



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Faculdade de Direito

FERNANDA RODRIGUES MARCELINO DIAS

**MOVIMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS E A REFORMA DO CÓDIGO PENAL
BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2013

FERNANDA RODRIGUES MARCELINO DIAS

MOVIMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS E A REFORMA DO CÓDIGO PENAL
BRASILEIRO

Trabalho apresentando ao Centro Universitário de Brasília – Uniceub, como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Graduação na Faculdade de Direito.

Orientadora: Carolina Costa Ferreira.

Brasília

2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, **Luiz Nelson Marcelino Dias, Eliana Rodrigues Madruga Dias, Vítor Murilo Rodrigues Marcelino Dias, Tiago Rodrigues Marcelino Dias e Nala Rodrigues Marcelino Dias**, pelo grande encorajamento, amor e incentivo que me deram nesta fase de preparação da Monografia e durante toda a minha vida.

Ao meu amor lindo, namorado e melhor amigo, **Rodrigo Otávio Pereira Sayago Soares, “Norbs”**, por todo amor, companheirismo, alegria, compreensão e ajuda que me deu nessa fase de tantos desafios e tem me dado há tanto tempo.

À minha grande amiga, **Amanda Maia Rocha, “Mangui”**, a qual eu considero uma irmã e que sempre esteve ao meu lado, compartilhando alguns momentos de dificuldade e muitos momentos de alegria.

Ao meu amado **Grupo Natal**, onde encontro meus grandes amigos que sempre me deram apoio e ânimo para superar meus desafios.

À minha orientadora, **Carolina Costa Ferreira**, pela grande paciência, tranquilidade e sabedoria com que me orientou durante este período de preparação.

Finalmente, e principalmente, agradeço a **Deus e à Maria Santíssima** por estarem sempre ao meu lado e terem me ajudado muito neste trabalho acadêmico, nestes cinco anos de graduação e em toda a minha vida.

RESUMO

O Intuito do presente trabalho é realizar uma análise acerca de determinados movimentos político-criminais, tais como: Abolicionismo, Garantismo, Direito Penal Máximo e Direito Penal Mínimo. O objetivo desta análise é o conhecimento das reflexões e críticas que cada um faz em relação ao Sistema Penal como um todo, incluindo o Sistema Penitenciário. Faz-se uma crítica no que diz respeito à reforma do Código Penal Brasileiro, de acordo com o PLS 236/12, atualmente em tramitação no Congresso Nacional. A crítica se embasa no fato de diversas propostas à reforma serem feitas por causa da pressão gerada pelo clamor público, o qual é intensamente influenciado pelos meios de comunicação. O resultado é a expansão do Direito Penal, sua hipertrofia normativa e sua conseqüente falta de eficiência para tratar de todas as demandas que lhe são confiadas. Questiona-se ainda, qual é o movimento político-criminal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou se na verdade o que se verifica é uma confusão de movimentos em um mesmo sistema.

Palavras-chave: Direito Penal Mínimo. Movimentos político-criminais. Reforma do Código Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO 1 – OS MOVIMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS	
1.1 Abolicionismo.....	7
1.2 Garantismo.....	17
1.3 Direito Penal Máximo.....	23
1.4 Direito Penal Mínimo.....	27
CAPÍTULO 2 – REFORMA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE DO PLS 236/2012	37
Conclusão	49
Referências	51

INTRODUÇÃO

O Brasil tem acompanhado grandes transformações sociais, econômicas, políticas. Tantas mudanças causam relevante impacto em temas como a segurança pública, o aumento da população carcerária, o aumento dos índices de violência, entre outros. Com tais mudanças, a sensação é de que a maioria dos crimes recebe a impunidade como resposta, sendo este o fator que torna os delitos frequentes.

Entretanto, até que ponto notícias veiculadas pela mídia, sobre crimes praticados, estão servindo como um informativo e até que momento atuam como formadoras de opinião? Ademais, se a população forma um pensamento sobre o tema da segurança pública, como vê a questão das penas: como forma de ressocialização, ou de vingança?

Não é sem motivo que atualmente tramita no Congresso Nacional o projeto de lei que visa reformar o Código Penal Brasileiro. Muitas das propostas têm o objetivo de agravar as penas já existentes, além de criminalizar novas condutas. Isto porque se acredita que a maior severidade nas sanções provocará medo nas pessoas, impedindo-as de incorrerem nos delitos.

Desta forma a área de atuação do Direito Penal tem sofrido um grande crescimento. Assuntos que até um passado recente eram tratados por outros ramos do ordenamento jurídico brasileiro (como o Direito Civil ou o Direito Administrativo) passam a ser tutelados pela esfera criminal, tais como questões referentes ao meio ambiente, economia, entre outros.

Tal mudança neste ramo do direito, porém, tem gerado problemas na estrutura do mesmo. A grande característica do Direito Penal é o de ser utilizado como *ultima ratio*, ou seja, a última opção para se resolver os conflitos mais graves e emergenciais. Mas o que se observa é sua aplicação em diversas situações. Desde as mais simples, facilmente solucionáveis de outra forma, até os casos mais complexos. Mas afinal de contas, o Sistema Penal (entendido como o Poder Judiciário e o sistema penitenciário) tem estrutura para tutelar tantas questões?

No primeiro capítulo do presente trabalho serão apresentados determinados movimentos político-criminais que se diferem entre si pela forma como pensam na pena e a criminalização / descriminalização de condutas, tais como o Abolicionismo, Garantismo, Direito Penal Máximo e Direito Penal Mínimo.

No segundo capítulo será realizada uma análise das propostas para o novo Código Penal, através do PLS 236/12, avaliando qual é o movimento político-criminal que se tem

adotado em sua tramitação, e ainda se há harmonia no ordenamento jurídico pátrio sobre estes mesmos movimentos.

Questiona-se se estas novas propostas surgiram por motivos meramente políticos, com o intuito de atender um anseio social imediato, influenciado pelos meios de comunicação ou se são frutos de uma séria análise a respeito de sua necessidade e sua coerência com os preceitos constitucionais.

CAPÍTULO 01 – Os movimentos político-criminais

Há grande diversidade de movimentos político-criminais no direito penal. Cada um deles teve a sua origem em um momento histórico diferente. Uns nasceram em um contexto de guerras, outros diante de uma postura mais enérgica do governo em face da criminalidade emergente, outros em períodos em que se fazia necessária uma maior racionalidade no momento de se criar e aplicar as leis.

Segundo Nilo Batista, a política criminal consiste em uma série de princípios e recomendações para mudanças do órgão e das legislações criminais que surgiram diante de mudanças na sociedade, de consequências advindas das propostas no âmbito do direito penal, bem como de constatações empíricas fornecidas por instituições que fazem parte do contexto do sistema penal, e da evolução da própria ciência criminológica.¹

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, a política criminal pode-se compreender como a política referente ao fenômeno criminal. Esta serve como guia das decisões do poder político bem como pode servir também para fornecer argumentos de crítica a estas decisões.²

De acordo com José de Faria Costa, sempre houve movimentos no direito penal que variavam entre a neocriminalização e a descriminalização de condutas. Com o evento da Segunda Guerra Mundial, entretanto, houve um crescimento de movimentos que tinham por finalidade a criminalização de novos comportamentos.³

A partir de agora será realizada a análise de determinados movimentos político-criminais que, de algum modo trouxeram importantes críticas ao sistema penal e seu funcionamento. Esta análise se faz importante para que se possa olhar de forma mais crítica para a reforma do Código Penal, através do PLS 236/12.

1.1 – ABOLICIONISMO

Para Luiz Fernando Kazmierczak, a realidade da aplicação de pena através do Sistema Penal é injusta. Isto porque a natureza deste é seletiva, simbólica e estigmatizante. Este sistema se desviou dos objetivos propostos em seu discurso oficial.

¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 9 ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122.

³ COSTA, José de Faria. *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48.

Em relação a este discurso, o autor explica que o objetivo do sistema penal é afirmar-se como responsável pela garantia da justiça social, atuando igualmente em relação a todas as pessoas, em virtude de seus respectivos comportamentos. Em razão disto é considerado como protetor da dignidade da pessoa humana e, por isso, limita a sua atuação somente às barreiras da necessidade. Afirma-se que este sistema possui uma função preventiva, a qual se apresenta de maneira geral e especial, isto é, almeja a ressocialização do delinquent e adverte a todos os outros sobre as consequências de se cometer um delito.⁴

A atuação do direito penal está intimamente ligada à classificação dos bens jurídicos. Segundo Nilo Batista, a teoria para a conceituação dos bens jurídicos nasceu quando, no século XIX, questionou-se a ideia clássica acerca do delito como a ofensa a um direito subjetivo, para que o enfoque fosse dado ao crime como um ofensor de bens. Desde então, diversas teorias com a finalidade de se compreender a ideia de bens jurídicos foram criadas. Porém, estas não chegavam a um consenso. Alguns defendiam a ideia de que o bem jurídico é um “interesse da vida”, o qual o legislador extrai de uma realidade social. Outros viam o bem jurídico como um critério para a hermenêutica teleológica da norma. A grande questão é que o bem jurídico revela o sinal de lesividade do crime. Demonstrando e delimitando a ofensa. A materialização da lesão causada pelo crime determina a limitação legal da intervenção penal, ao passo em que também a legitima. Os bens jurídicos, contudo, não são imutáveis. O que se verifica são relações sociais, as quais possuem aspectos que o legislador pode pretender defender, convertendo estes aspectos em bens jurídicos. Desta forma a conceituação de bens jurídicos é que este é o resultado da criação política de crime. Sua substância depende do que os tipos penais informam sobre os objetivos do legislador.⁵

Segundo Karmierczak, contudo, atualmente se verifica a inexistência de critérios e parâmetros para a classificação dos bens jurídicos, dificultando, conseqüentemente, a noção de qual conduta merece ou não a tutela penal. Ademais, em decorrência disto, há um impedimento de os cidadãos optarem por resolverem seus “problemas” em outras áreas jurídicas.⁶

Hulsman aponta uma série de situações recorrentes na sociedade e no próprio sistema penal que levam à deslegitimação do mesmo. Afirma que os meios de comunicação difundem

⁴ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 61.

⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 94/96.

⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 99.

no meio social a ideia de que existem aqueles indivíduos que são "bons" e outros que são "maus", sem fazer qualquer reflexão no sentido de que cada indivíduo leva consigo uma criação diferente, histórias e oportunidades distintas. Em razão disto, de maneira geral, figuras como o policial, o juiz, o legislador, mesmo com tantas notícias de escândalo e corrupção, são vistos como pessoas garantidoras da ordem, pessoas do bem, por afrontarem a punirem os "delinquentes", que se encontram no outro extremo. Estes são anormais sociais, facilmente identificáveis, já que são diferentes dos "bons".⁷

Aduz o autor que em razão disto, muitas pessoas acreditam possuir argumentos mais que suficientes para poder defender o sistema penal. Pensam nele como um conjunto de normas e princípios imparciais e equilibrados, de maneira a garantir a defesa de todos, sem oprimir ninguém, atribuindo penas justas a quem realmente merece. Cita, como exemplo, os tribunais que tomam conta da regularidade de todo o procedimento. Este é o tipo de discurso difundido pelas universidades e instituições, sendo propagado pelas mídias sociais, para toda a sociedade.⁸

Entretanto, basta um olhar mais crítico para se questione se todos estes princípios que buscam a construção de uma justiça serena e imparcial, de fato protegem as pessoas de constrangimentos arbitrários. Há de se analisar se na prática há harmonia com a teoria ou se, na verdade, é outra realidade. Indagar-se se a regra da intervenção mínima do sistema penal é aplicada aos fatos. É preciso se questionar se as pessoas envolvidas com o sistema penal percebem isso.⁹

Ferrajoli, na sua obra "Direito e Razão", também apresenta indagações com a finalidade de verificar a justeza e a eficiência do sistema penal; para tanto, questiona qual é o embasamento do poder punitivo de uma comunidade política sobre um de seus membros, bem como o que torna just, ou aceitável moralmente / politicamente o fato de se responder com a violência programada da pena, a violência ilegal representada pelo cometimento do delito.¹⁰

Luiz Fernando Kazmierczak, por sua vez, assevera que os questionamentos do modelo político criminal abolicionista não surgem somente diante das conseqüências advindas do Sistema penal, mas desde o momento em que surge um tipo penal, impondo ou proibindo determinada conduta, sob ameaça de sanção. Criticam-se os critérios utilizados, bem como a

⁷ HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 56.

⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁹ *Ibidem*, pp. 57-58.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria dos garantismo penal*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2006, p. 230.

sua razão de ser, além da seleção do público alvo, a quem se direcionam os rigores da lei penal, os quais, em sua maioria são os marginalizados.¹¹

Apesar de tantas falhas apontadas, o discurso oficial, seja ele político, jurídico, científico, etc., concebe o sistema penal como um sistema racional, composto de vários elementos, sendo que cada um intervém ao seu tempo e funciona harmonicamente junto com os outros. Um sistema sério através do qual a justiça é prestada, livrando a sociedade de elementos anti-sociais que perturbam a sua evolução.¹²

Porém, Hulsman mais uma vez, com olhar crítico, percebe que o discurso oficial e a prática são praticamente opostos. Na realidade, não há harmonia. Cada órgão atuante no sistema penal executa suas funções de maneira isolada e na verdade, as pessoas que trabalham nesta máquina, atuam sem se preocupar com o que ocorreu previamente e sem se preocupar com o que ocorrerá posteriormente. Essa correspondência presumida entre o que um legislador pretende (o que é colocado no código penal) e a fase de execução deste preceito não existem da forma como é colocada. As instituições envolvidas nestas fases não têm nada em comum, a não ser a norma penal, geral e abstrata à qual fazem referência.¹³

Em razão disto, segundo Luigi Ferrajoli, a doutrina abolicionista não reconhece qualquer justificção ao direito penal e busca a sua eliminação, seja por questionar o embasamento ético-político deste movimento, em suas origens, ou por considerar que as vantagens que se diz trazer sejam demasiado inferiores diante dos custos provocados por três fatores, especificamente, quais sejam: a limitação da liberdade daqueles que observam o direito penal; a sujeição daqueles suspeitos de não observá-lo a um processo; a punição daqueles julgados como não observadores.¹⁴

Hulsman levanta ainda a questão das pessoas que não possuem a verdadeira noção da crise vivida no sistema penitenciário. Aduz que as pessoas foram acostumadas a pensar na prisão de uma forma demasiadamente abstrata, como uma realidade distante e necessária, capaz de restituir a ordem social e afastar o mal de perto delas.¹⁵

Raramente se faz uma reflexão sobre o que realmente significa um estabelecimento prisional e o fato de ser encarcerado. O fato de ter a liberdade totalmente restringida é por si

¹¹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, pp. 102-103.

¹² HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdida:*, o sistema penal em questão. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, pp. 58-59.

¹³ IBIDEM, p. 59.

¹⁴ FERRAJOLI, LUIGI. *Direito e razão: teoria dos garantismo penal*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2006, p. 231.

¹⁵ HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdida:* o sistema penal em questão. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 61.

só, um grande sofrimento. Certamente que nem todo sofrimento é um mal. O ato de sofrer pode fazer um indivíduo amadurecer, evoluir, conhecer mais sobre si mesmo, abrindo caminhos, aproximando as pessoas, umas das outras, tornando-as, assim, melhores.¹⁶

Porém, em se tratando de um estabelecimento prisional (principalmente no Brasil), este sofrimento apresenta-se estéril, ou seja, não cria nada de bom. Ao contrário. A partir das ciências humanas, pode se constatar que ninguém extrai qualquer benefício de um encarceramento: nem para o encarcerado, nem para sua família e nem para a sociedade.¹⁷

Hulsman faz uma avaliação concreta do que signifique um estabelecimento prisional e aponta a importância de que todos tenham a mesma consciência, pois se trata um lugar com privação de espaço, luz, sol, ar, além de péssimas condições sanitárias, promiscuidade, mau cheiro, refeições frias onde predominam féculas, causando problemas dentários e digestivos. Ademais, um espaço onde as pulsões sexuais só podem se externar pelo ato da masturbação ou homossexualidade, provocando ainda mais o isolamento interior.¹⁸

Para uma análise mais concreta, o Ministério da Saúde traz números dos índices de contaminação entre os encarcerados no país:

“De acordo com recente boletim do UNAIDS sobre a situação do HIV na América Latina, os índices de HIV em prisões no Brasil são elevados. Em uma prisão masculina estudada em São Paulo, quase 6% da população tinha HIV. Entre as mulheres de outro centro penitenciário da capital paulista, o índice era de 14%. Segundo o estudo, o nível de conhecimento sobre HIV é alto entre a população prisional, mas o acesso a ações de prevenção e assistência dentro das prisões continua inadequado.”¹⁹

As regras de conduta de uma vida encarcerada geram relações de passividade-agressividade, bem como dependência-dominação, não deixando, assim, muito espaço para diálogo. Após tanto sofrimento destrutivo, negativo, os indivíduos voltam à realidade despersonalizados e dessocializados.²⁰

Ademais, de acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, em pesquisa nacional realizada em dezembro de 2012, a população carcerária, no país, era 548.003 pessoas, sendo que, deste número, apenas 111.909 encarcerados estavam envolvidos em

¹⁶ HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdida: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 61.

¹⁷ *Ibidem*, p. 62.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 62-63.

¹⁹ http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=33724&janela=1. Acessado em 06 mai. 2013.

²⁰ HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 63.

alguma atividade laboral, representando 20,42% da população carcerária total. Em relação às atividades educacionais, estas são destinadas a 47.353 presos, ou seja, 8,64% da população.²¹

Segundo Edson Passetti, o encarceramento representa um grande gasto para o Estado, atuando como verdadeira escola do crime. Porém, como se trata de um lugar onde se internam menores infratores e se aprisionam adultos delinquentes, a curto prazo, aparentemente o problema é resolvido, então, há a continuidade de motivação de investimento no setor repressivo.²²

Segundo Hulsman, em razão desta ignorância, por parte daqueles que se deixam influenciar pelas mídias sociais, ou até mesmo por aqueles que não buscam a verdadeira informação, no que se refere ao encarceramento é incomum ver manifestações clamando pela liberdade de alguém, ao passo que é mais do que corriqueiro, observar o contrário. Geralmente, quando um indivíduo é preso, o primeiro sentimento é que o este fez por merecer ou então que a justiça foi feita. Em razão disto, mais uma vez se questiona o conceito de ato punível. Afinal de contas, em certos Estados como Afeganistão, Arábia Saudita, Iémem, Irã e Sudão, determinadas condutas, como a homossexualidade são punidas até mesmo com a pena de morte, ao passo que em outros, como Noruega, Bélgica, Canadá Holanda, não. Da mesma forma se indaga o motivo de certos comportamentos, no passado, puníveis não o serem mais atualmente.²³

Para o autor, o fator que decide se determinadas condutas são, ou não, crime é o resultado de uma decisão humana modificável. É a própria lei, fruto da vontade do Poder Legislativo que decide o que é o crime. Isto significa que a norma tem grande poder rotulador. Entretanto, diversas situações e condutas enquadradas nas definições da lei penal não entram nos procedimentos do Sistema Penal.²⁴

Para Hulsman, isto ocorre porque nas últimas décadas vem sendo observado um fenômeno que chamou a atenção dos criminólogos, chamado de “Cifra Oculta da delinquência”, a qual consiste no fato de que acontecimentos criminalizáveis não fossem punidos. Do cometimento de um crime à aplicação da pena correspondente, muita informação se perde. A título exemplificativo explica-se afirmando que nem todas as vítimas de fatos

²¹ <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>.. Acessado em 06 mai. 2013.

²² PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2004, p. 26.

²³ HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 63.

²⁴ *Ibidem*, p. 64.

puníveis fazem a denúncia à polícia. Esta, por sua vez, não transmite todos os fatos que lhes são relatados, ao Ministério Público, o qual, ao seu tempo, arquiva a maior parte dos processos que lhes são submetidos. Ou seja, o Sistema Penal está longe de funcionar na integralidade dos casos para os quais somente ele tem competência, agindo muito abaixo do esperado e necessário.²⁵

Esta Cifra Oculta deixa claro o caráter seletivo do Sistema Penal. De acordo com José Roald Contrucci, são exatamente as esferas mais pobres da população que sofrem de modo mais intenso os efeitos da seletividade penal, haja vista que a grande maioria dos delitos que não são objeto da Cifra Oculta, ou seja, que sofrem processo e julgamento pelo Sistema Penal, são crimes grosseiros, com o objetivo de lucro, como é o caso dos delitos cometidos contra a propriedade, como se encontram dispostos no código penal, o roubo e o furto, ou então pequenos tráficos de drogas, onde a autoria é de indivíduos com educação precária, de origem pobre.²⁶

Nesse sentido, de acordo com dados oferecidos pelo Ministério da Justiça, no Distrito Federal, por exemplo, em dezembro de 2011, em uma população carcerária de 10.226 presos, 324 eram analfabetos e 6.016 não haviam completado o ensino fundamental. Isso representa aproximadamente 62% dos presos.²⁷

Louk Hulsman considera um absurdo que a máquina estatal se programe propositalmente para ter um mau rendimento, com o objetivo de não parar de funcionar – o que ocorre porque o sistema penal não tem a capacidade de lidar com todas as demandas que lhe são confiadas. Ademais, o fato de certas condutas não serem deliberadamente submetidas ao Sistema Penal, em razão da cifra oculta, faz com que a própria noção ontológica de crime fique abalada; afinal se os fatos definidos como crime ou delito pela lei não são assim compreendidos pelas supostas vítimas e pelos agentes do sistema, isto significa que tais fatos não são vistos como se possuíssem uma natureza aparte, como se fossem separáveis de outros acontecimentos.²⁸

²⁵ HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 65.

²⁶ CONTRUCCI, José Roald. A seletividade do sistema penal no Estado democrático brasileiro: uma afronta ao princípio da igualdade. In: *Revista do programa de mestrado em ciência jurídica da universidade estadual do norte do Paraná*, n 12, 2010, p. 191-204.

²⁷ <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D..> Acessado em 06 mai. 2013.

²⁸ HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 63.

Este problema seria evitado, ou ao menos reduzido se não houvesse a verificada hipertrofia na criminalização de condutas, por parte do Poder Legislativo. Neste sentido, Alberto Silva Franco faz provisão de seu ponto de vista acerca da causa do grande problema enfrentado pelo sistema penal:

“Há, por toda parte, um intervencionismo penal cada vez mais intenso e abrangente. Criam-se novos delitos, em especial, na área socioeconômica e ambiental, e quase todos eles com a característica de crimes de perigo abstrato. Amplia-se o conteúdo de tipos já existentes. Alargam-se, sem nenhum critério e com total desrespeito ao princípio da proporcionalidade, as margens punitivas. (...) A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranqüilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança.”²⁹

Diante de diversas anormalidades, Hulsman questiona como é possível achar normal que um sistema embasado nos alicerces da igualdade entre os cidadãos, da segurança, do direito à justiça etc., venha a intervir na vida social de maneira tão superficial, insignificante, estatisticamente falando. A Cifra Oculta prova a falência do Sistema Penal, o que dá cada vez mais fundamentação para a perspectiva abolicionista, que, longe de ser uma utopia, é uma solução, por buscar concreta e efetiva solução àqueles que recorrem à justiça.³⁰

Segundo Edson Passetti, o abolicionismo é um movimento que vai além do direito penal, não se atendo às suas barreiras. Na verdade, sua proposta é a quebra de paradigmas tão arraigados na cultura ocidental.³¹

Hulsman assevera que mesmo diante de tantos obstáculos ao pleno funcionamento do sistema penal, acredita-se que esta intervenção penal represente algo positivo por trazer àquele que comete um fato ilícito reprovável um sentimento de culpa interior, um arrependimento. Porém, certamente não é o Sistema Penal que causa esta sensação nos infratores. Esta existe com a presença ou ausência da Justiça Penal, tal como ela se apresenta. A experiência profunda dos indivíduos em nada tem a ver com o Sistema Penal. Da mesma forma, não será ele que dará a quem sofre com a sua consciência, a transformação interior que precisa.³²

²⁹ Prefácio. FRANCO, Alberto Silva. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL e PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 9 ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 17.

³⁰ HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 66.

³¹ PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2004, p. 11.

³² HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 69.

Não sendo suficiente, este sistema produz culpabilizações artificiais. Não são raras as situações em que a experiência de ser encarcerado cria nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há comprovações científicas de que as definições legais e a rejeição social que provocam, podem fazer com que o indivíduo se perceba como desviante e assim, levá-lo a viver conforme esta imagem, ou seja, marginalmente. Novamente, o autor constata que o Sistema Penal cria o delinqüente, porém, em um nível mais intenso: o da interiorização, pelo indivíduo alvo do etiquetamento legal e social.³³

Ademais, embora se espere que quem tenha causado um mal a alguém, sinta arrependimento, é pouco provável a existência de tal sentimento em um contexto onde se é punido quase sempre de maneira desproporcional, de forma não aceita e incompreendida. Hulsman questiona como é possível esperar que uma pessoa desprezada, não compreendida possa refletir sobre a conseqüência de seus atos na vida da pessoa atingida.³⁴

Na verdade, não há como se falar em reparação do dano por parte de quem o gerou, pois esta pessoa está presa, sem trabalho ou então recebendo um ínfimo salário, e tornando-se cada vez mais insolvente. Sob a ótica do encarcerado, a prisão é o preço a ser pago por um ato que a justiça analisou friamente, concedendo um julgamento injusto. E, na verdade, quando for colocado em liberdade, terá pagado um preço tão alto, que muitas vezes poderá abrigar em si novos sentimentos de ódio e agressividade. Para Hulsman, o Sistema Penal, assim, cria efeitos completamente contrários ao que se propõe, já que seu discurso oficial é “favorecer a emenda do condenado”. Este sujeito é, na verdade, endurecido pelo sistema, que o joga contra a “ordem social” na qual tem a intenção de reintroduzi-lo, tornando-o, assim, em uma nova vítima.³⁵

Segundo Roberto Porto, no Brasil, a técnica penitenciária perdeu o seu objetivo “terapêutico”. A concepção de um estabelecimento prisional veio se modificando com o tempo e está longe de comportar um projeto técnico.³⁶

Tanto sofrimento infrutífero só revela que para fins de reparação de danos causados, a existência de culpados não é indispensável. Pelo menos aqueles danos pelos quais a lei se interessa, ou seja, os que nunca vão além dos prejuízos materiais.³⁷

³³ HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 69.

