrou ineficaz diante do crescimento descontrolado da criminalidade.

Este trabalho tem por objeto, dentro da dogmática jurídico-penal, trazer o Direito Penal Mínimo à discussão, em razão da sua visão garantista que visa a assegurar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, assim como do agente delituoso, independentemente do quão grave tenha sido o seu delito.

O debate em torno do tema divide juristas, estudiosos e aplicadores do direito. Do ponto de vista prático, seria possível a adoção de uma política de mínima intervenção da tutela penal frente ao avanço descontrolado da criminalidade? O Estado deve Punir mais, ou punir melhor?

Inicialmente, analisar-se-á a evolução e os aspectos gerais do Direito Penal, buscando na gênese dos primeiros grupos organizados, compreender as diversas formas de como a sociedade tem tratado o problema da criminalidade ao longo da história. Pelo estudo da Teoria geral do delito, buscar-se-á entender a origem das primeiras concepções do crime e a evolução dos mecanismos criados para delimitar se uma conduta humana teria ou não relevância para o Direito Penal.

No segundo capítulo, far-se-á uma breve análise dos movimentos atuais do Direito penal moderno, com destaque para as três correntes ideológicas mais importantes: o abolicionismo, o movimento de Lei e ordem ou Direito penal máximo e o Direito penal mínimo. Em suma, o movimento abolicionista parte da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolução de conflitos, defendem o desaparecimento do direito penal e a sua substituição por métodos alternativos de solução de conflitos, tal movimento, no entanto encontra críticas na impossibilidade de outros ramos do direito tutelarem situações extremas, e a proteção a bens jurídicos relevantes, o que torna praticamente impossível a abolição total do sistema penal.

De lado oposto o movimento de Lei e Ordem, ou direito penal máximo, que encontra terreno fértil no atual quadro de insegurança e violência em que vivem a nossa sociedade, diariamente os meios de comunicação em massa apresentam ao público o direito penal como sendo a solução para todos os problemas que nos assolam, e esse discurso vem ganhando imenso apoio na sociedade, que refém do medo, clama por leis mais rígidas e a criação de novos tipos penais incriminadores.

Entre esses dois movimentos, temos o direito penal mínimo, que sustenta a tese de que a finalidade do direito penal é tutelar os bens de extrema relevância ao convívio social, atrelada ao perfazimento de condutas irrelevantes, limitando assim os mecanismos de punição do Estado.

No terceiro e último capítulo, far-se-á uma análise crítica do papel que o Estado deve desempenhar na efetivação de políticas públicas voltados ao cidadão, assim como estabelece a nossa Constituição Federal de 1988, garantido a todos o respeito às liberdades individuais e a dignidade da pessoa humana em detrimento aos avanços do Estado punitivo, que pelas políticas de encarceramento em massa submetem seres humanos a condições sub-humanas no interior das penitenciárias, o recrudescimento das normas penais sem a observância dos princípios e garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

A razão maior da presente pesquisa é trazer a lume, a verdadeira razão da ineficiência das políticas criminais no Brasil, que atribuem ao Direito Penal um caráter meramente simbólico. Dentro dessa perspectiva, encontrar soluções viáveis que ao menos diminuam os crescentes índices de criminalidade e a desconfiança da sociedade em relação ao Direito penal.

É preciso esclarecer a todos, de que a verdadeira origem de tantas mazelas sociais repousa principalmente na ineficácia do Estado em promover políticas sociais, onde se investe menos no cidadão e mais em políticas repressivas, o que a doutrina denomina de transmutação de um Estado social para um Estado Penal.

## 2 EVOLUÇÃO E ASPECTOS GERAIS DO DIREITO PENAL

A história do Direito penal inicia-se quando o homem passa a viver em comunidade, pois o homem primitivo era afligido por perigos efetivos ou imaginários, para os quais não dispunha de explicações lógicas.

Foi esta a condição que impôs a necessidade do mesmo reunir-se em comunidades onde se estabeleciam as regras de cunho social, sendo essa relação de interdependência social o elemento crucial na formação de uma sociedade primitiva que passou a utilizar a “vingança de sangue” como um mecanismo sancionador, tendo este mecanismo o poder de desfazer a ação do malfeitor por meio de sua morte ou banimento do grupo.

Todavia, Cunha (2015) afirma que embora o Direito Penal tenha a sua origem vinculada à própria organização do homem em sociedade, não se pode considerar a existência de normas penais sistematizadas em tempos primitivos, pois que nesse período o castigo não estava relacionado à promoção de justiça, mas vingança, revide contra comportamento de alguém, prevalecendo as penas cruéis e desumanas.

Na precisa lição de Zaffaroni (2011, p. 58):

O homem sempre aparece em sociedade interagindo de maneira muito estreita com outros homens. Reúnem-se dentro da sociedade em grupos permanentes, alternativa ou eventualmente coincidentes ou antagônicos em seus interesses e expectativas. Os conflitos entre os grupos se resolvem de forma que, embora sempre dinâmica, logra uma certa estabilização que vai configurando a estrutura de poder de uma sociedade, que é em parte institucionalizada e em parte é difusa.

O período da vingança penal se inicia com as sociedades primitivas e se estende a meados do século XVIII, para Bitencourt (2013, p. 72):

As diversas fases da evolução da *vingança penal* deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios. A doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pela *vingança privada*, *vingança divina* e *vingança pública*, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual.

Nas sociedades primitivas as pessoas acreditavam que fenômenos naturais, como pestes, secas, terremotos etc. nada mais era que resultado dos castigos de divindades insatisfeitas com a prática de determinado ato, e que, para isso exigiam algum tipo de reparação. Nesse período denominado de fase da *vingança divina* as penas eram cruéis e desumanas, aplicadas por um sacerdote que considerava a punição uma forma de purificação do criminoso. O Código de Manu foi o exemplo de legislação desse período onde a religião confunde-se com o direito.

Tal período posteriormente evoluiu para a fase da *vingança privada*, onde a pena era aplicada diretamente ao indivíduo ou seu grupo, como resultado clãs inteiros eram dizimados em guerras sangrentas. Com o surgimento da *lei de talião*, houve a primeira tentativa de tornar a pena proporcional ao mal praticado, a famosa expressão *olho por olho, dente por dente*, que segundo Bitencourt (2013) representou a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. A lei de talião influenciou diretamente o Código de Hamurabi (Babilônia), o Pentateuco do povo Hebreu e na Lei das XII Tábuas dos Romanos.

Com o passar do tempo essa vingança demonstrou-se prejudicial à integridade e à perpetuidade das sociedades primitivas, causando-lhes mais prejuízos que benefícios, pois a forma desordenada e descentralizada como esta era exercida, criava um clima de instabilidade, o que fez com que essa idéia de justiça privada fosse ao longo do tempo substituída por uma justiça executada por um órgão centralizado e soberano, que traria para si o papel de punir o infrator. Nasce assim a concepção de punição estatal (*vingança pública*), permanecendo ainda vivo o sentimento vingativo, mas com uma idéia embrionária de legalidade.

Entre o século XVII e XVIII o Direito Penal sofre a influência dos ideais iluministas, mais conhecido como o período humanitário, os grandes pensadores dessa época como Voltaire, Montesquieu e Rousseau começam a questionar os excessos da legislação penal vigente, atentando para a liberdade do indivíduo e a dignidade do homem, que culminou no ano de 1764 na publicação da obra *Dei Delitti e delle Pene* do Marquês de Beccaria, que segundo Bitencourt (2013) marcou definitivamente o início do Direito Penal Moderno, da Escola Clássica de Criminologia do qual será tratado com mais detalhes nos próximos tópicos.

Em síntese, é certo que a evolução histórica do Direito Penal desde as fases da vingança (privada, divina e pública) passando pelos códigos e períodos humanitários, até o Direito Penal contemporâneo acompanha a evolução da própria

humanidade em sua organização social, como bem esclarece Ferrajoli (2002) que a história do Direito Penal e da pena correspondem a uma longa luta contra a vingança.

## 2.1 Teoria Geral do Delito

O estudo da Teoria Geral do Delito é de suma importância na compreensão dos elementos que determinam a relevância penal de uma conduta, também denominada de Teoria do Crime ou Teoria do Fato Punível, preocupasse com a interpretação, sistematização e crítica dos institutos jurídicos penais.

Precipuamente, para melhor compreensão do tema, faz-se necessário a conceituação do que seja crime, tanto no aspecto formal como o material. Na definição de Bitencourt (2012, p. 306) Sob o aspecto formal “crime é toda ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena”. E no aspecto material, crime seria toda ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena. Para Greco (2011) os conceitos formal e material não traduzem com precisão a definição do que seja o crime, pois para ele seria impossível a fragmentação dos elementos que compõe o delito.

Para melhor definição do crime então surge o conceito analítico, aceito pela doutrina majoritária como o que melhor define o delito. Tem como função a análise de todos os elementos ou características que compõe o conceito de infração penal de forma unitária, ou seja, para que se configure o crime, é necessário que o agente tenha praticado um fato típico, ilícito e culpável. Nas precisas palavras de Welzel (*apud* Greco, 2011, p. 125):

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

No atual CP brasileiro nota-se que não houve uma preocupação maior do legislador em relação ao conceito definido do que seria crime. O art. 1º da Lei de Introdução ao CP oferece apenas critérios distintivos entre crime e contravenção, tendo o conceito de crime caráter eminentemente doutrinário.

A Teoria geral do delito evoluiu significativamente ao longo da história, na tentativa de compreensão dos elementos que determinam se uma conduta humana tem ou não relevância penal. No início do Século XX, Franz Von Liszt e Ernest Beling desenvolveram a chamada Teoria do Causalismo, precursora do conceito clássico do delito como um ato culpável (doloso ou culposo) contrário a lei, o problema é que essa orientação atribuiu um caráter eminentemente formal ao que seria definido como comportamento delituoso do agente, fruto do positivismo científico que segundo Bitencourt (2012), afastava completamente qualquer contribuição de valores filosóficos, psicológicos e sociológicos.

Outro momento de destaque na evolução da Teoria geral do delito é o chamado Conceito Neoclássico idealizado por Mezger, com influência Neokantiana, procurava reformular o conceito clássico de ação preservando todos os elementos do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) admitindo assim que a conduta pode ser praticada tanto por ação como por omissão, reconhecendo ainda a existência dos elementos subjetivos do tipo.

Posteriormente Hans Welzel elaborou o Conceito Finalista ou Teoria final da ação, como um dos momentos mais importantes da história evolutiva da teoria do delito, Welzel desenvolve uma concepção puramente normativa, que afasta o dolo e a culpa para o injusto, permitindo conseqüentemente a distinção entre os tipos dolosos e culposos. Sobre a contribuição desse conceito para a teoria do delito, Bitencourt (2013, p.118) destaca que:

Um dos grandes méritos do finalismo, reconhecido por penalistas do mundo inteiro, reside no fato de, num período em que imperava um terrível positivismo jurídico correspondente a onipotência do Estado Nazista, ter favorecido a “busca de princípios e valores que devem ser independentes da vontade estatal e que se tem de fazer-lhes oposição”.

Para Capez (2011) a partir do finalismo de Wezel, descobriu-se que dolo e a culpa integravam o fato típico e não a culpabilidade, daí então a culpabilidade passa a ser mero juízo de valoração externa ao crime, ou seja, uma simples reprovação

que o Estado faz sobre o autor de uma infração penal. Rompendo com a concepção tripartida de Wezel (crime como fato típico, ilícito e culpável), Capez defende assim uma concepção Bipartida do crime (crime como fato típico e ilícito), deixando a culpabilidade fora do conceito de crime.

