

FACULDADE ANHANGUERA-UNIDERP
PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS PENAIS

FREDERICO HAUPT BESSIL

O PUNITIVISMO E O CONTROLE DA CRIMINALIDADE

Porto Alegre

2013

FREDERICO HAUPT BESSIL

O PUNITIVISMO E O CONTROLE DA CRIMINALIDADE

Trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de pós-graduação em Ciências penais pela Faculdade Anhanguera-Uniderp.

Orientadora: Professora Juline Zanetti

Porto Alegre

2013

FREDERICO HAUPT BESSIL

O PUNITIVISMO E O CONTROLE DA CRIMINALIDADE

Trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de pós-graduação em Ciências penais pela Faculdade Anhanguera-Uniderp.

Aprovado pela Banca Examinadora em 23 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Juline Zanetti
Orientadora

Porto Alegre
2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, meu pai Alexandre Tesheiner Bessil, minha mãe Tereza Cristina Brum Haupt, meu avô Antonio Bessil, minhas avós Clary Tesheiner e Terezinha Brum Haupt por estarem a postos sempre que precisei e por todo o esforço que me permitiu estudar ao longo desses anos.

À minha noiva Patrícia Lazzarotto Bellicanta pela pessoa maravilhosa que é e de diversas formas ajudou a mim e a este trabalho, pelos inúmeros momentos agradáveis e pela compreensão da minha ausência e cansaço em vários momentos.

A Deus por ter me abençoado com muita saúde e família maravilhosa.

À minha orientadora pela paciência e auxílio, e por ter aceitado meu trabalho e a todos os meus professores.

Aos meus colegas e companheiros de curso com quem compartilhei alegrias e inquietações ao longo do curso.

RESUMO

O presente trabalho expõe um estudo acerca da cultura “punitivista” e das formas de conter a criminalidade, analisando a problemática multidisciplinarmente, sob a ampla ótica do Direito penal, Processual, da Criminologia, Sociologia, Antropologia, História, da Psicologia forense, etc. Neste contexto, a convivência social harmônica está assentada na organização dos poderes do Estado capaz de, mediante ordem geral e reprimenda de certos atos individuais, promover o bem estar social através da justiça. O artigo 3º da Carta Magna traz a promoção do "bem de todos" e "a construção de uma sociedade solidária" e isto é o que legitimaria as formas de controle, criminalização e repúdio às importunações contra a paz social. No que tange ao bem comum, combatemos aquilo que, outrora, chamava-se de "anomia" - a desintegração individual e social que levaria a sociedade à desordem. Sob esse prisma, a posição dos princípios é fundamental, uma vez que abrem espaço para que se possa construir uma racionalidade do Direito Repressivo voltada para a proteção do ser humano, sempre visando equilibrar o contraponto entre o punitivismo e a garantia de preservação da liberdade. Doravante, é oportuno que os operadores do Direito repensem seu papel: ao invés de favores pessoais, a conduta ética; no lugar de estoques de presos, prisões reeducadoras ou adoção de penas alternativas. O Brasil está discutindo o novo Código Penal, buscando tornar efetivas as possibilidades normativas de que o Direito Punitivo possa auxiliar a repensarmos a construção da idéia de cidadania. Nesse viés, quando um assalto a mão armada é praticado e a vítima perde a vida na empreitada criminosa, o impacto causado na sociedade é muito grande; já quando são cometidos graves crimes contra a ordem econômica, apesar da extensão da lesão ao ordenamento jurídico – causando, indiretamente, a morte lenta de centenas de pessoas -, o impacto não corresponde à dimensão do dano. Neste diapasão, pode-se citar o dinheiro que é desviado da saúde, da educação ou que poderia ser investido na construção e revitalização de presídios. São inúmeros os jovens que morrem de desnutrição pela falta de emprego para os seus pais; são milhões que permanecem analfabetos, etc. Enquanto isso, são doados bilhões aos bancos com problema de liquidez afim de que eles se quitem suas dívidas e os corruptos continuem a sangrar os cofres públicos. Nota-se que junto aos direitos humanos na perspectiva individual encontram-se os direitos