³⁴ *Ibidem*, p. 71.

³⁵ *Ibidem*, p. 72.

³⁶ PORTO, Roberto. *Crime organizado e o sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2007.

³⁷ HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 72.

Hulsman utiliza os sistemas de seguro como exemplo, pois estes não se baseiam na noção de culpabilidade, mas na noção de risco. Isto porque catástrofes naturais, como um terremoto, inundação, um deslizamento, são esperadas. Acontecimentos que a coletividade admite acatar. Indaga, pois, sobre o que obstaría acatar também a hipótese de se assimilar uma catástrofe, sob o ponto de vista das perdas materiais. Determinadas situações “catastróficas” ou seriamente danosas e que, atualmente são atribuídas a determinadas pessoas.³⁸

O objetivo do autor não é defender a ideia de suprimir a responsabilidade pessoal em caráter absoluto, porém, há, de fato, em certos casos o apontamento de responsáveis. Então a sugestão que se dá é que a estes seja aplicado um tratamento semelhante ao da indenização, no campo civil. Esta já é aplicada a inúmeros campos sem ter qualquer necessidade de remeter ao conceito de culpabilidade. A título de exemplo se pode falar em casos, até mesmo os mais graves, como morte de pessoas, que não são legalmente tuteladas pelo sistema penal. Tomam-se, como exemplo, os acidentes de trabalho. Nessas hipóteses, busca-se a indenização dos danos causados às vítimas. Não se fala aqui, em punição de culpados.³⁹

Hulsman levanta hipóteses de fatos que podem ser definidos como “homicídio” e não entram neste circuito penal. Por causa da função do “autor”, a exemplo dos policiais, que, via de regra, não matam sem ser por acidente. E, quando, por mecanismos de autodefesa, acabam causando a morte de alguém, os próprios tribunais se recusam a vê-los como homicidas, absolvendo-os. Portanto, constata-se a existência de um consenso de deixar determinados problemas de fora do Sistema Penal.⁴⁰

E, seguindo o raciocínio lógico, se pode acreditar que, na proporção em que se encaram determinadas situações com certa “simpatia”, desde seu início; quando as coisas são observadas sob um ângulo mais aproximado, se torna difícil – e a injustiça salta aos olhos – indicar um culpado e fazer com que este, sozinho, suporte o peso de uma situação que, geralmente, foge ao seu controle.⁴¹

De acordo com Luiz Fernando Kazmierczak, como o sistema penal vai para caminhos opostos às suas ideologias, torna as teses abolicionistas mais fortes na medida em que este se baseia em extinguir da sociedade esta forma de controle que possui mais aspectos negativos do que positivos.⁴²

³⁸ HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 72.

³⁹ *Ibidem*, pp. 72-73.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 73-74.

⁴² KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 103.

Para Hulsman, um sistema que assim se apresenta é um mal social, não traz nada de bom, não emenda, somente destrói, deforma, despersonaliza. Os problemas aos quais se propõe a resolver e não o faz devem ser enfrentados de outra forma, sob uma nova ótica.⁴³

Edson Passeti afirma que o movimento abolicionista sabe que o direito surge a partir de uma situação fática violenta. Não se refere tão somente à justiça criminal e da seletividade que lhe é característica. Este movimento está muito próximo à criminologia crítica, apontando alternativas para a contenção da criminalização de novas condutas.⁴⁴

O movimento político-criminal abolicionista faz profunda reflexão e crítica acerca do sistema penal e seu funcionamento. Aponta problemas referentes ao sistema penitenciário, à forma de se aplicar a pena, ao caráter seletivo do sistema, à própria mentalidade da população quando se trata dos delinquentes. O abolicionismo não reconhece qualquer legitimidade ao sistema penal, sugerindo métodos alternativos para lidar com os delitos praticados.

1.2 – GARANTISMO

De acordo com a perspectiva garantista, a aplicação da pena obedece a critérios de racionalidade e funcionalidade, que devem ser preservados, a partir de uma inovação no modo de atuar do sistema penal.⁴⁵

Este movimento político criminal advém do Iluminismo. Busca o combate a todos os modelos que, de alguma forma, provocam o atraso do indivíduo, no que se refere à maneira de lidar com conflitos, ou seja, a sua infantilização. Tal confronto de pensamentos existe, pois o pensamento moderno se embasa na escolha pela civilização e rejeição da barbárie.⁴⁶

Nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

“A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo à

⁴³ HULSMAN, Louk e CELIS de, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1ª edição. Niterói: Luam, 1993, p. 91.

⁴⁴ PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2004, p. 11.

⁴⁵ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 97.

⁴⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 18.

tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.”⁴⁷

A ótica garantista oferece instrumentos para este combate, através de mecanismos jurídico-políticos de luta em favor da razão contra todos os métodos violentos legitimados por movimentos atuais, como “Lei e Ordem”, que consiste no movimento político-criminal, onde o objetivo é que todos os bens jurídicos que existem no meio social estejam sob a tutela do Direito Penal. Não é relevante analisar o grau de relevância destes bens. Basta que um deles seja lesado por determinada conduta e será necessária somente a vontade do Poder Legislativo para que mais uma conduta seja tipificada.⁴⁸

Segundo a visão de Salo de Carvalho, em sua obra “pena e garantias”:

“Na atualidade, o discurso garantista propõe um saber (jurídico-político) alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado pelos movimentos hipercriminalizadores dos discursos de Lei e de Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva, potencializados pelas ideologias de Defesa Social. Hoje, o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova ‘guerra santa’ contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal. A perda do significado ilustrado do direito e a legitimação de novo irracionalismo, potencializado pelas teses neoliberais de Estado mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, redundam na solidificação de verdadeiro Estado Penal.”⁴⁹

Um sistema penal do tipo garantista é inspirado pela verdade (mesmo que não absoluta) de que os delitos a serem punidos serão somente aqueles em que tenha se comprovado a culpabilidade por sua comissão, e não que todos os fatos previstos por lei como delitos sejam punidos.⁵⁰

Salo de Carvalho vê este movimento político-criminal como uma resistência às novas tendências no ramo penal, no que se refere às crescentes criminalizações de conduta. Isto significa uma tentativa de recuperação da característica crítica do direito, juntamente com o jurista.⁵¹

José Wilson Ferreira Lima assevera que a Constituição Federal possui um papel garantidor que está presente em diversas áreas do ordenamento jurídico pátrio, tanto no âmbito público como o privado. Contudo, o ramo penal gera grande inquietação na

⁴⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 17.

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 15.

⁴⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 80-81.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 103.

⁵¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 81.

comunidade jurídica naquilo que se refere à sua aplicação. Isto porque é justamente nesta área onde se encontra grande barreira no respeito e realização dos direitos fundamentais dos indivíduos, diante ao poder arbitrário do Estado.⁵²

Aduz o autor que, em virtude disto, a Carta Magna se preocupou em explicitar comandos ao legislador no intuito de que haja um controle no momento da criminalização e descriminalização de condutas. Estes comandos representam a preocupação da Constituição Federal em proteger os direitos fundamentais, atuando como reguladora e limitadora da vontade do legislador, através de requisitos embasados nos valores instituídos da própria Lei Maior.⁵³

1.2.1 – Axiomas

Ferrajoli apresenta dez axiomas que representam condições, limites ou mesmo proibições que representam garantias em prol do cidadão face o arbítrio ou mesmo o erro penal.⁵⁴

São eles: *Nulla poena sine crimine* (Princípio da retributividade.); *Nullum crime sine lege* (Princípio da Legalidade no sentido lato ou no sentido estrito); *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate* (Princípio da necessidade ou da economia do direito penal); *Nulla necessitas sine injuria* (Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); *Nulla injuria sine actione* (Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); *Nulla actio sine culpa* (Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); *Nulla culpa sine judicio* (Princípio da jurisdicionabilidade, no sentido lato ou no sentido estrito); *Nullum judicium sine accusatione* (Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); *Nulla accusatio sine probatione* (Princípio do ônus da prova ou da verificação); *Nulla probatio sine defensione* (Princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).⁵⁵

O autor aduz em relação ao primeiro axioma que a pena é uma sanção aplicável quando um crime é praticado. Esta condição é necessária para a materialização de uma consequência jurídica, atendendo, assim, ao princípio da retribuição. Esta é a primeira garantia do direito penal: A pena jamais será uma medida preventiva, mas sempre retributiva,

⁵² LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2012, p. 30.

⁵³ *Ibidem*, pp. 31-32.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 101.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 101.

posterior ao mal praticado. Todavia, apesar desta característica retributiva, a pena acaba por exercer uma função preventiva pela intimidação e ameaça legal, prevenindo, contudo, tão somente a prática de alguns fatos delituosos, não entrando neste âmbito condições pessoais, tais como a periculosidade ou mesmo a capacidade de delinquir.⁵⁶

O segundo axioma está relacionado ao princípio da legalidade. Segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, este princípio a conquista mais importante de índole política, e se apresenta como norma basilar do Direito Penal moderno.⁵⁷

No que se refere a este segundo axioma, Ferrajoli apresenta diferenças quanto à estrutura lógica entre os princípios da mera legalidade e da estrita legalidade. O primeiro se restringe a exigir que os requisitos das penas sejam determinados de antemão por um ato legislativo. A função atribuída à lei, segundo este princípio, é condicionante. É uma norma que tem como público alvo os magistrados, os quais são vinculados a esta lei. De acordo com este princípio a lei é exigida para haver, em qualquer situação, a configuração do crime.⁵⁸

O segundo, por sua vez, exige que à lei penal sejam dadas referências empíricas para que haja a possibilidade de aplicabilidade em proposições verificáveis. Neste caso, a lei, no que se refere à função a esta atribuída, é condicionada. Isto a torna uma norma não mais dirigida aos juízes a ela submetidos, mas sim ao legislador, relacionado à elaboração válida das leis penais. Logo, aqui a lei exige uma técnica legislativa específica para que haja a válida configuração legal dos elementos constituintes do crime.⁵⁹

Em relação ao terceiro axioma, Ferrajoli vincula-o à história da humanidade, pois afirma que não há com se negar que esta é muito mais marcada pelas penas do que pelos delitos. Embora ambos constituam atos de (extrema) violência, o grande diferencial é que, enquanto os delitos geralmente constituem uma violência ocasional e, em algumas situações, impulsiva e necessária, a violência existente em uma sanção é sempre consciente, programada, organizadas por muitos contra um. Não vê como negar que o sofrimento causado pelas penas tem sido superior ao provocado pela soma de todos os delitos. Ademais, não é difícil pensar nelas: Ordenamentos da alta Idade Média, Intolerância religiosa, Europa na Idade Moderna, até o fim do século XVIII. Afirma, entretanto, que não é necessário remeter-se exclusivamente ao passado para constatar a crueldade das penas. No mundo todo, apenas

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 339.

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 37.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 348.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 348.

28 países aboliram a pena de morte de seu ordenamento jurídico. Em 129 países, incluindo os Estados Unidos, esta é aplicada mesmo em tempos de paz.⁶⁰

As vítimas submetidas à pena de morte, mesmo atualmente, contam-se aos milhares anualmente. Além desta questão da pena de morte, ainda conta-se com a existência das penas corporais. Tudo isto sem se falar na Cifra Oculta de violências e humilhações, extrajurídicas e extraleais, pelos exercícios policiais e judiciais.⁶¹

Claro está que o histórico das penas é vergonhoso, porém, também o é o pensamento jurídico filosófico acerca do tema, por haver, por muito tempo se omitido ou não ter levantado a voz com a veemência necessária. Diante de tão grande desproporção, a primeira resposta, ainda frágil, a estas penas, é a ideia jusnaturalista de que a pena deve ser equivalente ao delito devendo ser, desta forma, um mal de mesma natureza e intensidade. Esta pretensão encontra-se estreitamente conexa à ideia retributiva da pena, e configura-se como a base da primeira doutrina da qualidade da pena, ou seja, o princípio da lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”.⁶²

Entretanto, embora esta visão aparentasse trazer um progresso em torno da visão e aplicação da pena, acarretara, por sua vez, um grave problema, haja vista que coloca o delito e a pena na mesma qualidade, pois, sendo assim, deve haver tantos tipos penais quantos sejam os delitos. Além de gerar grande variedade de sanções (desde as infamantes às torturas), todas as penas consistem em aflições. Por isso as penas modernas negam esta premissa trazida pela lei de Talião e, por isto, afirmam a pena como abstrata e igual, passível de ser quantificada e mensurada e, em razão disto predeterminada legalmente e determinada juridicamente, tanto no que se refere à sua natureza, como sua aplicação.⁶³

No âmbito no quarto axioma, Ferrajoli aduz que a limitação do âmbito das proibições penais se justifica no apropriado princípio da utilidade. Por causa dele, as proibições só se referem às condutas cujos efeitos lesam a terceiros. A competência atribuída ao direito penal é que este deve prevenir os mais graves custos, tanto individuais como sociais, provocados por esta lesividade, pois somente esta justifica o custo gerado pelas penas e proibições. Não se deve exigir nada, além disto, ao direito penal.⁶⁴

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 355.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 355-356.