E por fim temos o Pós-Finalismo com os modelos funcionalistas sustentados por Roxin e Jakobs.

No sistema teleológico-funcional formulado por Roxin, o Direito Penal deve ser estruturado pela finalidade precípua de proteção aos bens jurídicos mais relevantes, atentando para a análise dos efeitos que produz na sociedade. Desse modo Bitencourt (2013) afirma que, a dogmática deixa de estar estritamente vinculada á exegese do Direito Positivo ou a conceitos deduzidos da natureza das coisas, para incorporar, como parâmetro valorativo, as finalidades que o Direito penal busca alcançar, permitindo, em última instância, que a solução do caso concreto se amolde em maior medida às finalidades do sistema penal.

Para o professor Roxin, o Direito Penal serve para a proteção subsidiária de bens jurídicos, com base no Princípio da intervenção mínima e outros princípios garantistas limitadores do *jus puniendi* Estatal, busca-se um modelo de Direito Penal mais racional e eficiente do ponto de vista social.

No outro extremo tem-se o modelo sistêmico-funcionalista idealizado por Gunther Jakobs, tido como muito mais radical que a teoria teleológica-funcional. Aqui o Direito Penal serve para controle do intolerável, oposto ao modelo de Roxin, que defendia um sistema penal aberto às finalidades que o Direito Penal busca alcançar, Jakobs defende o direito penal como um sistema normativo fechado, e que teria como função garantir a vigência e respeito às normas.

Para Jakobs aquele que desobedece a norma de forma reiterada, quebra a confiança da sociedade e se torna inimigo, idéia que posteriormente deu origem a sua Teoria do Direito Penal do Inimigo, da qual será definida de forma mais detalhada nos próximos capítulos.

## 2.2 Aspectos Criminológicos

Em razão da temática do presente trabalho abranger além dos fatores jurídicos, aqueles de conteúdo político-sociais, faz-se necessária a distinção entre o Direito Penal e a Criminologia. Apesar da proximidade entre as duas ciências, principalmente pelo fato do Direito penal delimitar o campo de estudo da criminologia, quando tipifica o que seria uma conduta delituosa, é notória a diferença finalística entre ambas.

O Direito Penal enquanto ciência eminentemente normativa pode ser definido como a disciplina jurídica da reação social contra o crime, tendo como objeto um fato humano definido como crime e para tal estabelece uma sanção, visando a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao convívio social.

Queiroz (2008) conceitua o Direito penal como o conjunto das normas jurídicas que materializam o poder punitivo do Estado, definindo as infrações penais (crimes e contravenções) e cominando as sanções correspondentes (penas, medidas de segurança ou outras medidas), estabelecendo ainda os princípios e garantias em face do exercício desse poder, ao tempo em que cria os pressupostos de punibilidade.

Contudo, não se pode confundir o conceito de Direito Penal com o da ciência Penal propriamente dita, como ensina Capez (2011, p.19):

A ciência penal tem por escopo explicar a razão, a essência e alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios para sua imposição e evitando com isso, o arbítrio e o casuísmo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada na sua aplicação.

A criminologia por sua vez, além do crime, ocupa-se da criminalidade e suas causas, tendo um conceito mais amplo que o do Direito penal, pois tem como objeto a compreensão do comportamento delitivo, o estudo da vítima, do controle social em relação ao ato criminoso, da personalidade do criminoso e das maneiras de ressocializá-lo.

A Criminologia é uma ciência causal-explicativa, tem por objeto a incumbência de não só se preocupar com o crime, mas também de conhecer o criminoso,

montando esquemas de combate à criminalidade. Deste modo Greco (2009, p. 31) discorrendo sobre o tema afirma que:

No que diz respeito às ciências penais propriamente ditas, serve a criminologia como mais um instrumento de análise do comportamento delitivo, das suas origens, dos motivos pelos quais se delinqüe, quem determina o que se punir, quando punir, como punir, bem como se pretende com ela, buscar soluções que evitem ou mesmo diminuam o cometimento de infrações penais.

Na busca pela solução do problema da criminalidade, surgiram ao longo da história, diversas teorias que tentaram resolver a problemática do comportamento delitivo e da reação social. Sob a percepção de Greco (2009) mesmo com os esforços empregados, nenhuma delas conseguiu de forma absoluta e completa resolver o problema da delinquência. Mas, cada uma a seu modo contribuiu para o estudo do crime e seu corolário.

Dentre tantas teorias, merecem destaque aquelas que mais se aproximam ao tema proposto.

### 2.2.1 Teoria do delito como eleição

Tem-se o seu início com a Escola Clássica, e como principais autores destacam-se Jeremy Bentham, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e Cesare Beccaria. Com evidência para a obra de Beccaria (1764 – Dos delitos e das Penas) que mudou radicalmente a compreensão da relação delito x pena, indo na contramão da arbitrariedade, da ilegalidade e do abuso de poder, sua obra foi a base para um Direito Penal mais humanizado, influenciando muitos dos modernos sistemas jurídicos penais em todo o mundo.

É relevante salientar que a denominação “criminologia clássica” é anacrônica, pois esse período da Escola clássica antecede o surgimento da criminologia enquanto ciência. A Criminologia enquanto ciência do estudo do crime e suas conseqüências, só viria a existir de fato, um século depois.

Greco (2009, p. 35) a respeito da contribuição que tais teorias, em especial as obras de Beccaria e de Bentham, exerceram para a compreensão do crime e suas conseqüências:

[...] por intermédio da obra de Beccaria (1764 – Dos Delitos e das Penas) e de Bentham (1789 – Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação), inúmeros princípios começaram a ganhar corpo, a exemplo dos princípios da necessidade e da suficiência da pena, proporcionalidade, utilidade, prevenção geral e especial, *in dúbio pro reo*, publicidade dos julgamentos, presunção de inocência, culpabilidade, dentre outros, sem falar, talvez, na maior conquista da história da humanidade, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a pena deixasse de ser aflitiva, tendo o corpo do criminoso como seu objeto principal, evoluindo para a privação da liberdade como pena principal.

Beccaria, reconhecido como o primeiro abolicionista da pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz a prevenção geral, entendia que deveria existir uma proporção entre o crime praticado e a pena aplicada, sendo aquela imposta com a finalidade de proteção social. Como já mencionado anteriormente, esse caráter de retributividade proporcional ao delito cometido é um dos fundamentos do Direito contemporâneo, estabelecendo que a pena seja fixada de acordo com os critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime.

A Escola Clássica fundamentava-se nas idéias de livre-arbítrio, dissuasão e prevenção. Por livre-arbítrio entendia-se que o agente tinha diante de si a capacidade de escolher entre fazer o bem ou mal, ele por sua vontade livre e soberana, poderia optar por um comportamento lícito ou ilícito, e entre esse poder de escolha, a pena se colocaria como um fator desestimulante entre o mal da punição e o benefício que ele poderia alcançar através do comportamento delitivo.

Para os teóricos da Escola Clássica a pena deveria ter um caráter de prevenção, geral e especial, assim Beccaria (1999, p.52) afirmava que “o fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos, e demover os outros de agir desse modo”.

### 2.2.3 Teoria do etiquetamento

Também denominada de *labelling approach*, ou Teoria da reação social, surgiu nos Estados Unidos, nos anos de 1960 com a obra “Outsiders” de Howard Becker. A teoria parte da idéia de que o crime não guarda uma realidade ontológica em si. Segundo este novo pensamento, o desvio é criado pela sociedade, a qualidade do crime é conferida pelo entorno social a determinado ato praticado por determinado indivíduo (Silva, 2014). Tal processo de desvio segundo Greco (2009, p. 43) se daria de duas formas:

O desvio primário corresponde à primeira ação delitiva de um sujeito, que pode ter como finalidade resolver alguma necessidade, por exemplo, econômica, ou produzir-se para acomodar sua conduta às expectativas de determinado grupo sub cultural. O desvio secundário se refere à repetição dos atos delitivos, especialmente a partir da associação forçada do indivíduo com outros sujeitos delinqüentes.

O processo de etiquetamento se dá a partir do instante em que o indivíduo delinqüente, a sociedade já o rotula como um criminoso. Assim como o próprio indivíduo passa a se considerar um desviado, adquirindo o que a criminologia denomina de estereótipo do criminoso (Bayer, 2013). Uma vez adquirido esse status de desviado ou delinqüente, dificilmente é possível modificá-lo.

O processo de criminalização primária começa na escolha que o Estado faz daqueles comportamentos tidos como anti-sociais, e que põe em risco a segurança dos bens jurídicos protegidos, impondo a proibição ou punição para aqueles que praticarem tal conduta. Essa teoria na verdade, é resultado da intolerância do legislador com a conduta praticada principalmente pelos excluídos à margem da sociedade, pois ao se criar a norma penal, na maioria das vezes sem a devida observância dos princípios orientadores como o da proporcionalidade e da razoabilidade, tende-se a criar tipos penais de maior rigor em relação aos pobres e de maior tolerância aos praticados por aqueles das classes sociais mais elevadas.

Já no processo de criminalização secundária, a etiqueta tem origem nos órgãos de controle social como a polícia e o judiciário, onde o Estado no uso do seu *ius puniendi*, investiga, processa e condena a uma pena, aqueles que praticam uma conduta tipificada pelo legislador no processo anterior.

Para que se possa compreender esse processo de criminalização dos indivíduos, faz-se necessário entender a influência que o controle social exerce no processo de criminalização e estigmatização do delinqüente.

O controle social pode ser definido como um conjunto de instituições (formais e informais) que tem como finalidade promover a adequação dos indivíduos a modelos e normas pré-estabelecidos, possibilitando a convivência harmoniosa dos mesmos. Subdividi-se em formal e informal. O primeiro pode ter caráter punitivo ou não, dependendo para tanto, da esfera de atuação desse controle, a exemplo da polícia, MP e os Juízes e não punitivo as esfera de atuação do Direito privado. O segundo é exercido por agências institucionalizadas e quem não tem como função principal o controle do crime, a exemplo de Igrejas, escolas e a família.

Pode-se verificar que o controle social informal tem um papel fundamental na criminalização de determinadas condutas através da influencia que exerce sobre os órgãos de criminalização primária. É o que afirma com precisão Molina (2002, p. 133):

O controle social não se limita a detectar a criminalidade e a identificar o infrator, se não que “cria” ou “configura” a criminalidade: realiza uma função constitutiva, de sorte que nem a lei nem a expressão dos interesses gerais, nem o processo de sua aplicação à realidade respeita o dogma da igualdade dos cidadãos. Os agentes do controle social formal não são meras correntes de transmissão da vontade geral, senão filtros a serviço de uma sociedade desigual que, através deles, perpetua sua estrutura de dominação e incrementam as injustiças que a caracterizam.

Para Batista (2007) o sistema penal apresenta-se como isonômico, atingindo a todos em relação a sua conduta de forma igualitária, quando na realidade ele é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas e integrantes de determinados grupos sociais. Tal teoria na lição de Queiroz (2008) tem o mérito de mostrar a injustiça, a excepcionalidade (cifras ocultas da criminalidade) e o caráter arbitrariamente seletivo e discriminatório do sistema penal.

A chamada cifra oculta da criminalidade, nada mais é que a constatação de que há muito mais condutas praticadas contra o direito criminal do que o sistema penal tem condições de investigar e processar. Sabe-se então que muitos cometem crimes, mas apenas alguns serão etiquetados como criminosos. E sobre a seletividade e discriminação do sistema penal, é fácil perceber na realidade do

nosso sistema prisional, onde proporcionalmente, há muito mais pobres nas cadeias do que membros de outras classes.