⁶² *Ibidem*, p. 357.

⁶³ *Ibidem*, p. 358.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 426.

O autor fala sobre uma dupla limitação quanto ao poder punitivo do Estado. A primeira advém do axioma nº 3: *nulla Lex poenalis sine necessitate*. Isto porque a Intervenção do Estado para fins de punição é um método muito grave no que se refere à liberdade e dignidade dos indivíduos. Este princípio aponta a Intervenção punitiva como uma solução extrema. A segunda limitação advém da “necessidade penal” e da “tutela de bens fundamentais”, os quais são impossibilitados de se garantir de outra forma. Esta limitação é, ainda, explicitada pelo “princípio da lesividade”, o qual se fundamenta no primeiro elemento constitutivo do crime, qual seja: a natureza lesiva do resultado.⁶⁵

De acordo com Ferrajoli o fundamento do princípio da materialidade, correspondente ao quinto axioma, é que o crime, qualquer que seja a sua gravidade, só gerará algum dano a terceiros se for materializado através de uma ação humana. Desta forma, a mera intenção, pensamento, ou seja, atos internos, não implicam em delitos, pressupostos da pena, pois aqueles não causam prejuízo a ninguém e, portanto, não se verifica qualquer interesse em sua punição. Ademais, esta não é a única razão para que se deixe de punir estes atos internos, afinal de contas, a proibição de um ato desta natureza seria inútil. Isto porque a finalidade do direito é prevenir e proibir ações danosas e não a de estigmatizar a maldade humana, ou fazer alguém pagar por males que sequer chegou a cometer. Logo, somente ações externas guardam a possibilidade de serem impedidas e precavidas legalmente.⁶⁶

Com o sexto axioma, o autor explica que, por se tratar de um elemento subjetivo, nenhuma conduta humana será alvo de um juízo de valor se não for o resultado de uma decisão. Tal princípio é uma conquista moderna. No primitivo direito grego, por exemplo, quando uma pena possuía características de “vingança de sangue”, sua aplicação era de responsabilidade da vítima e de seu grupo familiar, onde quem respondia solidariamente, eram o ofensor e seus parentes, por causa, quase que exclusivamente do elemento objetivo do prejuízo causado, não se envolvendo nesta hora a qualificação do agente, nem mesmo suas intenções.⁶⁷

Em relação ao sétimo axioma, no sentido lato, o princípio da submissão à jurisdição exige que não haja culpa sem juízo. Em sentido estrito, há a exigência de que não haja juízo sem que a acusação que a promoveu se sujeite à prova e à refutação.⁶⁸

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 427.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 440-441.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 447.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 505.

Segundo o autor, para que a jurisdição atue são necessárias certas exigências, como a de que haja a separação entre o juiz e a acusação, sendo essa a primeira das garantias orgânicas – prévias às procedimentais – do modelo garantista, correspondendo assim ao oitavo axioma.⁶⁹

O oitavo axioma está relacionado ao princípio acusatório que consiste no sistema processual em que o juiz é o sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate partidário, o qual é iniciado pela acusação, sendo este o pólo da relação processual que guarda o ônus da prova. O outro modelo – oposto – seria o sistema inquisitório onde o juiz atua *ex officio* em relação à busca, colheita e averiguação de provas, realizando assim, um julgamento a partir destas, posteriormente a instrução e escrita secreta, onde não é levado em consideração o contraditório e nem mesmo os direitos pertinentes à defesa.⁷⁰

Ferrajoli, em relação ao nono axioma, afirma que no modelo acusatório a aquisição da verdade é realizada através do procedimento de prova e erro. A garantia que se tem de que a verdade será alcançada no processo é a exposição das teses acusatórias à falsificação por parte da defesa, para que se verifique o livre desenvolvimento do processo onde há dois pontos de vista diferentes. Ademais, nesta busca pela verdade, é atribuição da acusação dar o primeiro passo, haja vista a presunção de inocência que assiste a inocência até que haja prova em contrário.⁷¹

O autor, finalmente, apresenta muito atrelado ao nono axioma, o princípio do contraditório, princípio expressado pelo décimo axioma. Afinal se o ônus da prova fica a cargo da acusação, ao imputado cabe o direito de defesa. A defesa consiste em instrumento essencial de solicitação e controle do método da prova de quem acusa. Para que haja um julgamento justo, é fundamental que haja perfeita igualdade entre as partes, ou seja, a defesa precisa possuir as mesmas capacidades e poderes da acusação. Ou seja, há uma exigência de que o acusado seja assistido por um defensor, para que assim possa ter condições para “competir” com o Ministério Público. A necessidade de ser assistido se justifica tendo em vista as leis obscuras e complicadas além de um processo recheado de formalidades e nulidades.⁷²

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 522.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 519-520.

⁷¹ *Ibidem*, p. 562.

⁷² *Ibidem*, p. 565.

Todos estes princípios apontados formam um sistema de garantias processuais e penais, as quais têm a finalidade de evitar o abuso de modelos de Direito Penal autoritário.⁷³

Conclui-se desta forma que o Garantismo Penal possui como característica central a racionalidade no momento de elaboração e aplicação da norma, levando em consideração os princípios constitucionais que claramente protegem os direitos e garantias fundamentais diante da possibilidade do abuso de poder por parte do Estado.

1.3 – DIREITO PENAL MÁXIMO

De acordo com a doutrina deste movimento político-criminal, todos os males sociais existentes encontrariam a sua solução no Direito Penal. Todavia, isto somente seria possível caso houvesse um recrudescimento no Sistema Penal. Este teria de se tornar mais rigoroso e severo no tratamento das infrações, pouco importando o grau de lesividade por elas causado, bem como quais os bens jurídicos que atinge.⁷⁴

A materialização dos objetivos deste movimento estaria na adoção de políticas que visassem à redução da criminalidade através de medidas repressivas, investimento no contexto policial e penitenciário.⁷⁵

Um dos exemplos deste modelo no ordenamento jurídico pátrio é a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). A origem desta deu-se por causa da imposição que há na Constituição Federal a respeito da criação de norma que restringe os direitos do acusado em relação a determinados crimes, como consta no art. 5º, inciso XLIII:⁷⁶

A lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.⁷⁷

Insta ressaltar que este dispositivo presente na Carta Magna é influência da política de “Tolerância Zero”.

Nas palavras de Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde:

“A tolerância zero constitui uma forma de disciplina e de contenção dos setores mais desfavorecidos economicamente, e não uma verdadeira solução ao problema social que condiciona esses comportamentos. O Estado social

⁷³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, p. 98.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 71.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 72.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 72.

⁷⁷ BRASIL, 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 mai. 2013.

se transforma assim em um Estado penal que, através do Direito Penal, pretende o controle da mão de obra não qualificada que não pode absorver o mercado de trabalho ou que não quer assumir o trabalho descontínuo e mal retribuído que se lhe oferece”.⁷⁸

Outro importante exemplo da tentativa de se asseverar o sistema penal, criando-se para várias condutas, tipos penais, é a Lei nº 9.605/98. Ela trata das condutas lesivas ao meio ambiente. Estabelece, a título exemplificativo, pena de detenção de um a seis meses para aquele que, culposamente, de alguma forma danificar plantas de ornamentação de espaços públicos. Estes exemplos são apenas alguns diante de tantos casos que somente demonstram a influência que o ordenamento jurídico brasileiro tem recebido do movimento do Direito Penal Máximo.⁷⁹

O movimento ganha ainda mais força através do fenômeno midiático, o qual, inegavelmente, exerce grande influência sobre a coletividade em todas as áreas de conhecimento, inclusive acerca do Sistema Penal. O problema surge quando os meios de comunicação como telejornais, revistas, apontam o Direito penal como solução única para a crescente criminalidade. Fazem isto enfatizando os casos mais atroz na área criminal, provocando medo e ódio na população.⁸⁰

Luiz Flávio Gomes faz referência a esta manipulação do povo pela mídia quando fala do populismo penal (que será visto de forma detalhada adiante). O autor explica a diferença entre populismo político e populismo penal. Enquanto o primeiro constitui em uma resposta aos clamores diretos da coletividade carente o segundo, por sua vez não surge das reivindicações trazidas pela população, mas sim, as manipula. Faz isso gerando ou aumentando o sentimento de insegurança, medo, ou seja, trabalha com a emoção das pessoas diante de um delito.⁸¹

Não é sem motivo que, em muitos destes casos, o clamor público por uma pena severa, como a de morte, é muito grande. Ou seja, está sendo incutida no pensamento social a ideia de que a solução para se chegar à paz é a repressão violenta e enérgica.⁸²

Para Roberto Porto, de acordo com o princípio da intimidação, crime e pena teriam exata proporção entre si. Desta forma, não haveria qualquer outra pena possível para o crime

⁷⁸ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a La criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 235.

⁷⁹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, p. 73.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 74.

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio e DE ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

⁸² KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, p. 74.

de homicídio a não ser a pena de morte. Esta exata correspondência seria o meio de se garantir a segurança social.⁸³

Ainda segundo o mesmo princípio, a pena de morte teria a finalidade de servir como uma barreira para crimes mais graves. Este raciocínio tem por base a ideia de que os criminosos pensam no delito como um cálculo, avaliando as vantagens e desvantagens em se cometer determinado crime. O citado princípio, entretanto não leva em consideração elementos fundamentais, tais como o arrependimento, remorso, ou até mesmo os diversos graus de culpabilidade que podem vir a existir em crimes de mesma natureza.⁸⁴

Ademais, a teoria da intimidação se demonstra pouco eficaz, pois a máquina estatal espera agir sobre o criminoso, combatendo a criminalidade considerando que os delinquentes terão medo da pena a ser aplicada, enquanto, na verdade, aquele que age criminosamente ignora a existência da pena que o ameaça. Isto porque o poder da lei não está na severidade da sanção, mas na certeza de que haverá punição.⁸⁵

Uma característica fundamental deste movimento é ir contra o princípio da intervenção mínima, isto é, o Direito Penal tutela todos os bens jurídicos existentes, sem fazer valoração de qual é mais ou menos importante e, conseqüentemente, sem tirar qualquer destes bens da tutela penal.⁸⁶

Segundo Luiz Fernando Kazmierczak, basta somente a vontade do legislador em fazer com que determinado ato seja lesivo à sociedade, como um fato típico e assim será. Muitos vêem esta liberdade legislativa como benéfica afinal, qualquer conduta criminosa receberá tratamento legal; porém, o grande problema é que, quanto mais fatos típicos houver no ordenamento jurídico, logicamente, tantas mais infrações serão cometidas.⁸⁷

De forma diretamente proporcional, aumentam-se o números e vítimas, ao passo que se diminuem as possibilidades de todos os casos serem devidamente investigados e efetivamente punidos. Esta situação somente colabora para um descrédito do sistema, já que este passará a ser seletivo, pois que só alguns (determinados) serão punidos, aumentando-se também a já mencionada Cifra Oculta da criminalidade. Ainda assim, tal rigidez no sistema penal é defendida por muitos, entre eles os meios de comunicação e a população manipulada por estes. Entretanto, este posicionamento se origina em um falso pressuposto, pois se

⁸³ PORTO, Roberto. *Crime organizado e Sistema Prisional*. São Paulo: Atlas S.A. 2005. p. 42

⁸⁴ *Ibidem*, p. 43.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁸⁶ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 75.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 75-76.

acredita que quanto maior a produção normativa, maior será a proteção dos bens jurídicos, porém, como já se verificou isto não ocorre.⁸⁸

Ademais, esta defesa parte daqueles que não são alvo da aplicação de um direito mais severo. O discurso deste sistema é voltado para uma parcela da sociedade rotulada como desviante. Para estes, as leis são elaboradas e neles aplicadas. Esta rotulação é feita pela minoria dominante, a qual nunca será alvo do Direito Penal.⁸⁹

A grande preocupação e meta do direito penal máximo é que nenhum culpado fique impune, ainda que isto signifique o erro da punição de um inocente.⁹⁰

1.4 – DIREITO PENAL MÍNIMO

Embora o modelo abolicionista aponte para a falta de legitimidade do sistema penal, não foi capaz de, em troca, oferecer um modelo que, oferecendo as soluções que carece o sistema penal, fosse, ao mesmo tempo, seguro ao abolir de forma imediata o sistema penal. Também por este motivo o princípio da intervenção mínima ganhou espaço e grande adesão da maioria da doutrina.⁹¹

Em uma situação de equilíbrio, encontra-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso prega que o objetivo deste equilíbrio consiste na existência do direito penal, porém atuando tão somente, na proteção dos bens necessários e importantes ao convívio social. Bens que, por causa de sua relevância, não podem simplesmente ser protegidos por outros ramos do ordenamento jurídico.⁹²

Nas palavras de Gabriel Ignacio Anitua:

“O minimalismo ou garantismo emergiu no confronto contra a sobrevivência da legislação autoritária e contra a emergência da legislação antiterrorista, que tanto na Itália quanto na Espanha, ameaçavam os princípios de um direito penal ilustrado que não havia chegado a desenvolver-se completamente, e que, portanto, podia ser usado mais por suas promessas do que propriamente por suas realizações. Essa estratégia jurídicista seria especialmente útil às necessidades do progressismo nesse contexto, mas

⁸⁸ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 76.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 77.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 103-104.

⁹¹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 104.

⁹² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2011, pp. 29-30.

sobretudo frente à prática não legal, paralegal ou ilegal desenvolvida pelo neoliberalismo na América Latina.”⁹³

Diferentemente do direito penal máximo, como se viu anteriormente, o objetivo deste movimento é a certeza de que nenhum inocente será punido à custa da dúvida de que algum culpado também possa vir a ficar impune. Esta certeza é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*.⁹⁴

Segundo Gamil Föppel El Hireche, na visão dos minimalistas, o que é necessário para que o Direito Penal se torne eficiente é fazer com que poucas condutas sejam elencadas como crime.⁹⁵

O raciocínio deste movimento político-criminal consiste na utilização de certos princípios orientadores tanto para o Poder Legislativo (na criação ou revogação de tipos penais), quanto para os aplicadores do direito, para que não haja o risco de uma errônea interpretação. Alguns destes princípios são: Dignidade da pessoa humana; Intervenção mínima; Adequação social; Lesividade; Insignificância; Individualização da pena; Proporcionalidade; Responsabilidade pessoal; Limitação das penas; Culpabilidade; Legalidade.⁹⁶

De acordo com Rogério Greco, o princípio da dignidade humana é central, orientador dos demais princípios. Segundo o princípio, a ideia é que o homem ocupe o centro das atenções da Máquina Estatal. Esta, por sua vez, e para a manutenção da paz social, deverá, tão somente, proibir comportamentos mais graves e lesivos para a coletividade, aqueles que atinjam os bens fundamentais para o convívio em sociedade.⁹⁷

Da mesma forma como o princípio da Dignidade Humana é central em relação a todos os outros princípios, o princípio da Intervenção mínima, por sua vez é o cerne do direito penal mínimo. Este possui sua origem formal na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, do ano de 1789, art. 8º. Segundo o dispositivo, o que a lei deve prever são as leis estritamente

⁹³ ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Vol. 15. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 724.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 103.

⁹⁵ HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 129.

⁹⁶ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, p. 30.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 30.

necessárias.⁹⁸ Sua função está muito vinculada aos tipos penais, já que possui a missão de guiar o Poder Legislativo, quanto à elaboração ou revogação deles.⁹⁹

De acordo com Nilo Batista, a ideia que fundamenta este princípio nasceu por ocasião da ascensão da burguesia, indo de encontro ao sistema penal do absolutismo, o qual mantinha o caráter expansivo das legislações medievais.¹⁰⁰

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Mirabete:

“O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas vezes servindo apenas a interesses políticos do momento para aplacar o clamor público exacerbado pela propaganda. Além disso, a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (na expressão acolhida pelo art. 59 do CP), evitando-se o excesso punitivo, sobretudo com a utilização abusiva da pena privativa de liberdade.”¹⁰¹

Ainda de acordo com Nilo Batista, este princípio não se encontra expresso na Constituição Federal ou mesmo no Código Penal, porém isso não impede que seja imposto ao legislador, bem como ao intérprete da lei. A sua aplicabilidade se dá em função de sua compatibilidade com outros princípios jurídico-penais.¹⁰²

Greco aduz que para que haja a criação de um dispositivo legal, qualquer que seja, mas neste contexto especificamente de um tipo penal, antes é necessária a valoração do bem. Se este é concebido como relevante, passa-se da fase de análise do seu valor e encaminha-se para o seguinte raciocínio: Subsidiariedade. Com isto quer significar que, mesmo que o bem seja importante, se ainda assim outros ramos do ordenamento jurídico possuem a força e a capacidade suficiente para garantir sua proteção, não se reconhecerá a necessidade da Intervenção do Direito Penal, a qual sempre é mais grave.¹⁰³

De acordo com Maura Roberti, todas as medidas que representam uma alternativa ao Direito Penal, têm como objetivo a limitação da drástica atuação do Estado no âmbito das

⁹⁸ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, pp. 87-88.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 74.

¹⁰⁰ BATISTA, NILO. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84

¹⁰¹ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 108.

¹⁰² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85

¹⁰³ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, p. 81.

liberdades individuais. Isto significa grande conquista para os defensores do Direito Penal Mínimo.¹⁰⁴

Greco afirma ainda que a valoração de bens ainda se faz importante para fins de revogação dos tipos penais, pois pode acontecer de um bem que possuía grande importância no passado, atualmente já não possuir o mesmo valor. Desta forma, não pode mais receber a proteção do Direito Penal. Sendo assim, através do princípio da Intervenção Mínima revogou-se o tipo penal que tratava do bem jurídico. Em última análise, é importante ressaltar que estes dois aspectos não são os únicos, pois mesmo que haja valoração do bem e, após, contate-se que não há outro ramo do ordenamento jurídico que possa tutelá-lo, ainda assim, há que se analisar se a conduta lesiva é, ou não, tolerada socialmente.¹⁰⁵

Greco faz esta constatação muito importante, pois mesmo que o bem atacado seja relevante, se a conduta for socialmente tolerada, não há que se falar em criminalização. Agindo-se de forma contrária, estar-se-ia, na verdade convocando a coletividade para a prática de crimes, já que esta não deixaria de praticar certos comportamentos por estar habituada aos mesmos.¹⁰⁶

Afirma que, para que se atenda a este princípio, o legislador tem de atuar na qualidade de pesquisador e selecionador das condutas que, de algum modo, prejudiquem o convívio em sociedade.¹⁰⁷

Há que se levar em consideração que o princípio da adequação social não diz respeito somente à produção normativa. A função interpretadora dos tipos penais também é atribuída a este princípio. E para esta hermenêutica, os costumes, os quais traduzem o comportamento de uma sociedade em determinada época, pode servir como norte, para que as condutas impostas ou proibidas por lei possam estar em perfeita harmonia com o sentimento da coletividade.¹⁰⁸

Além destes três princípios orientadores, o autor apresenta o princípio da lesividade, também chamado de princípio da alteridade ou transcendentalidade.¹⁰⁹

Rogério Greco, no intuito de dar uma noção maior da necessidade deste princípio, fala sobre o período que o antecedeu, as Ordenações Filipinas, que previam punição de hereges, feiticeiros, pessoas que, de algum modo renegavam à Deus ou aos santos, ou então aqueles

¹⁰⁴ ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio do direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 63.

¹⁰⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, p. 31.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰⁷ *Ibidem*. p. 95.

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 96.

¹⁰⁹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 89.

que benziavam animais sem que houvesse a autorização de autoridades, e até mesmo daqueles que realizavam vigílias nas Igrejas.¹¹⁰

Então, com o período iluminista houve a segregação entre direito e moral. A partir de então, de acordo com este movimento, nem tudo considerado imoral seria considerado, necessariamente contrário ao direito. Da mesma forma, a religião também foi separada, não podendo mais haver, por parte do Estado, confusão entre direito e fé.¹¹¹

De acordo com Greco este princípio é a continuidade do raciocínio para elaboração de um tipo penal, pois além dos passos de verificação da importância do bem jurídico e da tolerância social, é necessário observar se a ação ou inação do agente ultrapassa sua esfera individual, atingindo a terceiros. Se isto ocorrer, poderá haver a criminalização da conduta.¹¹²

Segundo Nilo Batista, uma conduta interna, ou de âmbito individual, pode ser imoral, escandalosa, porém carece de lesividade, requisito que legitima a intervenção penal.¹¹³

Graças a este princípio, proíbe-se a incriminação de pensamento, cogitação, maneiras de ser e se comportar, além de ações que não venham a atingir bens de terceiros. São enquadradas, aqui, as situações de tentativa de homicídio, atos de mutilação pessoal etc.¹¹⁴

Quando um tipo penal é criado, os princípios devem ser voltados à interpretação, para que esta seja conduzida de uma forma correta e garantista. E um destes princípios é o da Insignificância.¹¹⁵

Como o discurso do direito penal mínimo consiste na proteção dos bens jurídicos essenciais ao bom convívio social, este princípio vem para colocar este pensamento em prática. Conhecendo o raciocínio deste movimento, sabe-se que seria extremamente contraditório aplicá-lo no plano abstrato, ou seja, na criação do fato típico, sendo que no plano concreto, consumação da criação da norma, deixar de lado este raciocínio e permitir a tutela penal nos casos de pouco ou nenhum valor.¹¹⁶

A aplicação deste princípio leva à atipicidade do fato praticado. Para que isto ocorra deverá ser analisada a tipicidade conglobante - que constitui uma correção da tipicidade legal, haja vista que pode excluir da área do típico as condutas que, em um primeiro momento são proibidas, mas que se analisando meticulosamente não há um verdadeiro juízo de

¹¹⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005. pp. 90-91.

¹¹¹ Ibidem. p. 91.

¹¹² Ibidem, p. 31.

¹¹³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 91.

¹¹⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, pp. 31-32.

¹¹⁵ Ibidem, p. 32.

¹¹⁶ Ibidem, p. 32.

reprovação¹¹⁷ - especificamente no que diz respeito à tipicidade material. Esta é critério para que o Direito Penal possa aferir a importância do bem, concretamente.¹¹⁸

A título de exemplo, segundo os princípios anteriores, concluiu-se que o patrimônio é um bem relevante e merece ser tutelado, que a conduta que o atinge é, de fato, lesiva e socialmente inadequada e por isso foram criados fatos típicos relacionados a este tema. Então, através o princípio da insignificância, far-se-á a indagação se no caso concreto o objeto subtraído pelo agente possui a importância levantada no plano abstrato.¹¹⁹

Caso a resposta seja positiva, a conduta será típica e passar-se-á à análise de outros elementos da infração penal, quais sejam ilicitude e culpabilidade. Em não sendo verificada a importância, a análise da existência da infração penal restará interrompida pela inexistência de tipicidade material (inserida dentro do contexto de tipicidade conglobante), conduzindo a constatar, em última instância, a atipicidade do fato.¹²⁰

Em outras palavras, Carlos Vico Mañas afirma que o princípio da insignificância é, por assim dizer, objeto de interpretação restritiva, já que reforça a ideia da descriminalização de condutas, mesmo que estas já se encontrem tipificadas, mas que, no plano concreto, não são capazes de gerar relevante lesão a algum bem jurídico que esteja sob tutela penal.¹²¹

A dificuldade em relação a este princípio, porém são as possibilidades de interpretação que ele pode trazer. Afinal de contas o conceito de insignificante para um indivíduo pode não o ser para outro. Desta forma, há a necessidade de um posicionamento que uniformize a concepção deste princípio.¹²² Este posicionamento que foi instituído pelo Supremo Tribunal Federal, no informativo nº 519, o qual esclarece que o princípio da insignificância possui quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.¹²³

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 9 ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 400.

¹¹⁸ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio, uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, p. 32.

¹¹⁹ Ibidem, p. 32.

¹²⁰ Ibidem, pp. 32-33.

¹²¹ VICO MAÑAS, Carlos. *Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

¹²² KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010. p. 90

¹²³ Por reputar típica a conduta e, nessa qualidade, relevante na seara penal, a Turma denegou ordem de habeas corpus em que pretendido o restabelecimento de acórdão do tribunal local que, ao aplicar o princípio da insignificância, absolvera condenado em 1º grau por furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, IV). A impetração observava que o valor do bem furtado (R\$ 150,00) seria ínfimo, irrisório e, portanto, inábil à causação de prejuízo patrimonial. Registrou-se que para a incidência do aludido princípio não deve ser considerado apenas o valor subtraído (ou pretendido à subtração), pois, do contrário, deixaria de haver a

Há, ainda, o princípio da individualização da pena. Este princípio tem sua previsão na Constituição Federal, art. 5º, inc. 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.”¹²⁴

O princípio da insignificância leva à reflexão de que o Direito Penal com a finalidade de exercer sua proteção seleciona os bens mais importantes para o convívio social, porém os bens selecionados, mesmo sendo relevantes possuem valor diferente. Exemplificando, em uma escala de valores, a vida tem um valor superior à integridade física.¹²⁵

Por causa desta valoração, mesmo em se tratando dos bens selecionados como os mais importantes, faz-se necessária a aplicação do princípio da Individualização da pena, já que esta confere ao Direito Penal à responsabilidade de atribuir aos bens jurídicos a importância que cada um merece.¹²⁶

A pena é a resposta ao crime cometido e corresponde à gravidade da conduta. Este princípio pode dar-se em três momentos distintos: a) Cominação: atribuição do legislador. Fase que se dá no plano abstrato; b) Aplicação: competência do julgador. Aqui a individualização da pena já se dá no plano concreto; c) Execução: como o próprio nome sugere, a individualização da pena dá-se na fase de execução da pena.¹²⁷

Muito atrelado ao princípio anterior está o princípio da proporcionalidade. De acordo com Rogério Greco, a noção de proporção é inata ao ser humano. Desde crianças o raciocínio é voltado para a noção de que o castigo será proporcional à desobediência. Geralmente, quando se contata uma desproporção na punição, há o surgimento de um sentimento de injustiça.¹²⁸

modalidade tentada de vários delitos, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º). No ponto, enfatizou-se que o princípio da insignificância tem como vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. No entanto, entendeu-se que, no caso, as citadas diretrizes não se fazem simultaneamente presentes, haja vista que a lesão se revelou significativa não apenas em razão do valor do bem subtraído, mas principalmente em virtude do concurso de pessoas para a prática do crime. Desse modo, concluiu-se não ter sido mínima a ofensividade da conduta do paciente. Disponível em www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo519.htm. Acesso em 08 mai. 2013.