Em síntese, *o labelling approach* despertou a dogmática penal de uma ilusão criada a partir da idéia de que o Direito penal teria a função de nos defender de pessoas más e perigosas. A teoria da etiqueta mostra-se na verdade, que aqueles tidos como criminosos habituais revelam muito pouco sobre o que pensamos sobre o mal em si, mas expõe a gritante desigualdade ideológica da nossa sociedade.

### 3 ABOLICIONISMO, DIREITO PENAL MÍNIMO E MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

Em resposta a crescente sensação de insegurança, parte da grande mídia na busca desenfreada por pontos de audiência, patrocina um verdadeiro show de horrores, apresentando à sociedade, através do discurso punitivo o Direito Penal como a solução para conter o problema da criminalidade. A esse respeito, Greco (2009) afirma que de toda forma o discurso penal agrada a sociedade, na medida em que ela deposita sobre o Direito Penal suas esperanças. À grande mídia cabe-lhes o papel de convencimento através da exploração midiática de casos estarrecedores e de grande repercussão.

Nas palavras de Gomes (2011, p. 190):

Diante da dificuldade de contensão da criminalidade, a sociedade encontra-se, no momento atual, clamando por um direito penal que garanta a segurança dos cidadãos, expressando o desejo por uma intervenção do Estado cada vez maior, tendo em vista retirar do convívio social aqueles indivíduos que se mostrem atentatórios à paz e à ordem.

Com o propósito de esclarecer a essência de que cada discurso penal faz-se necessária a análise e distinção de forma sucinta, de cada um dos movimentos do Direito penal contemporâneo, para que se possa ao final do presente trabalho optar por aquele que de maneira mais racional contribua para a solução do problema da crescente crise de legitimidade do Direito Penal frente o avanço da criminalidade.

#### 3.1 Abolicionismo

A tese abolicionista nasce a partir de autores como Fillipo Gramatica, fundador do centro de Estudos de defesa social, em 1945, e Louk Hulsman, que comprometidos com os princípios fundamentais como a da dignidade da pessoa humana, reconhecem a irracionalidade do Direito Penal, e negam qualquer justificação ou legitimidade externa ao poder punitivo do Estado em relação aos desvios.

Ferrajoli (2012, p. 200) no seu entendimento, considera como abolicionistas somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou

porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou ainda porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal ou imediatamente social.

Nos ensinamentos de Greco (2009, p. 9):

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 incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, pois que, como é de conhecimento de todos, a “clientela” do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força como forma de contenção das massas, em benefício de uma 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”.

O grande problema do raciocínio abolicionista é que extirpar totalmente o direito penal do ordenamento jurídico, entregando a outros ramos do direito como o Direito Administrativo ou o Direito Civil a tarefa de resolver casos de violações graves como o homicídio ou o latrocínio, e que exigem uma rápida resposta do Estado, seria impossível se não por meio do próprio Direito Penal. Fato que foi reconhecido inclusive por muitos abolicionistas, como utópico, entendendo não existir outra forma de impedir situações que causam danos, algumas vezes irreparáveis ao convívio social se não por meio da intervenção do Direito Penal.

### 3.2 Movimentos de Lei e Ordem

Os movimentos de Lei e ordem, nascidos na década de 70, nos Estados Unidos, defendem a aplicação de um Direito Penal máximo, onde o caráter de subsidiariedade do Direito Penal como *ultima ratio* da ordem jurídica, é substituído pela idéia de uma intervenção máxima do Estado na aplicação de punições, a todos os comportamentos tidos como intoleráveis ao convívio social, sem considerar para tanto, a relevância da conduta ou a importância do bem jurídico lesado.

A mídia, seja escrita, falada ou digital sempre exerceu grande influência na propagação desses discursos punitivos, na medida em que apresenta a sociedade um Direito Penal simbólico, remédio para todas as mazelas sociais que afligem nossa sociedade.

A respeito desse protagonismo que a Justiça penal exerce nos debates sociais, pode-se atribuir além das poucas alternativas ideológicas em nossa sociedade, a ineficiência do Estado na efetivação de políticas públicas voltadas as questões estruturantes de âmbito social.

Na concepção de Ferrajoli (2002, p. 84) ao contrário do Direito Penal mínimo:

O modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação”.

Um claro exemplo desses movimentos é a política repressiva de tolerância zero chamada de *Law and order*, adotada na década de 90 nos Estado Unidos, mais precisamente em Nova York pelo então prefeito Rudolph Giuliani e seu chefe de polícia William Bratton, como resposta a crescente onda de violência existente na cidade. A idéia central era punir todos os pequenos delitos com rigor a fim de evitar futuros criminosos em potencial.

Com grande repercussão midiática, Giuliani se tornou uma espécie de pop star em todo o mundo, recebendo títulos e homenagens, tendo o seu modelo sido copiado em diversas legislações penais. Contudo, sobre o suposto sucesso da política repressivista norte-americana, Aury Lopes Jr. (2001) assevera que:

Nos Estados Unidos, o marketing de que a redução da criminalidade urbana em Nova York foi conseqüência da política de tolerância zero, é severamente criticada. É pura propaganda enganosa. Não é prendendo e mandando para a prisão mendigos, pichadores e quebradores de vidraças que a macro-criminalidade vai ser contida. As taxas de criminalidade realmente caíram em Nova York, mas também decresceram em todo o país, porque não é fruto da mágica política nova-iorquina, mas sim de um complexo avanço social e econômico daquele país. É fato notório 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 ao desemprego e política educacional eficiente.<sup>1</sup>

Outro grande crítico ao “marketing” da política de tolerância zero é o sociólogo Francês Loïc Wacquant, que em sua obra *Les prisons de lá misère* (As prisões da miséria), contesta a eficiência dessa política comparando-a a outros estados americanos, a exemplo da cidade de San Diego na Califórnia, que ao mesmo tempo obteve melhores indicadores na redução da criminalidade, adotando como estratégia a *community policing* (polícia comunitária) atuante na interação com os cidadãos. Segundo Wacquant (2001) enquanto em Nova York o número de prisões efetivadas pelas forças de segurança, nesse mesmo período, aumentaram em 24%, San Diego houve uma queda no número de prisões em 15%.

Tal ideologia se espalhou pelo mundo como uma “metástase”, a exemplo do Brasil com a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) com evidente influência dessa ideologia do repressivismo saneador. O legislador Brasileiro em resposta as crescentes ondas de seqüestros ocorridas no início da década de 90, com base no Art. O art. 5º, inciso XLIII da CF/88, que versa:

Art. 5º. [...]

[...]

XLIII - A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

A Lei dos crimes hediondos é uma clara representação de um Direito Penal simbólico, onde normas são editadas em meio ao calor da comoção social, e acabam posteriormente perdendo sua eficácia, pela impossibilidade de sua aplicação efetiva.

---

<sup>1</sup> Violência urbana e tolerância zero: verdades e mentiras. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5805](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805) >. Acesso em 23 out. 2015.

### 3.2.1 Direito penal do inimigo

A mais radical das teorias dos movimentos de lei e ordem, o Direito Penal do Inimigo, criado pelo professor Alemão Gunther Jakobs, e defendida em seu livro *Derecho penal Del enemigo* de 2003, Jakobs procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão, onde se observa todos os princípios e garantias fundamentais e um Direito Penal do Inimigo, aplicado a criminosos tidos como “inimigos”, onde tais garantias e princípios poderiam ser relativizados em nome da manutenção da ordem pública e o respeito às leis.

Zaffaroni (2011, p.18) assevera que essa distinção e o tratamento penal diferenciado ao que for considerado inimigo, configura uma das incompatibilidades do Direito penal do inimigo com o Estado democrático de Direito, “pois na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa”.

Sobre este ponto, Luiz Flávio Gomes (2004) explica que:

Dois, portanto, seriam os Direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.<sup>2</sup>

O Direito Penal do Inimigo é na verdade, um exemplo do direito penal do autor, que diverge do modelo de Direito Penal do fato. Este defende que o indivíduo deve ser punido levando-se em conta a sua culpabilidade em face do ato praticado. Aquele, contudo, defende que o indivíduo deve ser punido somente pelo que ele representa, independente daquilo que ele fez.

Se considerarmos que tal teoria não reprova a culpabilidade do agente e sim sua periculosidade, conseqüentemente pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas, o que para Gomes (2004) conflita diametralmente com nossas

---

<sup>2</sup> Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito penal). Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print)>. Acesso em: 24 out. 2014.

leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo.

Para a Teoria do Direito Penal do Inimigo, o indivíduo não deve ser punido com pena, mas com medida de segurança. Incide sobre aquele que é considerado inimigo um juízo de periculosidade e não de culpabilidade. De tal modo, o que se analisa nesta teoria é a possibilidade de impedir atos criminosos de um indivíduo com propensão para delinquir. Nota-se, portanto, que há uma visão prospectiva do inimigo (leva em conta o que ele pode fazer) e não retrospectiva (leva em conta o que ele fez).

Tal concepção vai de encontro ao princípio da lesividade, que veta a proibição de condutas que não ultrapassem o âmbito no indivíduo, ou seja, quando ainda não existe o risco concreto de dano ao bem jurídico, mas um risco de dano em abstrato.

Mas quem seriam então aqueles considerados inimigos? Para Jakobs (2012, p. 34) são exemplos de inimigo os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Ao responder essa indagação, Greco (2009) alerta para a imprecisão e o risco dessa escolha de quem seriam os inimigos, pois segundo ele alguns poderiam seguramente eleger os traficantes de droga, os terroristas, as organizações criminosas... “E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil de inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim”.

De acordo com Jakobs o Direito penal do inimigo já está presente em quase todas as legislações penais ao redor do mundo, a exemplo do Brasil com a lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organizações criminosas (Lei n.º. 9.034, de 3 de maio de 1995) alterada pela Lei n.º 12.850/13.

O professor Luiz Flávio Gomes (2004) procura traçar uma seleção dos principais pontos defendidos por Jakobs, e que embasam a sua Teoria do Direito Penal do inimigo:

- (a) Flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bem jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada,

colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).

O raciocínio para tal, é que estaríamos vivendo um verdadeiro estado de guerra, o que para Jakobs justificaria essas alterações na regra do jogo.

Vale salientar, que Günther Jakobs admite paradoxalmente que o modelo penal proposto não é apto a determinar a diminuição imediata do número de inimigos, sendo provável, ao revés, que implique seu aumento. Assim, a sociedade seguiria tendo inimigos, mais ou menos visíveis. (Bechara *et al.* 2011, p. 125 )

Mas, no entendimento de Greco (2009) afirmar que a nossa sociedade é composta por cidadãos e inimigos, e que estes devem receber tratamento diferenciado como em um estado de guerra é um retrocesso, uma volta à fase escura da humanidade que deve ser esquecida.

### 3.3 Direito Penal Mínimo

O Direito Penal Mínimo se coloca entre as teses já abordadas, pois apresenta-se na posição de equilíbrio entre os extremos da tese abolicionista e do movimentos de lei e ordem. Evidencia o caráter de fragmentariedade do Direito Penal, na medida em que sustenta a sua finalidade de proteger somente aqueles bens de extrema relevância ao convívio social, e ainda sua subsidiariedade, pois o Direito Penal como *ultima ratio* somente deve ser invocado quando os outros ramos do direito mostrarem-se ineficazes na proteção do bem jurídico lesado.

Na precisa lição de Ferrajoli (2002, p. 83 e 84):

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo.