¹²⁴ BRASIL, 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 mai. 2013.

¹²⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005. p. 33.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 111.

De acordo com José Wilson Ferreira de Lima:

“(...) é natural esperar que a pena correspondente em face da violação de bens jurídicos, diferentemente graduados na escala de valores, seja proporcionalmente dosada. Foi a partir dessa perspectiva que se estruturou o princípio de proporcionalidade, que pretende ser um instrumento de ponderação e, aliado ao princípio da legalidade, uma forma de evitar o exercício arbitrário, excessivo e desnecessário do poder punitivo estatal.”¹²⁹

A proporcionalidade é uma exigência do minimalismo. A resposta penal, materializada na pena deverá ser proporcional à infração praticada. E há que se levar o princípio em consideração tanto na fase de cominação, como no plano concreto.¹³⁰

Não há um abandono da ótica abolicionista, contudo, buscam-se meios de operacionalizar o Direito Penal.¹³¹

Entretanto, uma das grandes dificuldades encontradas pelo sistema penal é encontrar a proporcionalidade no momento de se criar e se aplicar uma sanção, principalmente quando há alternativas à pena privativa de liberdade que ainda guardem a capacidade de, da mesma forma, responder ao “mal” causado.¹³²

Outro importante guia para a criação e aplicação da lei é o princípio da responsabilidade pessoal, chamado ainda de Princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena. Possui previsão constitucional, no art. 5º, inc. XLV: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimentos de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”¹³³

Recorrendo-se à história (não muito distante) do Direito Penal, constata-se que as sanções iam além da figura do agente, atingindo sua família, seu clã, o grupo social no qual estava inserido, ou seja, todos respondiam pelo comportamento daquele que havia se desviado.¹³⁴

Como dito anteriormente, sob um aspecto formal, a pena pode até mesmo ater-se à pessoa do condenado, porém, informalmente, sabe-se que outras pessoas que não foram o

¹²⁹ LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 56.

¹³⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, p. 33.

¹³¹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010, p. 95

¹³² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, p. 111.

¹³³ BRASIL, 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 mai. 2013.

¹³⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005, p. 121.

alvo da pena acabam sendo submetidas a alguns de seus efeitos, revelando, assim, mais uma vez a importância de aplicar-se a pena somente às situações mais graves, que sejam completamente intoleráveis.

Há, ainda, previsto pela Carta Magna, a previsão do princípio da limitação das penas, no inc. XLVII, art. 5º: “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.”¹³⁵

Verifica-se que o texto trazido pela Constituição não representa somente um limite negativo naquilo que diz respeito à tipificação de comportamentos, mas também no que se refere à cominação das penas.¹³⁶

Insta ressaltar que não somente as penas de caráter perpétuo atentam contra o princípio da dignidade da pessoa humana, mas incorrem nesse sentido, todas aquelas que possuem longa duração. Por esta razão, o limite máximo imposto pelo Código Penal Brasileiro é de 30 anos: “Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”.¹³⁷

Desta forma, se um indivíduo pratica diversos crimes, de forma que a soma destes ultrapasse este limite, em tese ele não passará mais que 30 anos com sua liberdade privada, mas tão somente a progressão de regime será calculada em cima da soma de penas.¹³⁸

Estas proibições, por sua vez, fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana.¹³⁹

Com natureza vinculada à figura do agente, Greco fala sobre o princípio da culpabilidade. Sob uma perspectiva minimalista resta impossibilitada a Intervenção Penal quando o agente não possuía a obrigação de agir de modo diverso, portanto é uma conduta que não pode ser censurada.¹⁴⁰

De acordo com Nilo Batista, este princípio deve ser, antes de tudo, visto como uma contrariação de qualquer tipo de responsabilização que advenha do resultado ou da responsabilidade objetiva. Deve ser visto também como exigência de que nenhum indivíduo

¹³⁵ BRASIL, 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 mai. 2013.

¹³⁶ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005. p. 125.

¹³⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.html. Acesso em 08 mai. 2013.

¹³⁸ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005. p. 129.

¹³⁹ Ibidem. p. 127.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 34.

será submetido a uma sanção penal caso sua conduta (mesmo assomada a um resultado) não lhe seja reprovável. Ou seja, segundo este princípio, há a imposição da subjetividade da responsabilização penal.¹⁴¹

Por fim, de acordo com Greco, o princípio da legalidade representa o sustentáculo de todos os outros princípios. Através dele, o intérprete tem a possibilidade de verificar a legalidade formal e principalmente a material. Isto quer significar que não só é importante analisar se o procedimento legislativo para a criação de um fato típico foi observado, mas também é de fundamental importância atentar se o conteúdo da lei penal não vai de encontro aos princípios expressos e implícitos na Constituição Federal.¹⁴²

Segundo Nilo Batista, este princípio não garante somente que os crimes e penas serão previamente conhecidos, mas também fornece segurança ao cidadão, dando-lhe a certeza de que não será a ele aplicada sanção penal diversa da estipulada legalmente.¹⁴³

Luiz Fernando Kazmierczak aponta algumas diretrizes do direito penal mínimo diante de certos dos princípios norteadores, tais como a promoção de políticas de segurança pública que não sejam vinculadas à intervenção, mas que seja partícipe e articule movimentos comunitários, bem como transformar o direito penal em um campo de racionalidade do sistema penal, com o objetivo de conter a punição violenta e seletiva do mesmo.¹⁴⁴

Aduz, desta forma, que a proposta do programa minimalista corresponde a uma política de descriminalização e, a longo prazo, uma evolução do atual sistema penal por formas alternativas e eficientes de defesa dos direitos humanos. Isto não quer, contudo, significar que este modelo político criminal vá realizar uma destipificação em massa, mas sim assegurar que os preceitos constitucionais sejam levados em consideração no momento de se interpretar uma norma penal.¹⁴⁵

¹⁴¹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 102/104.

¹⁴² *Ibidem*, p. 34.

¹⁴³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 67.

¹⁴⁴ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010. p. 95

¹⁴⁵ *Ibidem*. pp, 95 - 96

CAPÍTULO 2 – REFORMA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE DO PLS 236/2012.

Antes de se traçar uma crítica sobre a Reforma do Código Penal Brasileiro, atualmente em tramitação no Congresso Nacional por meio do PLS 236/12, é importante entender qual a finalidade do Direito Penal.

Nilo Batista aduz que procurar a finalidade do direito penal, deveria ser equivalente a procurar também a finalidade da pena. Quando se fala nos fins do direito penal, pensa-se antes de tudo na sociedade, depois no criminoso. Já quando se discutem fins da pena, pensa-se no criminoso, posteriormente ao crime / pena/ sociedade.¹⁴⁶

Desta forma, a conclusão é de que o direito penal atua com a função de defesa da sociedade, defendendo seus bens, tentando garantir a paz social e a credibilidade do sistema, confirmando a validade das normas. Quanto à pena, busca retribuir o mal do crime com seu próprio mal, com a finalidade de se restaurar a justiça, através de dois meios: ou causará intimidação para que não haja reincidência no cometimento de crimes ou para, de algum modo, tentar conter e tratar o criminoso.¹⁴⁷

Atualmente, os responsáveis por impor uma barreira à crescente criminalidade e violência social são os governos eleitos democraticamente em todas as esferas da Administração. Todavia, o que se tem observado é que a sensação de insegurança somente cresce nos cidadãos, e isto se justifica por causa da opinião pública, a qual adquire grande amplitude com os meios de comunicação.¹⁴⁸

Estes, de forma inesgotável, divulgam notícias relacionadas, de algum modo, à criminalidade social. São atores, jornalistas, apresentadores de televisão e rádio sempre têm o crime, o delinquente e a vítima como temas a serem explorados.¹⁴⁹

A questão não é falar sobre o assunto, mas a forma como este é abordado. O que se tem feito são as mais grotescas discussões possíveis. Isto porque todos estes canais de comunicação (e formadores de opinião) consideram-se especialistas no assunto. Então,

¹⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 111.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 106-107.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendência do controle penal na época contemporânea: *reformas penais no Brasil e Argentina*. In: São Paulo em perspectiva, n 18, 2004, pp. 39-48.

¹⁴⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005. p. 01.

apontam propostas sempre ligadas a uma maior tipificação de condutas e ao recrudescimento de penas já existentes no ordenamento jurídico.¹⁵⁰

Nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade:

“A mídia encarrega-se de encenar, entre o misto do drama e do espetáculo, uma sociedade comandada pelo banditismo da criminalidade, e de construir um imaginário social amedrontado. À mídia incumbe acender os holofotes, seletivamente, sobre a expansão da criminalidade e firmar o jargão da necessidade da segurança pública como o senso mais comum do nosso tempo. Como o elo mais compulsivo que unindo Nós contra o Outro (Outsiders) agiganta por sua vez a dimensão do inimigo criminalidade. Este inimigo, tornando cenicamente maior que todos os demais, concorre para invisibilizar o enredo do poder que subjaz à força simbólica do maniqueísmo, punitivamente reapropriado, e concorre para invisibilizar, em definitivo, que quem se expande não é, propriamente, a criminalidade (prática de fatos definidos como crimes) mas a criminalização (definições de crime e etiquetamento seletivo de criminosos pelo sistema penal), que a co-constitui e produz.”¹⁵¹

Consequentemente, o tema da segurança pública está sempre presente nas pautas de debate entre os políticos, principalmente em períodos eleitorais. De fato, há muito a se fazer em relação à criminalidade que está presente em todas as esferas sociais. Desde a circulação de renda gerada pelo tráfico de drogas, passando pela criminalidade urbana violenta, chegando aos crimes cometidos nos centros político e financeiro onde se encontram a lavagem de dinheiro, o desvio do erário para a satisfação de interesses pessoais, ou seja, enriquecimento ilícito.¹⁵²

Desta forma, o Estado cada vez mais tem sido alvo de constantes e intensas cobranças. Contudo, além do governo, a polícia e o sistema judiciário são alvos de questionamentos e propostas de mudança na estrutura e reciclagem.¹⁵³

Em relação à polícia, há um grande debate sobre a atualização de sua atuação, já que agora o contexto é de um Estado Democrático de Direito. Logo a atuação policial deve ser pautada na salvaguarda dos direitos de cidadania da coletividade em geral e não somente das elites. Além disso, há a preocupação com a racionalidade da atividade policial no sentido de que esta tenha como foco os delitos mais graves, no que se refere às consequências sociais. Entretanto estas aspirações encontram barreira na cultura repressiva da polícia, característica

¹⁵⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005. p. 01.

¹⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p.24.

¹⁵² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendência do controle penal na época contemporânea: *reformas penais no Brasil e Argentina*. In: São Paulo em perspectiva, n 18, 2004, pp. 39-48.

¹⁵³ Ibidem, pp. 39-48.

muito marcante desta instituição em um país como o Brasil, por sua grande desigualdade social.¹⁵⁴

O sistema judicial, por sua vez, também é alvo de diversas propostas de mudanças. Estas propostas são feitas através de lei que, em sua maioria, buscam em primeiro lugar e acima de tudo atender o clamor público (que ganha muita força pelos meios de comunicação). A grande questão deste aumento na atividade legislativa em relação aos tipos penais é que isto não garante qualquer unidade nas leis capaz de oferecer segurança jurídica e um mínimo de coerência entre as normas criadas.¹⁵⁵

O que se vê adiante, retirado do site do Senado Federal, é a notícia, em 09/07/2012, sobre o início da tramitação, no Congresso Nacional, do novo Código Penal:

“Projeto de novo Código Penal começa a tramitar

O anteprojeto do Código Penal, entregue por uma comissão especial de juristas após mais de sete meses de trabalho, foi apresentado ontem pela Mesa do Senado com propostas polêmicas: transforma a exploração dos jogos de azar em crime, descriminaliza o plantio e o porte de maconha para consumo próprio, amplia possibilidades do aborto legal e reforça a proibição da embriaguez ao volante.

O PLS 236/12, com justificação assinada pelo presidente do Senado, José Sarney, agora espera a formação de uma comissão temporária de 11 senadores para discussões e mudanças. Líderes partidários indicarão os parlamentares que integrarão o grupo, de acordo com a proporcionalidade partidária. O parecer da comissão será votado pelo Plenário e, se aprovado, segue para a Câmara. O último passo é a sanção presidencial.