Ainda segundo esse mesmo autor, a distinção do Direito penal máximo e do Direito penal mínimo, importa em duas espécies de "certeza", ambas relativas e subjetivas, cada uma delas acompanhada de uma forma correlativa de "incerteza". O Direito penal máximo persegue a certeza de que nenhum culpado fique impune, á custa da incerteza de que também algum inocente seja punido, enquanto que a certeza perseguida pelo Direito penal mínimo, ao contrário, é que nenhum inocente seja punido á custa também da incerteza de que algum culpado fique impune. (Ferrajoli. 2002)

Como já abordado anteriormente em outros tópicos, a discussão do Direito Penal mínimo encontra fundamento, na crise de eficácia que o Direito penal contemporâneo atravessa, e essa visão minimalista do Direito penal mostra-se como o caminho mais equilibrado e racional que o Direito possa percorrer a fim de recuperar sua legitimidade e efetividade. Sobre o pretensa crise de legitimidade que o Direito penal contemporâneo atravessa, Bechara (2011, p.122) constata:

Verifica-se, então, que a crise do Direito Penal no âmbito da complexidade da sociedade contemporânea diz respeito, antes de mais nada, à sua capacidade regulativa. A multiplicidade das funções exigidas ao Estado, a inflação legislativa, a pluralidade das fontes normativas, sua subordinação a imperativos sistêmicos de natureza econômica, tecnológica ou política, e, de outro lado, a ineficácia dos controles e as amplas margens de irresponsabilidade dos poderes públicos geram uma crescente incoerência e perda de confiança na razão jurídica.

É possível concluir que essa crise de legitimidade que o Direito penal atravessa, está diretamente ligada a adoção de uma política de Direito penal máximo como forma de contenção da criminalidade, que atribui ao Direito penal um caráter meramente simbólico. Deste modo, com propriedade adverte Leal (2012, p. 57):

Os estudiosos chamam a atenção sobre o quanto é temerário ver a segurança pública como um tema eminentemente penal e enfatizar o direito penal máximo, de *prima ratio*, simbólico, responsável pela exacerbação das normas vigentes, como se fosse uma resposta eficaz, mágica, à criminalidade. Diria eu que é um espelhismo, uma falsa ilusão de paz social, de nação segura, que se vende a uma população amedrontada, apostando na mítica capacidade de um sistema hipertrofiado, panpenalista, como instrumento de controle, de profilaxia coletiva.

Daí, a necessidade de no âmbito de um Direito penal mínimo, discutir-se a relevância da despenalização e descriminalização de algumas condutas, buscando alternativas menos traumáticas que a intervenção da norma penal, naqueles delitos de menor importância.

### 3.3.1 Princípios Fundamentais do Direito Penal Mínimo

Sob a percepção de Greco (2009), o Direito Penal Mínimo ou do Equilíbrio, como assim o denomina, implica a adoção de vários princípios que servirão para orientar o legislador desde a criação até a revogação de um tipo penal. Dentre os princípios que norteiam a aplicação do Direito Penal Mínimo, merecem destaque os princípios da: dignidade da pessoa humana; intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade; e legalidade.

Desse modo, Capez (2011, p. 28) defende que “o Direito Penal brasileiro somente pode ser concebido à luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser um direito penal democrático”. Para Capez desse Estado Democrático parte um gigantesco tentáculo regulando todo o sistema penal, que seria o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual derivam todos os outros princípios constitucionais do Direito Penal.

Para tanto, faz-se necessário a compreensão da importância que cada um desses princípios exerce na busca de um Direito penal mínimo, humano e racional.

#### 3.3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Não teria sentido a idéia de nenhum outro princípio limitador da tutela penal do Estado, sem o reconhecimento do conceito de pessoa e de sua dignidade. No âmbito do Direito penal mínimo é o princípio central e orientador de todos os outros, o homem aqui deve ser o centro das atenções do Estado, que deverá se limitar a

proibir apenas os comportamentos lesivos, danosos e intoleráveis aos bens mais importantes e indispensáveis ao convívio social. (Greco, 2009)

O legislador brasileiro se preocupou em adotar expressamente na CF/88, o princípio da dignidade da pessoa humana, atribuindo-lhe caráter normativo como fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme depreende de seu texto no Art. 1º, III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
I - a soberania;  
II - a cidadania  
III - a dignidade da pessoa humana;  
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;  
V - o pluralismo político.

Bechara (2011) afirma que a partir da idéia de dignidade intrínseca a todo homem, como valor transcendente e informador do Estado Democrático de Direito brasileiro, que se estabelece claramente a função limitadora dos princípios constitucionais sobre o poder punitivo do Estado, fortalecendo-se a uma concepção “humanizada” do Direito Penal, imune à arbitrariedade e ao excesso.

A dignidade da pessoa humana deve então ser considerada como norma de hierarquia superior, e que orienta todos os sistemas de produção legislativa, assim como atesta a validade de normas hierarquicamente inferiores. Vetando a criação de tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentando contra a dignidade da pessoa humana, a proibição de penas cruéis e a tortura do acusado como meio de obter confissão.

Nesse sentido, de acordo com Capez (2011, p. 28):

O legislador, no momento de escolher os interesses que merecerão a tutela penal, bem como o operador do direito, no instante em que vai proceder à adequação típica, devem, forçosamente, verificar se o conteúdo material daquela conduta atenta contra a dignidade humana ou os princípios que dela derivam. Em caso positivo, estará manifestada a inconstitucionalidade substancial da norma ou daquele enquadramento, devendo ser exercitado o controle técnico, afirmando a incompatibilidade vertical com o Texto Magno.

É notório que tal princípio tem sofrido graves violações por parte daquele que deveria ser o seu principal garante, o Estado, na medida em que direitos

fundamentais básicos expressos no texto constitucional e inerentes a existência do homem como cidadão, lhe são negados, como o direito a educação, lazer, saúde, moradia entre outros, e que infelizmente reduz o homem a margem da sociedade, entregando-o á própria sorte e retirando-lhe a condição mínima de existência como pessoa humana.

### 3.3.1.2 Princípio da Intervenção Mínima

Encontra fundamento na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde em seu art. 8º, defende que a lei só deve prever penas estritamente necessárias. Para Greco (2009) o princípio da intervenção mínima pode ser considerado o coração do Direito penal mínimo, pois evidencia o caráter de fragmentariedade do Direito penal, que deve proteger apenas aqueles bens jurídicos imprescindíveis para o convívio social.

Neste sentido, Bitencourt (2013, p. 55) afirma o caráter fragmentário do Direito penal na medida em que:

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

Feita a valoração do bem jurídico, verificando a sua relevância ao convívio social, o outro ponto de partida da intervenção mínima, é a característica subsidiária do Direito penal, como *ultima ratio* da ordem jurídica, mesmo sendo o bem de relevo, somente se deve recorrer ao Direito penal, quando fracassarem todas as outras formas de proteção a esse bem por meio de outros ramos do direito.

Diante da atual inflação legislativa de normas penais incriminadoras, realidade em quase todos os ordenamentos jurídicos positivos, onde o legislador cria normas sem muitos critérios científicos, carregadas de cunho ideológico e atendendo a interesses partidários, baseadas muitas das vezes apenas no clamor da opinião pública. Queiroz (2008, p. 18) atesta essa situação preocupante, no que diz respeito

a qualidade da atuação legislativa na criação desenfreada de novas condutas tipificadas como criminosas, sem a devida observância dos critérios técnicos e científicos:

É de convir, assim, que as leis são (não infreqüentemente) um instrumento retórico e demagógico de criar uma impressão, uma falsa impressão, de segurança, criando no imaginário social a ilusão de que os problemas foram ou estão sendo resolvidos, até porque de nada valem se não existirem mecanismos reais de efetivação. E as leis parecem assumir nos dias atuais, cada vez mais, uma função mítica, simbólica. E o legislador tem sabido tirar proveito disso, ao decidir legislar em profusão, como se a edição de novas leis, ao invés de proteção, não significasse apenas a multiplicação de novas violações à lei e, pois, mais arbitrariedade.

O princípio da intervenção mínima deve funcionar como uma espécie de freio ao arbítrio do legislador, que apesar de possuir a liberdade política na escolha do bem jurídico que deverá ser tutelado pela Direito penal, tal liberdade esbarra na obrigatoriedade de observância dos princípios constitucionais limitadores do *ius puniendi* do Estado. Na precisa lição de Capez (2011, p. 38) o princípio da intervenção mínima tem dois destinatários principais:

Ao legislador o princípio exige cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente aqueles que, segundo comprovada experiência anterior, não puderam ser convenientemente contidos pela aplicação de outros ramos do direito deverão ser catalogados como crimes em modelos descritivos legais.

Ao operador do Direito recomenda-se não proceder ao enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico. Assim, se a demissão com justa causa pacifica o conflito gerado pelo pequeno furto cometido pelo empregado, o direito trabalhista tornou inoportuno o ingresso do penal. Se o furto de um chocolate em um supermercado já foi solucionado com o pagamento do débito e a expulsão do inconveniente freguês, não há necessidade de movimentar a máquina persecutória do Estado, tão assoberbada com a criminalidade violenta, a organizada, o narcotráfico e as dilapidações ao erário.

Apesar da incidência do princípio da intervenção mínima se dá em via de regra no campo abstrato da norma penal, há julgados que mostram sua aplicabilidade ao caso concreto. É o que se observa de decisões em que se admite a possibilidade de afastar a incidência do crime de desobediência previsto no art.

330 do CP, para testemunhas faltosas, até que se esgotem todas as medidas previstas em lei:

RECURSO CRIME. ART. 330, "CAPUT", DO CÓDIGO PENAL. TESTEMUNHA FALTOSA. DENÚNCIA REJEITADA NA ORIGEM. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. 1. "DESOBEDIÊNCIA TESTEMUNHA FALTOSA CRIME NÃO CARACTERIZADO. 1. A testemunha faltosa somente deve ser submetida à ação penal pelo delito de desobediência depois de esgotadas, sem sucesso, as medidas previstas em lei, tais como condução coercitiva e multa.

[...]

(Apelação Crime Nº 70005618418, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista. (TJ-RS - RC: 71003448339 RS, Relator: Edson Jorge Cechet, Data de Julgamento: 26/03/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/03/2012)<sup>3</sup>

HABEAS CORPUS. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA. ART 330 DO CP. TESTEMUNHA FALTOSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. A testemunha faltosa somente responde pelo crime de desobediência após esgotadas as medidas de condução coercitiva. **Tal interpretação é adequada ao princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como ultima ratio.** Destarte, indevida a instauração de ação penal pelo delito de desobediência contra as testemunhas faltosas, sem que esgotadas as medidas cabíveis para trazê-las à audiência, previstas no artigo 218 do CPP, mormente em verificando que elas comparecem na audiência seguinte e foram inquiridas, sem prejuízo ao andamento do feito. ORDEM CONCEDIDA. (Grifo nosso)

[...]

(Habeas Corpus Nº 71004523551, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 19/08/2013) (TJ-RS - HC: 71004523551 RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 19/08/2013, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/08/2013).<sup>4</sup>

Por esse princípio, compreende-se então que a intervenção repressiva da tutela penal no convívio social, só se deve operar como imperativo de necessidade, ou seja, quando a pena apresenta-se como a única forma de proteger o bem jurídico de relevo, esgotando-se todas as possibilidades possíveis de solução do conflito por meios de outros ramos do direito.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21440410/recurso-crime-rc-71003448339-rs-tjrs>>. Acesso em: 27 out. 2015.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113179441/habeas-corpus-hc-71004523551-rs>>. Acesso em: 27 out. 2015.

### 3.3.1.3 Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade, também chamado de princípio da ofensividade, marca a separação do Direito e da moral, pois sua idéia fundamental é que, nem toda conduta considerada imoral, pecaminosa ou diferente, merece o juízo de reprovação do Direito penal.

Segundo Nilo Batista, o princípio da lesividade possui quatro funções: a primeira seria proibir a incriminação de uma atitude interna do agente; em segundo proibir uma conduta que não exceda o âmbito do próprio agente; em terceiro, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, a exemplo da tese do direito penal do autor, onde se pune o agente pelo que ele “é” e não pelo que ele “fez”; e por último proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. (Batista, 2007, p. 92)

Sobre a incidência do princípio da ofensividade, Bitencourt (2013, p. 61) afirma que, como a maioria dos princípios orientadores do Direito penal mínimo, este, exerce dupla função:

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

Assim, de acordo com esse princípio, para que se tipifique uma conduta como criminosa, é necessário que exista o perigo concreto de dano ao bem jurídico protegido pela norma. Não há que se falar então, em crimes de perigo abstrato, já que no Direito penal não se admite a punição do agente baseada apenas e tão somente em mera presunção de que sua conduta possa afetar o bem jurídico resguardado.

### 3.3.1.4 Princípio da Adequação Social

Por esse princípio, entende-se que o Direito penal deve se preocupar somente com aquelas condutas que tenham relevância social, ou seja, mesmo que tipificada uma conduta, por sua adequação social, não pode mais ser considerada criminosa.

A crítica ao princípio da adequação social reside na impossibilidade de utilizá-lo como único critério valorativo da tipicidade de uma conduta, ante a imprecisão do conceito de adequação social, gerando insegurança e uma excessiva subjetividade na análise material do tipo. (Capez, 2011)

Mas é inegável a contribuição desse princípio aliado a outros princípios do Direito penal mínimo, na subsunção de um fato concreto a um tipo penal, podendo levar a exclusão de sua tipicidade. Nessa concepção, Bitencourt (2013, p. 59) colaborando com esse pensamento, entende que:

[...] As imprecisões semânticas e terminológicas do critério da “adequação social” – diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência – desaconselham utilizá-lo como único critério delimitador da tipicidade de uma conduta, sendo recomendável complementá-lo por meio de outros que sejam mais exatos.

Assim como a nossa sociedade é mutável, também o princípio da adequação se molda a evolução da própria sociedade e sua concepção de qual conduta deve ou não ser motivo de reprovação, a exemplo disso, situações que outrora não eram toleradas pela sociedade, hoje podem ser consideradas atípicas por não mais encontrar reprovação social, assim também há situações, que antes tinham uma aceitação social e que hoje não podem mais ser toleradas, a exemplo das famosas “vaquejadas”, esporte típico das regiões do semi-árido nordestino, e que se encontra atualmente no centro das discussões, se a vaquejada, um dos esportes mais praticados no nordeste brasileiro, ofende ou não a CF por prática de maus tratos a animais.

Vale salientar que nem sempre o que a sociedade tolera, vai estar de acordo com a nossa CF, por isso deve o legislador assim como o aplicador do direito, fazerem esse juízo de valor em concordância com outros princípios e em simetria constitucional.

### 3.3.1.5 Princípio da Insignificância

Também denominado de princípio da bagatela, surgiu á partir do Direito civil Romano, e foi introduzido no Direito penal por Claus Roxin. Por esse princípio entende-se que o Direito penal não deve preocupar-se com delitos de menor importância, pois a Tipicidade exige o mínimo de lesividade ao bem jurídico.

No âmbito do Direito penal mínimo, esse princípio não atua mais no plano abstrato da norma, mas no caso concreto em que a norma já criada pode tipificar condutas incapazes de gerar um dano maior ao bem jurídico tutelado. Pode ser compreendido como um princípio que auxilia na interpretação do tipo penal e sua finalidade é afastar do tipo, condutas danosas de pouca importância. Conforme o entendimento de Greco (2009) o princípio da insignificância será de utilização obrigatória nas mãos do intérprete, que fará um juízo valorativo sobre a tipicidade material da conduta do agente, adaptando-a ao modelo em abstrato previsto na lei penal.

Importante salientar que crimes insignificantes são distintos daqueles crimes de menor potencial ofensivo, descritos no art. 61 da Lei n. 9.099/95 e que se submetem aos Juizados Especiais Criminais. Apesar da expressão “menor potencial ofensivo” o princípio da insignificância não se aplica a esses delitos, pois existe o dano perceptível ao bem jurídico tutelado.

É certo que a aplicação desse princípio deve ser analisada a cada caso concreto de acordo com sua especificidade, pois se tomarmos como exemplo o furto (art. 155 do CP), abstrativamente não pode ser considerado insignificante, mas o furto de um chocolate sim.

Contudo, em recentes julgados, o STF tem o entendimento que a aplicação do princípio da insignificância deve ser analisado casa a caso, mesmo em situações que aparentam insignificância em relação ao valor dos bens em crimes de furto, deve-se levar em consideração circunstâncias agravantes, como a qualificação do crime por rompimento de barreira ou reincidência. Pois para que se configure a incidência do princípio da bagatela, de acordo com o entendimento do Tribunal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e

nenhuma periculosidade social É o caso do HC 126273, que teve como Relator o Min. Teori Zavascki:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. CONTUMÁCIA NA PRÁTICA DE CRIMES DA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DO REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado “princípio da insignificância” e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que “a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa” (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta do agente. 4. Não se desconhece que a controvérsia dos autos encontra-se pendente de julgamento no Plenário (Habeas corpus 123.731, 123.533 e 123.108, Rel. Min. Roberto Barroso). Entretanto, enquanto não decidida definitivamente a matéria, é de se aplicar a jurisprudência dominante da Corte, consignada na decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

[...]

(HC 126273 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 12/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015)<sup>5</sup>

O HC 123108, julgado no STF e que teve como Relator o Min. Luiz Roberto Barroso, se refere a condenado a um ano de reclusão, com regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa pelo furto de uma sandália de borracha no valor de R\$ 16. Apesar do pequeno valor e da devolução do objeto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação porque o réu era reincidente. Mas no brilhante voto do Relator Min. Luiz Roberto Barroso, ele

<sup>5</sup> Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+CORPUS+123%2E108%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pg8u5to>>. Acesso em: 26 out. 2015.

reconhece que nem a reincidência ou a modalidade qualificada do furto devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, a depender do caso concreto:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 1º DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO (I) - DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. (II) - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV E LV, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...] É compreensível e legítima a preocupação em oferecer uma resposta estatal a pessoas reiteradamente envolvidas em condutas socialmente reprováveis. A dificuldade está em que o direito penal não oferece a melhor solução para o problema. Está-se aqui no domínio das escolhas trágicas. Embora a solução cogitada traga algum grau de inquietação ao próprio relator, é preciso confrontá-la com alternativa pior: ao mandar o autor de um furto insignificante para o sistema penitenciário, está-se fabricando, quase inexoravelmente, um criminoso de muito maior agressividade e periculosidade. Vale dizer: não há solução juridicamente simples nem moralmente barata.

A alarmante situação carcerária no Brasil e o alto índice de reincidência dos egressos do sistema prisional são problemas altamente complexos e graves, que não podem ser integralmente resolvidos pelo Poder Judiciário. A reconfiguração jurisprudencial da insignificância, como proposta neste voto, constitui mecanismo realista e pragmático de lidar com a realidade presente, até que ela possa ser modificada.

Diante do exposto, voto no sentido de conceder a ordem para reconhecer a atipicidade material da conduta do paciente, por aplicação do princípio da insignificância, restando anulados todos os efeitos do processo penal em exame. Fica prejudicada, assim, a alegação referente à nulidade por ausência de interrogatório.

[...]

(STF - HC: 123108 MG , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 01/07/2014, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 01/08/2014).<sup>6</sup>

O reconhecimento da atipicidade material da conduta praticada pelo agente, por aplicação do princípio da insignificância, nesse caso, mesmo presente o agravante da conduta reiterada, é claro exemplo da incidência do Direito penal mínimo ao caso concreto.

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_123108\\_MLRB.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2015.

### 3.3.1.6 Princípio da Proporcionalidade

Há muito que o Direito penal tem buscado equacionar o problema da proporcionalidade entre a pena e a severidade do delito, com assento na dignidade da pessoa humana, tal princípio tem a sua origem na necessidade da limitação de toda e qualquer intervenção desnecessária e desproporcional na vida privada do cidadão, por parte do Estado. Para Capez (2011) um Direito penal democrático não coaduna com a idéia de que uma incriminação traga mais custo do que benefício a sociedade, ou seja, sempre que se cria um tipo penal, a coletividade abre mão de uma parcela de liberdade em nome da proteção de um bem jurídico de relevo, mas quando o custo dessa limitação é maior que o benefício alcançado pela norma, tal tipificação é eivada de inconstitucionalidade.

O conceito de proporcionalidade surge de forma embrionária com a “lei do talião”, do famoso brocardo “olho por olho, dente por dente”, onde a pena tinha caráter eminentemente retributivo, mas já se concebia uma idéia ainda que imprecisa de proporcionalidade, onde a pena deve igualar-se ao delito, sendo um mal de mesma natureza e intensidade. (Ferrajoli, 2011)

Já no século XVIII, com influência dos ideais Iluministas já se buscava a limitação da intervenção do Estado na liberdade dos indivíduos. A concepção de penas proporcionais ao delito foi ganhando natureza humanizada, com destaque para a obra de Beccaria.

O art. 8º da Declaração de 1789 recepcionou em seu texto, a proibição de penas excessivas e desnecessárias. Na CF/88 o princípio da proporcionalidade está implícito no (art. 5º, XLVII) quando determina a proibição de certos tipos de penas:

Art. 5º [...]

XLVII - não haverá penas:

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

[...]

Também quando exige a individualização da pena (art. 5º, XLVI):

Art. 5º [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
  - b) perda de bens;
  - c) multa;
  - d) prestação social alternativa;
  - e) suspensão ou interdição de direitos;
- [...]

Do mesmo modo no (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) em que prevê maior rigor para casos de maior gravidade, e moderação para infrações consideradas menos gravosas (art. 98, I).

O princípio da proporcionalidade possui dois destinatários, o legislador quando da elaboração das penas em abstrato (função político-criminal), e o aplicador do Direito, quando da aplicação da pena ao caso concreto (função interpretativa ou dogmática). Para a correta aplicação do princípio da proporcionalidade, deve o legislador e o aplicador do Direito, valer-se de outros princípios como a da razoabilidade, da suficiência e da necessidade. É o que se apreende do art. 59 do CP brasileiro, determina que as penas devam ser necessárias e suficientes a fim de prevenir e reprová-lo delito:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário** e **suficiente** para reprovação e prevenção do crime: [...] (Grifo nosso)

Por necessárias entende-se que as penas devam cumprir seu papel de reprová-lo e prevenir no futuro a prática de delitos. E suficiente é a pena proporcional a conduta praticada pelo agente. Nas palavras de Ferrajoli (2002, p.317) “a pena segundo tese que une Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham e Carmignani, deve ser "necessária" e "a mínima dentre as possíveis" em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos”.