Na justificação, Sarney afirma que o projeto deve ser aperfeiçoado. Ele explica que apresentou o texto da comissão sem alterações, mas, por uma questão de “consciência e religião”, sente-se no dever de declarar o seu posicionamento contrário a vários artigos sobre eutanásia, aborto e drogas.

— Minha assinatura no projeto não significa que encampo todas as teses; na realidade, o meu encaminhamento é uma função institucional como presidente do Senado — disse.

Avanços

Sarney ressalta, porém, que o projeto traz avanços notáveis ao endurecer o tratamento penal conferido à tortura, ao garantir proteção maior aos animais e ao enfrentar o bullying, entre outros temas.

¹⁵⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendência do controle penal na época contemporânea: *reformas penais no Brasil e Argentina*. In: São Paulo em perspectiva, n 18, 2004, pp. 39-48.

¹⁵⁵ Ibidem, pp. 39-48.

O projeto está organizado em mais de 500 artigos, enquanto o atual Código Penal tem 356. Segundo o relator da comissão de juristas, o procurador da República Luiz Carlos Gonçalves, a maior quantidade de artigos decorre da incorporação de aproximadamente 130 leis que abordam temas penais de forma autônoma, como as leis de Drogas e da Lavagem de Dinheiro. Também foi absorvida a parte de crimes de leis abrangentes, como o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁵⁶

Segundo Marcelo Neves, é fácil perceber a opinião pública exercendo pressão sobre o Poder Legislativo, levando este à elaboração de leis que respondam aos anseios da coletividade, não tendo muita relevância que estas normas preencham qualquer requisito para que se tornem efetivas.¹⁵⁷

Segundo a opinião pública, os problemas sociais serão solucionados através do Direito Penal, mas para isso, este tem de ser aplicado da forma mais enérgica possível, pois assim, causaria medo naqueles que, porventura, tivessem a intenção de praticar alguma infração.¹⁵⁸

É crescente o número de condutas tipificadas unicamente pela decisão do Poder Legislativo, que tenta fazer com que o sistema penal – tão desacreditado pelo número de demandas levadas à justiça sem solução e o aumento da criminalidade – ganhe credibilidade, pois, seguindo o raciocínio, quanto mais condutas criminalizadas, maior será a eficiência do sistema penal diante da criminalidade tão grande que foge aos controles institucionais do sistema penal.¹⁵⁹

Além da cifra oculta da criminalidade, ainda há o problema da superlotação dos presídios que, há muito, deixou de ser um local de ressocialização, ganhando uma característica de reunião dos delinquentes, sem qualquer perspectiva de uma reintegração saudável ao meio social.¹⁶⁰

Mesmo diante deste problema, a tendência do direito penal é a sua expansão. A hipertrofia de normas que começam a atingir certas áreas na vida das pessoas, que antes não alcançavam. O Direito Penal passa a ser buscado contingencialmente para resolver todos os problemas sociais, por ter uma resposta mais severa, levando as pessoas a acreditarem que esta característica as levará mais certamente à satisfação do que almejam quando recorrem à justiça.¹⁶¹

¹⁵⁶ <http://www12.senado.gov.br/noticias/jornal/edicoes/2012/07/10/projeto-de-novo-codigo-penal-comeca-a-tramitar>. Acesso em 06 mai. 2013.

¹⁵⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 36.

¹⁵⁸ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6 ed. Niterói: Ed. Impetus, 2005. p. 01.

¹⁵⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendência do controle penal na época contemporânea: *reformas penais no Brasil e Argentina*. In: São Paulo em perspectiva, n 18, 2004, pp. 39-48.

¹⁶⁰ Ibidem, pp. 39-48.

¹⁶¹ Ibidem, pp. 39-48.

Sobre a expansão do direito penal, Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida, asseveram que diante do notório crescimento da violência há duas reações possíveis. A primeira é tratar a situação como um problema social, ou seja, desigualdade entre as classes, políticas de exclusão, desemprego, educação carente e vários outros fatores. A segunda, por sua vez, encara o crime como um problema individual, ou seja, é o resultado da maldade do indivíduo. A primeira reação faz parte da corrente que busca a inclusão, socialização, pois enxerga o lado bom do ser humano. A segunda reação possui raízes no ultraliberalismo norte-americano e inglês (nas décadas de 1970 / 1980) e é neoconservador quando se trata de matéria penal, ou seja, luta pelo aumento na rigidez do Estado penal.¹⁶²

Este neoconservadorismo declara guerra contra o crime, tendo como base o movimento Lei e Ordem, o qual teve sucessão e complemento de outros movimentos.¹⁶³ Tantos modelos repressivos e severos impulsionaram a expansão do direito penal.¹⁶⁴

Porém, isto contraria completamente a grande característica do Direito Penal, de última *ratio*, ou seja, quando todos os ramos do ordenamento jurídico são esgotados, então se recorre ao Direito Penal, justamente por ser um ramo mais grave do direito como um todo.

Entre as novas áreas atingidas pela expansão do direito penal brasileiro estão, por exemplo, os crimes econômicos e financeiros (lavagem de dinheiro, sonegação fiscal etc.), crimes ambientais, crime organizado e discriminação por motivos raciais (maior tipificação de condutas neste contexto), criminalização do assédio sexual.

Tratando sobre o significado da expansão penal, José Wilson Lima, em sua obra “Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal”, assevera:

“Há uma indisfarçável e sempre presente ameaça aos direitos fundamentais segundo os padrões do direito penal legislado, de modo que a pretensão constitucional de instituir um modelo de garantias individuais tem sido reiteradamente ignorada, cedendo espaço às pretensões puramente políticas, não resguardadas pela ordem jurídica que, a todo momento, inflacionam o acervo legislativo com a edição de leis e de projetos de leis claramente inconstitucionais ou que assim serão declarados após a intervenção judicial, mediante o necessário controle de constitucionalidade.”¹⁶⁵

¹⁶² GOMES, Luis Flávio e DE ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo Penal Midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15.

¹⁶³ Tolerância zero, inocuidade total, guerra contra as drogas, guerra contra o crime organizado, direito penal de emergência, guerra contra o terrorismo, direito penal preventivo da sociedade de riscos. *Ibidem*, p. 15.

¹⁶⁴ GOMES, Luis Flávio e DE ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo Penal Midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

¹⁶⁵ LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2012, p. 94.

O “processo penal de emergência” é a designação dada à mudança nas áreas de legislação e das práticas punitivas que vêm ocorrendo atualmente. Para melhor compreensão, será utilizado o exemplo da Lei 8.072, dos Crimes Hediondos.¹⁶⁶

De acordo com o tratamento dispensado por este diploma legal, crimes como o latrocínio, o qual possuía pena mínima de quinze anos, passam a ter o mínimo de 20 anos. Da mesma forma o crime de extorsão mediante sequestro, cuja pena mínima era de seis anos, aumentou para oito anos. O crime de sequestro com resultado morte possuía pena com o mínimo equivalente a 20 anos, atualmente é de 24 anos.¹⁶⁷ Tais constatações são importantes, mas é necessário refletir se este agravamento de penas tem causado resultados positivos no que se refere à redução da criminalidade.

Além dos exemplos supracitados, a notícia a seguir, retirada também do site do Senado Federal, referente à reforma do Código Penal fala sobre a postura política de aumentar a rigidez na pena, em caso do cometimento do crime de homicídio, acreditando-se que isso reduzirá as taxas da infração no país:

“Jorge Viana defende punições mais severas em caso de homicídio

O senador Jorge Viana (PT-AC) defendeu nesta quarta-feira (1º) punições mais severas para os crimes contra a vida, especialmente os homicídios. Ele é um dos 11 integrantes da comissão temporária que analisará o projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012). O texto foi elaborado por uma comissão de juristas que trabalhou durante o primeiro semestre do ano e deve ser um dos principais assuntos discutidos pelo Senado no segundo semestre.

- Uma questão central é a vida. É por isso que sou amplamente favorável a uma mudança forte nesse aspecto da pena mínima e máxima para homicídios no Brasil. Se nós fizermos isso, o crime vai deixar de compensar. Hoje, compensa.

Segundo o senador, as altas taxas de homicídios no Brasil são preocupantes, especialmente quando comparadas às de outros países. Dados mencionados pelo senador mostram que 50 mil pessoas morrem por ano no país e que, apesar de ter 3% da população mundial, o país concentra 12% dos assassinatos.

Para Jorge Viana, o Brasil tem um aparato legal voltado à proteção de quem matou, em detrimento das famílias das vítimas, que ficam desamparadas. O senador disse que se sentirá útil ao país se a comissão conseguir mudar esse “quadro vergonhoso”.

¹⁶⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendência do controle penal na época contemporânea: *reformas penais no Brasil e Argentina*. In: São Paulo em perspectiva, n 18, 2004, pp. 39-48.

¹⁶⁷ Ibidem, pp. 39-48.

- Eu espero sinceramente que este ano possamos dar uma resposta ao País, fazendo a reforma do Código Penal. ”¹⁶⁸

Estas propostas vão contra os princípios presentes na Constituição Federal, porém, ainda assim, continuam ganhando força pela mídia sensacionalista. ¹⁶⁹ Isto somente revela que o ordenamento jurídico brasileiro está confuso no que se refere à adoção de um movimento político criminal, específico.

Para melhor compreensão, foi retirada do site do Senado Federal a notícia sobre o tratamento que se dará nos casos de maus tratos a animais, bem como lesão ao meio ambiente.

“Seis anos de cadeia para quem maltratar e matar animais

A Comissão Especial de Juristas encarregada de elaborar proposta para um novo Código Penal aprovou nesta sexta-feira (25) a criminalização do abandono de animais, além de tratamento mais severo para abusos e maus-tratos. Pela proposta, o abandono poderá ser punido com prisão de um a quatro anos, mais multa. Atualmente, a conduta é uma contravenção, que sujeita o autor a multa e prisão até um ano, sempre em regime aberto ou semi-aberto.

A mesma pena de um a quatro anos foi aprovada para quem praticar abusos ou maus-tratos contra animais domésticos, domesticados ou silvestres, nativos ou exóticos. Esse tipo de crime hoje é punido com prisão de um mês a um ano, além de multa.

No entanto, a pena será ainda ampliada a depender da severidade dos resultados dos maus-tratos. No caso de lesão grave ou permanente no animal, o aumento será de um sexto a um terço do tempo de prisão. Se houver morte, o aumento será pela metade, o que poderá significar até seis anos de cadeia.

Os abusos e maus-tratos foram um dos temas que mais atraíram a atenção da sociedade acerca da reforma do Código penal. O Movimento Crueldade Nunca Mais, integrado por mais 200 entidades de defesa de animais, chegou a entregar à comissão um documento com cerca de 150 apoios on-line e mais de 50 mil assinaturas em documento impresso propondo maior rigor na legislação. As condutas previstas foram enquadradas na parte dos crimes ambientais, que são tratados em lei específica e foram trazidos para o código pelos juristas.

Pela redação aprovada, ficou tipificado como crime abandonar em qualquer espaço público ou privado, animal doméstico, silvestre ou exótico, ou em rota migratória. Responde pelo crime quem tenha a propriedade, posse ou

¹⁶⁸ <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/08/01/jorge-viana-defende-punicoes-mais-severas-em-caso-de-homicidio>. Acesso em 08 mai. 2013.

¹⁶⁹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 74.

guarda do animal, se estendendo ainda a quem tenha sido atribuído a função de cuidar, vigiar ou que tenha a autoridade sobre ele.

Experiências

A comissão manteve as regras atuais que restringem a realização de experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos e científicos, na hipótese de existirem recursos alternativos. Quem realizar a experiência desconsiderando alternativa possível que preserve o animal da dor também poderá receber a mesma pena de um a quatro anos para o caso de maus-tratos.

Outro ponto que mereceu especial atenção dos juristas foi o tráfico de animais, com a sugestão de pena básica de dois a seis anos de prisão para atividades que hoje é punida com prisão de seis meses a um ano, e multa. Pelo redesenho do tipo pena, será enquadrado como tráfico, entre outras hipóteses, importar, exportar, vender, expor à venda e manter em depósito, trazer e guardar o animal sem autorização legal. A proteção se aplica a ovos, larvas ou espécie da fauna silvestre nativa ou em rota migratória, bem como objetos feitos com matéria-prima animal, inclusive pena, pele e couros.

Haverá punição mesmo quando as condutas praticadas tiverem sido cometidas sem a intenção de lucro. No entanto, caso o objetivo seja a obtenção de lucro, a pena será ampliada de um sexto a um terço do tempo de prisão. E se a conduta visar à exportação, então o autor do crime poderá pagar com um aumento de um terço a dois terços. Na pior hipótese, quem enviar para o exterior animal silvestre ou em rota migratória, de forma ilegal, poderá pegar cadeia por até dez anos.

Alguns integrantes da comissão fizeram ressalvas ao rigor das punições sugeridas, mas prevaleceu a opinião da maioria de que os crimes contras os animais exigem tratamento penal mais firme. O advogado Tércio Lins e Silva ponderou que o exagero punitivo pode levar os juízes a não aplicar pena alguma. Já a procuradora de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Luíza Nagib Eluf, chegou a equiparar a gravidade do crime de tráfico de animais ao tráfico de drogas.