#### 4 ESTADO SOCIAL X ESTADO PENAL

O Estado do bem estar social ou *welfare state*, tem sua origem após a grande depressão, com a constatação de que a economia capitalista sem nenhum tipo de regulação provocava fortes conflitos sociais em decorrência da extrema desigualdade e com isso, ameaçavam a estabilidade política. O Estado então devia assumir a posição de garante dos direitos sociais dos indivíduos, reduzindo as desigualdades com a intervenção direta na economia, proporcionando a geração de emprego e a efetivação de políticas públicas voltadas ao bem estar do indivíduo.

Teve o seu ápice de expansão após a segunda guerra mundial, onde o resultado positivo obtidos por países como a Suécia, estimulou que outros estados assumissem a missão de assegurar a prestação dos serviços fundamentais aos indivíduos.

Mas com o avanço do capitalismo, o Estado foi perdendo o poder de garante do bem estar social, na medida em que ele encontra dificuldades em equacionar os gastos públicos e o crescimento da economia capitalista. O Estado cada vez mais se preocupava em atender todas as demandas sociais. A idéia de Estado social começa a se confrontar com os interesses da economia capitalista, pois não era mais necessário tornar empregável a mão de obra excluída pelo capital após a industrialização, o que importa agora são o acúmulo de lucros e a competitividade do mercado. Era o surgimento da concepção Neoliberal de Estado, que influenciou diretamente na minimização do custeamento em políticas sociais e na crise do Estado do bem estar social.

Com a justificativa de que era preciso reduzir o tamanho do Estado, o neoliberalismo pressionava pelo fim do Estado social, apontando o mercado como a solução para os grandes problemas da sociedade.

Em decorrência dessa drástica diminuição das condições protetivas ao indivíduo, originou-se uma gigantesca massa de excluídos a margem da sociedade capitalista, um aumento considerável da pobreza com implicações diretas no aumento dos índices de violência e criminalidade.

Ao mesmo tempo em que o Estado afasta-se do campo econômico e social, observa-se um acentuado aumento de investimentos no campo da repressão penal.

A desregulamentação econômica e a hiper-regulamentação penal caminham lado a lado, sendo conseqüências primária e secundariamente, de uma política neoliberal.

É notório que nos últimos tempos, tanto o Brasil como outros países da América Latina, sofreram forte influência dessa política neoliberal, através da implantação de políticas criminais repressivas baseadas nos movimentos de Lei e Ordem, tem-se substituído gradativamente o Estado do bem estar social, por um Estado penal de contenção social, que surge como alternativa mais barata ao Estado Social. Wacquant (2003, p.19) discorrendo a respeito do fenômeno punitivo na América Latina atesta que:

No decorrer das três últimas décadas, ou seja, depois dos confrontos raciais que abalaram os grandes guetos de suas metrópoles, a América lançou-se numa experiência social e política sem precedentes nem paralelos entre as sociedades ocidentais do pós-guerra: a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade a “contenção punitiva” das categorias deserdadas faz às vezes de política social.

Pode-se assim afirmar que no Estado penal, a política de repressão não tem mais sua função primordial de conter ou reduzir a criminalidade, mas agora aparece como solução para enfrentar a desordem causada na estrutura social provocada pela ausência do Estado Social.

A esse respeito Freire (2014) assevera que:

Estabelece-se uma cultura do risco social, onde são atribuídos valores a determinados grupos sociais e quanto maior risco o grupo representar menores suas oportunidades e maior será a repressão que incidirá sobre seus membros. Assim, a condenação não é mais individual, mas sim coletiva. É o controle atuarial que culmina com a utilização de políticas repressivas de controle da microcriminalidade e baseada sob o lema de Lei e Ordem, tidas como de Tolerância Zero. Essa última uma alternativa ao fracasso do cárcere e sua função "ressocializadora". Agora o que importa é excluir, visto que a criminalidade é impossível de ser contida.<sup>7</sup>

A política de repressão adotada pelo Estado polícia, já se mostra ineficiente na contenção da criminalidade, na medida em que o Estado, nega ao indivíduo os direitos individuais mínimos a sua sobrevivência digna, como a saúde, educação, moradia digna e emprego, gera-se um déficit social, e dessa dívida emerge a

---

<sup>7</sup> Transição do estado social para o estado penal: o controle atuarial e suas implicações. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50072&seo=1>>. Acesso em: 31 out. 2015

criminalidade aparente, como exemplo mais comum são os crimes de tráfico, furto, roubo, seqüestro etc. divulgados amplamente todos os dias nos meios de comunicação, esses crimes representam o maior percentual nos indicadores de violência. Enquanto isso a criminalidade oculta, dos famosos “crimes do colarinho branco”, onde se desviam imensas fortunas do erário, continua como sempre oculta, e impune, pois raramente são investigados.

Na precisa percepção de Wacquant (2003, p. 20):

[...] o Estado que substitui peça por peça o embrião do Estado social é, ele mesmo, incompleto, incoerente e muitas vezes incompetente, de maneira que não poderia preencher as expectativas irrealistas que lhe deram origem nem as funções sociais que tacitamente, ele tem a missão de paliar. E fica difícil ver de que maneira o seu desenvolvimento não seria logo interrompido, na medida em que ele ameaça arruinar, a curto prazo, os Estados que formam o pelotão de frente da corrida desenfreada ao “tudo penal” [...]

É cada vez mais comum observar-se comentários fervorosos por parte de alguns setores da grande mídia, em defesa da “pena de morte”, “prisão perpétua”, “extermínio de criminosos”, “ampliação das penas”, e como formadores da opinião pública, esses discursos ganham ampla adesão da população, que acuada pelo medo da crescente violência, enxerga nas políticas repressivas do Estado penal a saída para o problema da criminalidade.

Verifica-se assim, uma grande incoerência nessa política de contenção social por meio do braço punitivo do Estado, sendo o mesmo Estado que falha na formação do indivíduo, negando-lhe a oportunidade de uma vida digna, dando origem a chamada “clientela” do Direito penal, é o mesmo que deve encarregar-se de “exterminá-los”.

#### 4.1 Estado penal e o encarceramento das massas.

Outro grande problema do Estado penal reside na questão da superpopulação carcerária, que em decorrência dessa política de encarceramento das massas, tem gerado flagrantes violações dos direitos humanos aqui no Brasil. Unidades prisionais superlotadas, acusados e criminosos em condições sub-

humanas, e que configura uma verdadeira bomba relógio prestes a explodir. Sobre a situação do sistema carcerário no Brasil, Leal (2012, p. 59) atesta que:

Os centros de reclusão se transformaram, em espaços de amontoamento, opressão e auto-governo onde homens se coisificam, se insensibilizam, se animalizam, adquirindo – numa convivência forçada entre guardados e guardiões, primários e reincidentes, provisórios e sentenciados, do foro comum e do foro federal, presos fáceis, difíceis e impossíveis -, os hábitos, os contatos e as destrezas que haverão de afiançar-lhes o retorno ao delito tão logo sejam exarcerados.

Segundo dados do Infopen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias) do Ministério da Justiça, nos últimos anos a população prisional no Brasil cresceu 74% entre 2005 e 2012. Em 2005, o número de presos no país era 296.919. Sete anos depois, passou para 515.482 presos. A população prisional masculina cresceu 70%, enquanto a feminina aumentou 146% no mesmo período.<sup>8</sup>

Em recente estudo (*Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*) divulgado pela Secretaria Geral da Presidência da República, levantado pela pesquisadora Jacqueline Sinhoretto, com base nos dados fornecidos pelo Infopen, esse crescimento da população carcerária foi impulsionado pela prisão de jovens, negros e mulheres. Os crimes contra o patrimônio e relacionados às drogas são os mais comuns, segundo o estudo. Somados, atingem cerca de 70% das causas de prisões. Crimes contra a vida responderam por 12%. Segundo o relatório, isso indica que o policiamento e a Justiça criminal não têm foco nos crimes “mais graves”.<sup>9</sup>

Sobre o perfil do tempo de prisão, verifica-se que, entre os apenados, a maioria 29,2% estava cumprindo de quatro a oito anos de prisão, sendo que outros 18,7% cumpriam, em 2012, pena de até quatro anos de prisão. Ou seja, quase metade 48% dos presos brasileiros recebeu pena de até oito anos. Num sistema superlotado, 18,7% dos presos não precisariam estar presos, pois estão no perfil para o qual o Código de Processo Penal prevê cumprimento de penas alternativas.<sup>10</sup>

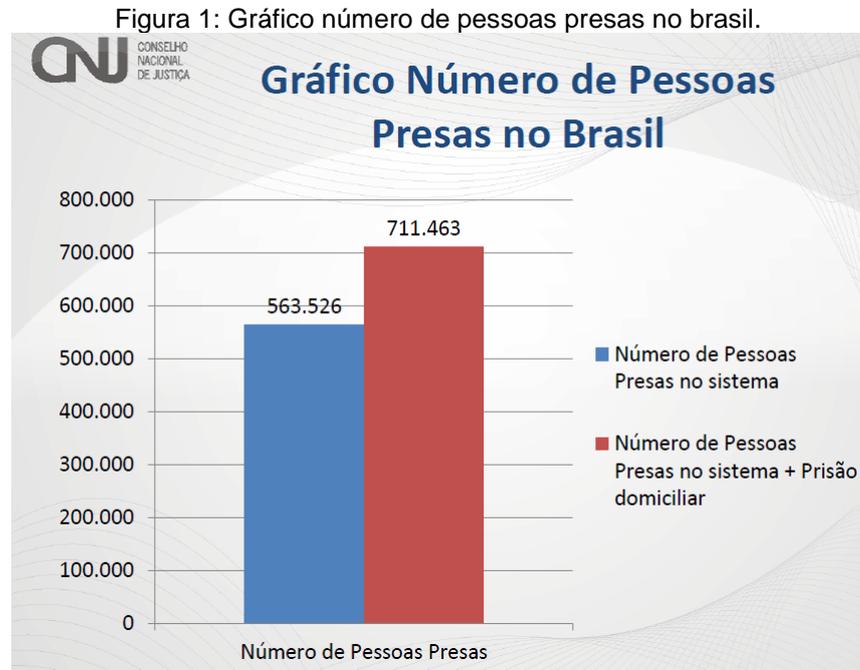
---

<sup>8</sup> Infopen (Sistema Integrado de informações Penitenciárias). Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 01 Nov. 2015

<sup>9</sup> Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento\\_WEB.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf)>. Acesso em: 01 Nov. 2015

<sup>10</sup> Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento\\_WEB.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf)>. Acesso em: 01 Nov. 2015

Em recente pesquisa divulgada pelo CNJ, estes números são ainda mais alarmantes, quando o crescimento do número de pessoas presas ultrapassa a casa dos 700.000 se somados o número de presos em prisão domiciliar:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2014).<sup>11</sup>

Esse avanço indiscriminado do encarceramento no Brasil, segundo Greco (2009) é resultante de um Estado máximo do Direito penal, onde a tutela penal se ocupa de proteger os bens de menor importância ao convívio social. Enquanto houver essa inflação legislativa, o Direito penal continuará a ser seletivo e cruel, punindo os pobres, marginalizados e em maior situação de vulnerabilidade.

Em consonância, Roig (2015, p. 22) afirma:

A intensificação do encarceramento opõe-se a liberdade, justiça e solidariedade sociais, contribui para a marginalização social, obsta a redução das desigualdades sociais e deixa de promover o bem de todos, ao olvidar o bem dos acusados.

Segundo a pesquisa divulgada pelo CNJ, o crescimento da população carcerária nos últimos anos, fez o Brasil saltar no mapa mundial do cárcere para o 3º

<sup>11</sup> Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. DMF, Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 01 de Nov 2015

lugar entre os países de maior população prisional, ultrapassando a Rússia, e perdendo apenas para Estados Unidos e China:

Figura 2: Ranking dos 10 países com maior população prisional.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2014).<sup>12</sup>

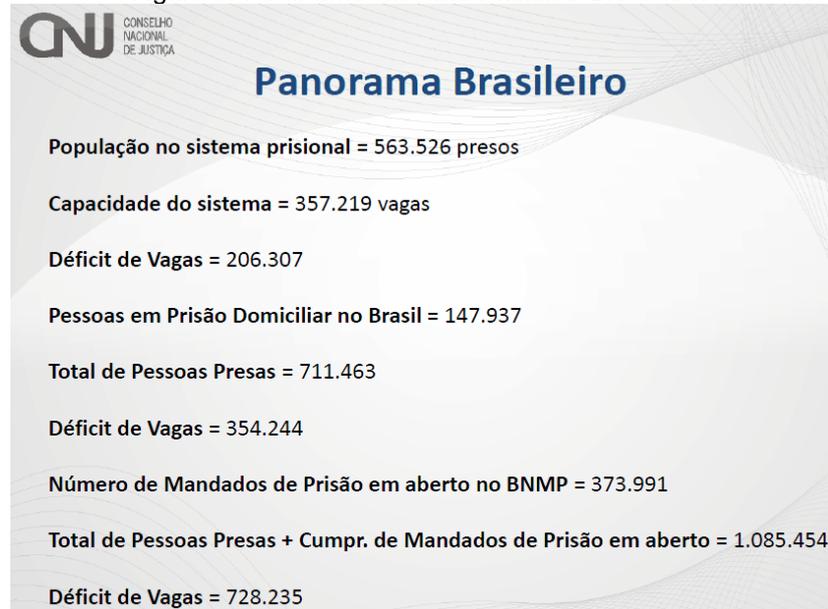
A situação poderia ser ainda mais grave, se as ordens de prisões pendentes fossem cumpridas em sua totalidade, as unidades prisionais que já estão superlotadas e em déficit altíssimo de vagas, entrariam em colapso definitivo, agravando ainda mais as condições precárias do cumprimento da pena.

Tal constatação, evidencia a necessidade urgente de um amplo debate em relação a adoção de novas medidas que desafoguem o sistema penitenciário brasileiro, entre essa medidas, deve-se considerar o Direito penal mínimo como uma das alternativas lógicas e efetivas, na medida em que a redução da incidência da norma penal aos casos considerados desnecessários a luz dos princípios orientadores do Direito Penal mínimo, reduziria consideravelmente a aplicação das penas privativas de liberdade.

<sup>12</sup> Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. DMF, Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 01 de Nov 2015.

E este é o panorama do sistema prisional no Brasil, onde um sistema com um alarmante déficit de vagas aguarda um número assustador de mandados de prisão serem efetutados:

Figura 3: Panorama Sistema Prisional Brasileiro.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2014).<sup>13</sup>

Foucault (2013, p. 251) já afirmava a ineficiência das prisões no combate a criminalidade, pois segundo ele, “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta.”

Constata-se então, que é preciso desmitificar a idéia de que o combate a criminalidade passa necessariamente pelo Direito penal, e a questão penitenciária é uma prova real da falha desse sistema punitivo, a pena de privação de liberdade na concepção de Zafaroni e Pierangeli (2013) deve ser enxergada como uma medida extrema, um mal que ainda não se encontrou substituto. A julgar pela situação precária do sistema penitenciário brasileiro, apesar da nossa LEP, prevê medidas que visa assegurar os direitos e deveres dos presos, garantido a integridade moral, física e psíquica do apenado, tais medidas estão longe de serem implementadas,

<sup>13</sup> Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. DMF, Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 01 de Nov 2015.

fazendo com que a nossa Lei de Execução Penal, não passe de uma carta de boas intenções.

#### 4.2 A efetivação das finalidades sociais do Estado como forma de controle da criminalidade.

A nossa CF/88, nomeada de “Constituição cidadã”, estabelece em seu art. 6º, que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Contudo, verifica-se que muitos desses direitos sociais preconizados na nossa Magna Carta, desde a sua promulgação até os dias atuais, estão distantes de se consolidarem. A ausência do Estado onde mais se necessita, estabelece um modelo de sociedade selvagem, onde cada um é entregue a própria sorte, prevalecendo a “lei do mais forte”.

Destarte, assevera Greco (2009, p. 142):

Uma família na qual seu mantenedor não tem emprego, não possui casa própria ou, mesmo, um endereço fixo, em que seus membros, quando adoecem, são abandonados à própria sorte pelo Estado, os filhos não podem ser educados em escolas dignas, as crianças são desamparadas, usadas no ofício da mendicância; enfim, enquanto houver tantas desigualdades sociais, a tendência será o crescimento da criminalidade aparente, ou seja, aquela criminalidade de cuidam os noticiários, a criminalidade violenta, urbana, que faz com que seja derramado sangue quando das suas ações.

Do outro lado da mesma moeda, estão aqueles vitimizados pelo aumento da violência, amedrontados pela insegurança, apóiam o discurso punitivo vendido todos os dias nas páginas dos folhetins policiais, como a solução eficiente para retirar do convívio social aqueles que atentam contra a ordem e a paz social.

É o que se verifica nos ensinamentos de Leal (2012, p. 321):

Um dos argumentos mais vigorosos é o da eventual atuação de um *lobby* oculto com o objetivo de intervir na política criminal, estimulando a criação de novos tipos penais e o endurecimento das penas, traduzido em sanções demasiado longas, a elevação da pena máxima, a prisão perpétua, a transformação de determinados crimes em hediondos e a

alteração das regras da suspensão condicional da pena e da liberdade condicional.

Teorias como a do Direito penal do inimigo, ganham espaço no ordenamento jurídico, com a edição de normas que visam punir condutas que denotam tão somente um perigo a sociedade, relativizando e suprimindo garantias individuais em nome da segurança pública. Uma tendência perigosa de substituição do Direito penal do fato, por um Direito penal do autor, onde o agente é punido pelo que ele “é” com base no critério da periculosidade, e não pelo que ele “fez”. Situação essa que não encontra nenhum amparo constitucional.

Como já exposto, nos capítulos anteriores, esse déficit social resultado da ausência do Estado social, não pode ser compensado pela política do “tudo penal”, sob pena de se agravar ainda mais as injustiças sociais e as violações dos direitos humanos. De forma alusiva, tal situação se compara a de um paciente gravemente doente, em que o medicamento administrado tem surtido um efeito adverso ao desejado, então o médico decide aumentar de forma gradativa e constante a dose do remédio o que inevitavelmente levará o paciente a morte.

Faz-se necessário que a questão social ocupe o centro dos debates em relação a segurança pública, a esse respeito, Leal (2012, p. 61) afirma:

É praticamente impossível falar de segurança pública sem ter em conta o fazer frente aos reptos impostos, sobretudo nos países subdesenvolvidos, pela indigência, pelo desemprego, pelas desigualdades de renda, pela falta de educação, pela expansão desordenada das cidades (sem investimentos paralelos no meio ambiente, na infraestrutura e na renovação de seus espaços), o grande número de crianças em situações de risco, as drogas e outros co-fatores exógenos (caldos de cultivo) da delinqüência tanto adulta como juvenil.

Em consonância com esse pensamento, Greco (2009) ressalta que a implementação efetiva do Estado social em conjunto com a redução das figuras típicas, no âmbito do Direito penal mínimo, apresenta-se como solução mais racional, para redução da criminalidade aparente, liberando assim o Estado para o efetivo combate a criminalidade organizada, essa sim, oculta e extremamente prejudicial a sobrevivência do Estado de Direito.

### 4.3 Penas alternativas e o mito da ressocialização.

A aplicação de penas alternativas em substituição a pena privativa de liberdade, sob a visão minimalista do Direito penal, deve-se excluir as hipóteses de encarceramento, quando ela não for extremamente necessária. Dada a incapacidade da pena privativa de liberdade de ressocializar o infrator, trazendo mais males do que benefícios. Conforme Ferrajoli (2002, p. 310):

Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.

A idéia da aplicação de penas alternativas ainda é carregada de muito preconceito pela própria sociedade, que vê nessas medidas substitutivas da pena de privação da liberdade uma forma de impunidade. A explicação para esse preconceito talvez esteja presente na história evolutiva das teorias que justificavam o caráter da pena, vinculadas às idéias de finalidade e função da pena.

As teorias absolutas ou retributivas da pena, defendidas por Hegel, Kant e Carrara, concebiam a pena como uma retribuição ao mal causado pelo delito, sua única razão, era fazer justiça e nada mais. Apesar de sua contribuição no estabelecimento de limites a imposição da pena, reconhecendo a dignidade humana, há que se considerar que essas teorias não respondem a justificção externa do porque punir. É o que se verifica na lição de Bitencourt (2013, p.141):

*As teorias retribucionistas* incorreram, no entanto, num mesmo equívoco teórico, qual seja, confundir a questão relacionada com o *fim geral justificador* da pena (legitimação externa), isto é, *por que castigar*, que não pode ser outro senão um *fim utilitário* de prevenção de crimes no futuro, com a questão relacionada com a distribuição da pena (legitimação interna), ou seja, *quando castigar*, que, olhando para o fato passado, admite uma resposta retributiva, como garantia de que a condição necessária da pena é o cometimento de um crime.

Ao passo que, as teorias relativas ou preventivas da pena fundavam-se na idéia de prevenir a prática do delito, a pena teria então o condão de impor ao infrator que não voltasse a delinqüir, sendo um meio para o alcance de fins futuros, e sua

justificação seria alcançar a prevenção de futuros delitos. A finalidade preventiva da pena dividi-se então em duas direções, a teoria da prevenção geral destinada ao coletivo social, e a teoria da prevenção negativa tendo como destinatário o infrator.

E por último as teorias mistas ou unificadoras que tentam conciliar os aspectos das teorias absolutas e relativas, com destaque para a teoria unificadora dialética de Roxin, que segundo Bitencourt (2013), parte da diferenciação entre o fim da pena, que se impõe na valoração do caso concreto, e o fim do direito penal.

A sociedade ainda influenciada por uma visão absolutista, resquícios dos Estados absolutos, enxergam na pena, apenas o seu caráter retributivo, ou seja, a pena como um fim em si mesma, e não como um meio para a persecução de fins futuros, e vêem a pena privativa de liberdade como a única forma de retribuição ao mal causado através do delito. Nesse contexto, Greco (2009, p. 146) afirma:

A sociedade em geral se satisfaz e, na verdade, busca tão somente fazer com que a pena tenha essa finalidade, pois que tende a fazer com ela uma espécie de “pagamento” ou compensação ao condenado que praticou a infração penal, desde que, obviamente a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

Do mesmo modo, que atribuir à pena, um caráter preventivo separado da idéia de retribuição, segundo Ferrajoli (2002, p. 298) é uma tendência nos Estados do Direito penal máximo:

[...] a idéia utilitarista de prevenção, quando apartada do princípio de retribuição, tem-se transformado num dos principais ingredientes do moderno autoritarismo penal, associando-se às doutrinas correlacionistas da defesa social e da prevenção especial e legitimando as tentações subjetivistas, nas quais, nutrem-se as atuais tendências em favor do Direito penal máximo.