- É uma mortandade, com pássaros e outros animais engaiolados sofrendo de maneira horrenda – comentou a procuradora.

Crimes ambientais

Com relação à atual legislação ambiental, a decisão da comissão foi pela incorporação dos seus aspectos criminais ao anteprojeto do código, que deve ser entregue ao Senado até 25 de junho. Não houve inclusão de novos crimes, como observou o relator da comissão, o procurador regional da República Luiz Carlos Gonçalves.

Houve considerável aumento de pena para a conduta destinada a promover a entrada no país de espécie animal sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridades competentes. Punida hoje com três meses a um ano de prisão, a prática receberá pena de um a quatro anos se passar a proposta dos juristas.

Essa foi também a proposta para um crime ambiental muito comum, que é cortar ilegalmente madeira de lei classificada, inclusive para transformar em carvão, com vistas a atividade econômica ou não (a pena atual vai de um a dois anos, e multa). Na nova redação, os juristas colocaram sob a mesma proteção contra o corte madeira de floresta, mata ou selva, ou de madeira encontrada em restinga ou caatinga.

De acordo com o relator, as alterações aprovadas em relação aos crimes ambientais, inclusive na questão dos maus-tratos e abusos contra os animais, oferecem tratamento mais protetivo, com sanções maiores. Segundo ele, havia manifestação de temor na sociedade de que “os juristas transformar tudo em penas de multa”.¹⁷⁰

Para destacar a falta de coerência na valoração dos bens jurídicos e a ausência de concordância presente nas normas, insta ressaltar que a pena aplicada para o crime de lesão corporal é a detenção de três meses a um ano e para a lesão corporal de natureza grave é a reclusão de um a cinco anos.¹⁷¹

De acordo com David Wilson de Abreu Pardo, há de forma reiterada a busca pelas soluções dos problemas sociais. Contudo, acredita-se que esta busca se finalize ao se realizar a criminalização de comportamentos, sem que haja uma real valoração e reflexão quanto à necessidade de se recorrer ao Direito Penal.¹⁷²

Segundo Ana Paula de Barcellos, da mesma forma como se identifica a divisão no tratamento de matérias mais relevantes e fundamentais pela Constituição, e daquelas infraconstitucionais pelas demais leis, também se pode realizar a identificação de situações mais graves, devendo receber tratamento do Direito Penal, como *última ratio*, e situações menos urgentes que podem ser tuteladas por outros ramos jurídicos.¹⁷³

Deste modo, aduz Antonio Nobre Folgado que a criminalização de condutas deve ter como finalidade a proteção dos bens jurídicos bem como o sancionamento penal proporcional ao valor do bem jurídico que se pretende resguardar. Esta característica de proporcionalidade é de extrema importância, pois marca, mais uma vez, o papel limitador do Estado Democrático de Direito em sua pretensão punitiva.¹⁷⁴

¹⁷⁰ <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/25/seis-anos-de-cadeia-para-quem-maltratar-e-matar-animais>. Acesso em 08 mai. 2013.

¹⁷¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.html. Acesso em 08 mai. 2013.

¹⁷² PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 37-38

¹⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 87.

¹⁷⁴ FOLGADO, Antonio Nobre. *Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 9.

Entretanto, conforme afirmação de José Wilson Ferreira Lima, este controle é de competência de ato interno do Poder Legislativo, que por sua vez, concretamente falando, exerce um controle exclusivamente político. Desta forma não há eficácia no controle de constitucionalidade das leis, com a finalidade de evitar projetos legislativos que, expressamente, atentem contra a ordem constitucional, pois o que se tem constatado é a vontade unicamente política ganhando força em face da ordem jurídica, ignorando aqueles princípios que servem como diretrizes no atual Estado Democrático de Direito.¹⁷⁵

A crítica que se faz é no sentido de que a elaboração das leis – reação do Poder Legislativo ao clamor público – apresenta grandes confusões em suas propostas, justamente por estarem sendo realizadas em um momento crítico e polêmico de muita pressão popular e midiática, sem que haja efetiva preocupação com a tutela daquilo que de fato é mais importante, além de não ser possível a verificação de qual o critério de escolha para a produção normativa atual.¹⁷⁶

Máximo Sozzo aborda esta questão do clamor público tratando sobre o populismo penal na Argentina, que em muito se assemelha com a situação brasileira. Explica que, em decorrência do forte sentimento de insegurança pública, houve a validação e impulsão de um tipo de “conhecimento especializado”, por parte da opinião pública sobre o assunto de estratégia de controle do delito. Estes “especialistas” por sua vez, tornaram-se “consultores” e “assessores” dos políticos.¹⁷⁷

Desta forma, a maior severidade na punição se transformou em uma receita fundamental para as estratégias de controle de delito, gerando um endurecimento na política criminal e penitenciária, não somente no plano dos discursos como das práticas. A representação por parte dos políticos tornou-se comercial, ao invés de estar embasada em pesquisas detalhadas, bem como em descobertas da investigação científica.¹⁷⁸

Segundo Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida, o populismo penal é inserido neste contexto de ampliação do direito penal e tem como característica a exploração do senso comum, todas as sensações provocadas pelo cometimento do delito e até mesmo pelo medo deste. Baseia-se nestas percepções para buscar apoio na exigência de uma maior rigorosidade penal como resposta à questão da criminalidade. O problema é que, mesmo

¹⁷⁵ LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2012, p. 39.

¹⁷⁶ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito Penal máximo ou intervenção mínima do Direito Penal? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n 69, 2008, pp. 46-94.

¹⁷⁷ SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. In: *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, n 1, 2009, pp. 33-65.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 33-65.

diante da maior severidade no campo penal, já existente há algum tempo, não se verifica a redução nos índices de criminalidade, ainda assim o discurso populista segue adiante, se fortalecendo.¹⁷⁹

Diante deste expansionismo, verifica-se o desenvolvimento de um momento histórico muito negativo para o poder punitivo, marcado por uma verdadeira inflação legislativa. Há que se levar em consideração que no período entre 1940 e 2011, cento e trinta e seis leis penais foram editadas nos Brasil. São leis que por ter por fundamento um emergencialismo penal, ou seja, com o senso comum clamando urgentemente por cada vez mais medidas de repressão, o que se observa são dispositivos legais desproporcionais, confusos, simbólicos e contraditórios, pois revelam o enaltecimento de determinados bens jurídicos em face de outros que, na realidade, são mais importantes.¹⁸⁰

A título exemplificativo, entrando mais uma vez na esfera da reforma do código penal brasileiro, abaixo se tem a notícia retirada do site do Senado Federal sobre a proposta de criminalização de mais uma conduta:

“Profissionais de saúde pedem criminalização da psicofobia.

Profissionais da área de saúde mental, em audiência na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), solicitaram a inclusão de emenda ao projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/12) para dar suporte a pessoas com esquizofrenia, bipolaridade, dislexia, autismo, ansiedade, transtornos alimentares e síndrome de Down. O tema do debate foi a criminalização da segregação de portadores de transtornos mentais, denominada de psicofobia.

Segundo o presidente da Associação Brasileira de Psiquiatria, Antonio Geraldo da Silva, 55 milhões de brasileiros sofrem de transtornos mentais e não possuem respaldo governamental para se tratar.

— A maioria dos pacientes está morando nas ruas ou nas cadeias. E não temos campanhas de prevenção. Os gastos com a saúde mental são cada vez menores — afirmou Silva, ressaltando que o preconceito é preponderante na hora de o doente procurar tratamento e emprego.

— O paciente não se trata por receio de ser estigmatizado como louco. E chegam a pedir receitas sem identificação do psiquiatra, com medo de serem demitidos do trabalho — disse.

O senador Paulo Davim (PV-RN), que presidiu a reunião, já elaborou emenda ao projeto para estabelecer medidas e providências em casos de psicofobia.

¹⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio e DE ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 16.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p 16.

Participaram também da audiência a presidente da Associação Brasileira do Déficit de Atenção, Iane Kestelman; a vice-presidente da Associação Brasileira de Transtornos Afetivos, Helena Maria Calil; e o conselheiro da Sociedade Brasileira de Neuropsicologia Daniel Fuentes.”¹⁸¹

Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida aduzem que o início do século XXI está marcado pela perda de terreno das teses contencionistas, representadas pelo direito penal mínimo, da mesma forma como perdeu forças a ideologia da ressocialização. No confronto entre o minimalismo e o hiperpunitivismo do direito penal máximo, este prevalece em face daquele.¹⁸²

¹⁸¹ <http://www12.senado.gov.br/noticias/jornal/edicoes/2012/08/30/profissionais-de-saude-pedem-criminalizacao-da-psicofobia>. Acesso em 10 mai. 2013.

¹⁸² GOMES, Luiz Flávio e DE ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17.

CONCLUSÃO

Passando por alguns movimentos político-criminais buscou-se apontar suas principais características, pensamentos e críticas em relação ao sistema penal de modo a se realizar a verificação da resposta destes à questão da segurança pública.

Questionou-se se o que gera a redução da criminalidade é o aumento de condutas tipificadas pelo Poder Legislativo, ou a redução do âmbito de atuação do Direito Penal, fazendo com que este atue de forma eficiente, cuidando das situações mais graves, que exigem uma resposta mais séria do Estado, deixando a cargo de outros ramos do ordenamento jurídico a responsabilidade de tutelar as condutas que saíram do âmbito penal.

A grande expansão do direito penal nos últimos tempos tem causado grande discussão não somente no âmbito jurídico, mas sim em todas as áreas do saber que, por vezes, sem conhecimento concreto, apontam soluções que na verdade agravam o problema.

Exemplo disto é a modificação a que está sujeito o Código Penal Brasileiro ante a sua reforma através do projeto de lei 236/2012 que, atualmente, encontra-se tramitando no Congresso Nacional. Trata-se de propostas de recrudescimento daquilo que já existe e a criminalização de cada vez mais condutas, na tentativa de aumentar o controle social. Esta tentativa, entretanto, parte da errônea premissa de que o Direito Penal é a solução para todos os problemas sociais desde a criminalidade à desigualdade social.

Diante disso apresentou-se uma crítica, pois não há uma harmonia entre as normas naquilo que diz respeito à escolha de um só movimento político-criminal orientador do ordenamento jurídico.

O que se verifica são normas cada vez mais adeptas às diretrizes do direito penal máximo, enquanto o traço mais marcante da Constituição Federal Brasileira é a de justamente garantir a proteção e o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos em face do poder arbitrário do Estado.

Diante disso o direito penal está “perdendo suas forças”, pois não foi criado com o intuito de resolver todos os problemas sociais e por isso funciona, por vezes de forma proposital, lentamente para ser capaz de atender parte da demanda que lhe é confiada. Consequentemente há crimes de grande relevância que são ignorados pelo direito enquanto situações menos urgentes ganham a máxima atenção do sistema penal. Verifica-se, portanto deficiência na escolha de quais bens jurídicos realmente merecem maior atenção e cuidado, enquanto a outros pode ser dispensado um tratamento menos emergencial.

Nesse sentido, o direito penal mínimo, através de seus princípios orientadores apontam para uma concreta e coerente valoração dos bens jurídicos, de modo a não causar a sobrecarga do direito penal e, desta forma, este poderia funcionar eficientemente, reduzindo assim a Cifra Oculta da Criminalidade, ao não deixar tantos crimes impunes por estar sobrecarregado de demandas que, se fosse a correta eleição de bens jurídicos, poderiam ser levadas a outros ramos do direito.

REFERÊNCIAS

AIDS NAS PRISÕES.

http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=33724&janela=1.

ANDRADE, Vera Regina de. *Sistema Penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Vol. 15. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendência do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e Argentina. In: São Paulo em perspectiva, São Paulo. n. 18, 2004, pp. 39-48.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CÓDIGO PENAL. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.html

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CONTRUCCI, José Roald. A seletividade do sistema penal no Estado democrático brasileiro: uma afronta ao princípio da igualdade. In: *Revista do programa de mestrado em ciência jurídica da universidade estadual do norte do Paraná*, Jacarezinho, n. 12, 2010, p. 191-204.

COSTA, José de Faria. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito Penal máximo ou intervenção mínima do Direito Penal? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 69, 2008, pp. 46-94.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teorias do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2006.

FOLGADO, Antonio Nobre. *Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 6 ed. rev., ampl e atual. Niterói: Ed. Impetus, 2011.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a La criminologia*. Valencia: Tirant to Blanch, 2001.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline de. *Penas perdidas: o Sistema Penal em questão*. 1 ed. Niterói: Luam, 1993.

INFORMATIVO STF – N 519.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo519.htm>.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2010.

LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do Direito Penal*. Porto Alegre. Ed. Nuria Fabris, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2004

RELATÓRIOS ESTATÍSTICOS – ANALÍTICOS DO SISTEMA PRISIONAL DE CADA ESTADO DA FEDERAÇÃO. <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>.

PORTO, Roberto. *Crime organizado e o sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2007.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio do Direito Penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. In: *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, n. 1, 2009, pp. 33-65.

VICO MAÑAS, Carlos. *Princípios da Insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 9 ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.