O CP brasileiro em seu art. 59, quando preconiza que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e à prevenção do delito, reafirma a função da pena em reprovar o mal produzido pela conduta do agente delituoso, assim como prevenir futuras infrações penais. Ainda de acordo com o inciso IV do referido art. que prevê a possibilidade de após determinada a quantidade final da pena de prisão, não sendo esta superior a quatro anos, ou se o delito for culposos, deverá o juiz

considerar de imediato a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

Consideradas as críticas da Doutrina especializada, em relação ao caráter discricionário concedido ao juiz, na escolha de qual tipo de medida substitutiva deverá ser aplicada em substituição a pena de prisão, Bitencourt (2013) afirma que é correta a metodologia brasileira, quando concede a margem de liberdade ao juiz na escolha da pena mais adequada, assim como a substituição de uma pena de sérios efeitos negativos por outra menos dessocializadora, na medida em que mantém os limites mínimos e máximos da pena para cada delito estabelecido expressamente na lei.

O art. 1º da LEP, afirma o caráter ressocializador da pena quando determina que, “a execução penal tem por objeto efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. A finalidade ressocializadora, não é a principal nem a única finalidade da pena, mas deve ser perseguida. No entanto, como se apreende da lição de Bitencourt (2013, p. 608):

Assim como não aceitamos o repúdio, puro e simples, do objetivo ressocializador, também não vemos como possível pretender que a readaptação social seja uma responsabilidade exclusiva das disciplinas penais, visto que isso suporia ignorar o sentido da vida e a verdadeira função das referidas disciplinas.

Constata-se que o dever de reinserir o indivíduo ao convívio social, passa também por outras formas de controle social exercidas pelo Estado e a sociedade, como a família, as escolas, as igrejas etc. Assim como o Estado não pode abster-se do seu dever social, a sociedade não deve fechar os olhos ao problema e achar que a questão da ressocialização é puramente penal e penitenciária.

Infelizmente, o stigma que a sociedade cultiva em relação aquele que cumpre ou já cumpriu alguma pena, é uma das, se não a principal causa dos elevados índices de reincidência, pois a “etiqueta” do crime permanece dificultando consideravelmente a reinserção do indivíduo ao mercado de trabalho, o expondo novamente ao mundo da criminalidade.

Faz-se necessário observar as medidas que tem alcançado resultados positivos, e implementá-las para que efetivamente a pena alcance as suas finalidades, dentre elas a de reabilitar o agente do delito.

Merece destaque o caso do Presídio Regional de Sapé no Estado da Paraíba, que administrado por um ex-policia militar, e egresso do sistema prisional condenado a 15 anos de prisão pelo assassinato de sua mulher, o Pastor Silva Neto, conseguiu implantar um projeto inovador de ressocialização que obteve resultados consideráveis em relação à média nacional, com baixíssimos índices de reincidência e zerando o registro de rebeliões. Seu modelo tem servido de exemplo para todo o sistema prisional brasileiro, e mostra que é possível sim mudar a realidade, desde que se tenha vontade. Dados da Secretaria de Administração Penitenciária da Paraíba confirmam que o presídio de Sapé, é uma referência no quesito ressocialização.<sup>14</sup>

Aury Lopes Junior (2001), em severas críticas a ineficiência do atual modelo punitivo em nosso País, afirma:

Em definitivo, estamos sendo vítimas de uma propaganda enganosa, que nos fará mergulhar numa situação ainda mais caótica. É mais fácil seguir no caminho do direito penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionadas e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade. Legislar é fácil e a diarréia legislativa brasileira é prova inequívoca disso. Difícil é reconhecer o fracasso da política econômica, a ausência de programas sociais efetivos e o descaso com a educação. Ao que tudo indica, o futuro será pior, pois os meninos de rua que proliferam em qualquer cidade brasileira, ingressam em massa nas faculdades do crime, chamadas de Febem. A pós-graduação, é quase automático, basta completar 18 anos e escolher algum dos superlotados presídios brasileiros, verdadeiros mestrados profissionalizantes do crime.<sup>15</sup>

Nas palavras de Bitencourt (2013, p. 608) “acabar com a delinquência completamente e para sempre é uma pretensão utópica, posto que a marginalização e a dissidência são inerentes ao homem e o acompanharão até o fim da aventura humana na terra”. Mas é possível dentro da perspectiva de um Direito penal mínimo, diminuir o numero de condenações desnecessárias, evitando as conseqüências danosas que elas acarretam.

---

<sup>14</sup> Disponível em:

<<http://portalcorreio.uol.com.br/noticias/cidades/cidadania/2013/09/14/NWS,229257,4,96,NOTICIAS,2190-EX-DETENTO-COMANDA-PRESIDIO-UNIDADE-TORNA-MODELO-ESTADO.aspx>>. Acesso em: 04 nov. 2015

<sup>15</sup> Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5805](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805)>. Acesso em 23 out. 2015.

## 5 CONCLUSÃO

Percebeu-se que a crise do Direito Penal é sintomática e generalizada, repercutindo seus efeitos nas mais distintas áreas da sociedade. O aumento assustador da criminalidade, as rebeliões nos presídios em decorrência da superpopulação carcerária, o estado permanente de insegurança da população, o descrédito desta para com os órgãos incumbidos de sua proteção, são reflexos originários da escolha e aplicação de uma política criminal ineficiente, que tem como principal instrumento de atuação um Direito Penal repressivo e mistificador, que através da aplicação da pena privativa de liberdade seu objeto principal degrada o indivíduo sem trazer benefícios para a sociedade e para o ofendido.

Analizou-se que o discurso extremado dos Abolicionistas fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana rechaça qualquer medida punitiva por parte do Estado através do Direito penal, elegendo outros ramos como o Direito administrativo, tributário, civil etc. como forma de solucionar os conflitos de nossa sociedade, o que se mostrou utópico diante da atual realidade.

Assim como os adeptos do Direito penal máximo, equivocam-se, em razão da falsidade de seus discursos, uma vez que, apontando como sua finalidade a proteção de qualquer bem jurídico, tenha ou não relevância, utilizam-se do Direito penal como uma ferramenta pedagógica, ocupando o papel dos educadores, buscando resolver os conflitos por menor que sejam, aplicando o terror da pena. Atribuindo ao Direito penal, um caráter meramente simbólico.

Verificou-se que a substituição gradativa do Estado social por um Estado penal, foi a gênese do discurso punitivo, que adotam o recrudescimento das penas através da adoção de políticas criminais de cunho repressivo, (a exemplo do programa de tolerância zero) como resposta mais simples e imediatista ao problema da criminalidade. O braço punitivo do Estado, usado como “higienizador” das massas excluídas pelo processo de enfraquecimento do Estado social, representa um retrocesso aos Estados Democráticos, em que se devem prevalecer as liberdades e garantias dos cidadãos.

Entre as duas teses, se encontra a do Direito penal mínimo. Contrários a “maximização” do Direito penal, os minimalistas tem como fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana, que vinculado ao princípio da intervenção

mínima, evidenciam o caráter subsidiário da norma penal como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, tendo legitimidade para atuar somente nos casos de grave lesão (ou ameaça de lesão) a bens juridicamente fundamentais para o convívio social.

Para efetivação do Direito penal mínimo, deve-se observar os seus princípios fundamentais desde o processo legislativo de criação do tipo penal (norma em abstrato) quando o legislador deve orientar-se pelo princípio da lesividade, adequação social, intervenção mínima, individualização da pena e proporcionalidade, até o momento da efetiva aplicação da norma (norma em concreto) onde o aplicador do direito, deve orientar-se de princípios como o da insignificância e da culpabilidade.

Reconhecendo a ineficácia e a prejudicialidade da intervenção penal na solução dos conflitos, os minimalistas são adeptos dos movimentos de descriminalização.

Contudo, embora o Direito penal mínimo apresente-se como a posição mais coerente ao Estado de Direito, não pode ser o substitutivo das políticas sociais por parte do Estado no controle da violência, visto que o Direito penal nunca foi, e nunca será a melhor saída para todos os problemas da sociedade.

Desse modo, atingem-se os objetivos predefinidos, ao apresentar o Direito penal mínimo como o caminho mais razoável e efetivo, para o controle da criminalidade. Diante da experiência de ineficácia da atual política criminal no Brasil, constatou-se a necessidade de uma mudança urgente, para um sistema que garanta a eficácia da norma penal, restringindo-a as situações mais excepcionais, sem a necessidade de relativização das garantias fundamentais do cidadão, bases do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro. Revan, 2007.

BAYER, Diego Augusto. **Teoria do Etiquetamento: a criação de estereótipos e a exclusão social dos tipos**, 2013. Disponível em:<  
<http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943199/teoria-do-etiquetamento-a-criacao-de-esteriotipos-e-a-exclusao-social-dos-tipos>>. Acesso em: 15 de Out. 2015.

BECCARIA, Cezare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo, RT, 1999.

BECHARA, A. E. L. S. *et al.* **Direito Penal Contemporâneo: Questões controversas**. São Paulo. Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19. Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. DMF. Brasília, 2014. Disponível em:  
 <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2015

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 03 de dezembro de 1940**. Código Penal. **Vade Mecum Saraiva**. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Vade Mecum Saraiva**. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Vade Mecum Saraiva**. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento : os jovens do Brasil** / Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. – Brasília :Presidência da República, 2015. Disponível em:

<[http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento\\_WEB.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf)>. Acesso em: 01 Nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 12.6273/MG**. Segunda Turma. Relator: Ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 12/05/2015, Publicação: DJe-101 29/05/2015 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+CORPUS+123%2E108%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pg8u5to>>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 12.3108/MG**. Segunda Turma. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de julgamento: 13/11/2012, Publicação: DJe-027 07/02/2013 Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_123108\\_MLRB.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça - RS. **RC: 71003448339 RS**, Quarta Câmara Criminal. Relator: Edson Jorge Cechet, Data de Julgamento: 26/03/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/03/2012) Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21440410/recurso-crime-rc-71003448339-rs-tjrs>>. Acesso em: 27 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça - RS. **HC: 71004523551 RS**, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 19/08/2013, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/08/2013 Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113179441/habeas-corpus-hc-71004523551-rs>>. Acesso em: 27 out. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral :(arts. 1º a 120)** . São Paulo, 15. ed. Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. Juspodivm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.

FREIRE, Breno Felipe Rocha. **Transição do estado social para o estado penal: o controle atuarial e suas implicações**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 04 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50072&seo=1>>. Acesso em: 31 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Portal LFG, set. 2004. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print)>. Acesso em: 24 out. 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *et al.* **Direito Penal Contemporâneo: Questões controversas**. São Paulo. Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4º Ed. — Niterói, RJ: Impetus, 2009.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas** / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor**. 2º reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES JR, Aury. **Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 5, 2001. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5805](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805) >. Acesso em 23 out. 2015.

MOLINA, Antônio Garcia Pablos e GOMES, Luis Flávio. **Criminologia**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10ª Ed. Volume 1 : parte geral — São Paulo: RT, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Hyldo. **Ex-detento comanda presídio na PB e unidade se torna modelo no Estado**. Disponível em: < <http://portalcorreio.uol.com.br/noticias/cidades/cidadania/2013/09/14/NWS,229257,4,96,NOTICIAS,2190-EX-DETENTO-COMANDA-PRESIDIO-UNIDADE-TORNA-MODELO-ESTADO.aspx> >. Acesso em: 04 nov. 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos Parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2015.

SILVA, Suzane Cristina da. **Reincidência e maus antecedentes: a crítica à partir da teoria do labelling approach**, 2014. Disponível em:< [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/201-artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/201-artigos)>. Acesso em: 15 de out. 2015.

WACQUANT, Loic. **Prisões da Miséria**. 2º ed. Rio de Janeiro. Revan. 2003.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro. Zahar. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito penal**. 3. ed. Revan. 2011