fundamentais de interesse coletivo – especialmente o direito à segurança. Outrossim, a criminalidade é entendida como o conjunto de fatos sociais que violam o ordenamento jurídico, incluindo-se tanto aqueles que são levados às raias policiais e penais quanto àqueles que ficam à margem da intervenção estatal. A capacidade de intimidação ou prevenção geral tem muito pouca efetividade no meio social e isto importa que a esfera penal seja tratada como um meio residual para tratar os problemas sociais, em que se deve limitar a intervenção do Estado sobre a vida privada aos parâmetros mínimos necessários. Já a política criminal apresenta-se como um conjunto de diretrizes a serem perquiridas, construídas em torno de garantias individuais contra o arbítrio estatal, servindo como diretriz das ações do Estado. Ademais, a violência é um tema de análise complexa, uma vez que a sua ocorrência se liga a contextos sociais variados: desigualdade social, malignidade humana, etc. Diante de tais apontamentos, é possível indagar: a violência é causa ou consequência do sistema no qual se insere? É bastante comum a associação da conduta criminosa à medidas repressivas, que para alguns, se apresentam como uma infalível solução. Para os mais revoltados com a impunidade, a pena de morte e a prisão perpétua aparecem como as melhores possibilidades para rechaçar a criminalidade. De fato, esta visão decorre da ligação da violência à condição de “causa dos problemas”, o que parece desafiar a racionalidade, não se mostrando indubitável. Por outro lado, a sociedade na qual o delinqüente se insere tende a estimular a ligação da felicidade ao sucesso patrimonial. Isso leva ao cometimento de ilícitos em que a força, pela busca do patrimônio, será decorrência natural. O mesmo sistema que desincentiva, ideologicamente a violência, permite que esta se desdobre sem empecilhos, como uma tentativa desesperada do criminoso de igualização de poder numa sociedade capitalista desigual. A violência se apresenta, assim, como consequência do sistema na qual se insere. São constantes os debates para uma resposta estatal mais dura quanto à criminalidade. A ocorrência de crimes hediondos, com a repercussão decisiva nos meios de comunicação, alimenta as preocupações gerais, assim como a expectativa pela reação estatal. O quadro preocupa porquanto é acompanhado pela sensação de que o poder público é impotente. Tal sensação advém de várias perspectivas: as classes mais abastadas têm sido mais atingidas; há uma crença que os órgãos policiais estão corrompidos; muitos crimes contra a vida não chegam a ser elucidados – a “cifra negra”-, a ação

penal não chega a ser proposta ou não chega-se a uma condenação por falta de provas ou prescrição; o Judiciário é moroso e o sistema carcerário não funciona, ou não há ressocialização. Os fatores criminais apresentam algumas questões específicas: o crescimento populacional e das demandas sociais não tem sido acompanhados de políticas visando reduzir as desigualdades; existe uma desqualificação no sistema para responder aos problemas ligados à criminalidade; a falta de agentes capacitados e de estrutura material nas polícias macula a capacidade de investigar; o Ministério Público e o Judiciário não parecem estar aparelhados suficientemente para agilizar a persecução penal; o Executivo não demonstra compromisso com um funcionamento efetivo do sistema, especialmente quanto às condições materiais e humanas para o cumprimento das penas. Os códigos estão inflacionados pela quantidade de crimes, ferindo o pressuposto de que a esfera penal deveria ser encarada como fragmentária. Nesse passo, os movimentos populares dirigem-se à busca de atuação estatal mais concreta e isso costuma desembocar em uma triste confusão: propaga-se a falsa idéia de que o recrudescimento das penas resolveria os problemas. Enfim, em virtude do crescimento nas taxas de criminalidade, um outro componente contribui para o descrédito nas instituições e a busca de alternativas privadas para a garantia da segurança: o baixo padrão de funcionamento da justiça. Uma análise das instituições que compõem o sistema, em geral ineficientes para atuar nos padrões desejados, permite compreender os motivos que levam a população a perceber o contexto atual como verdadeiro estado de natureza.

Palavras-chave: Punitivismo. Controle da criminalidade. Justiça penal.

ABSTRACT

This paper presents a study of the culture "Punishment" and ways to curb crime, analyzing multidisciplinary problem, under the broad perspective of the Criminal Law, Procedure, Criminology, Sociology, History, Psychology Forensic, etc.. In this context, the harmonious social life is grounded in the organization of the powers of the state can, through general and reprimand certain individual acts, promote social welfare through justice. Article 3 of the Constitution brings the promotion of "good of all" and "building a caring society" and this is what legitimizes forms of control, criminalization and harassment against repudiation of social peace. Regarding the common good, we fight what formerly was called the "anomie" - individual and social disintegration that would lead society to disorder. In this light, the position of principle is important, since open space so you can build a rationality of repressive law aimed at protecting human beings, always seeking balance the contrast between "Punishment." and ensuring preservation of freedom. Henceforth, it is appropriate that the law operators rethink their role: instead of personal favors, ethical conduct, in place of stocks prisoners, prisons reeducations or adoption of alternative sentencing. Brazil is discussing the new Penal Code, seeking to enforce the normative possibilities that the Punitive Law can help rethink the construction of the idea of citizenship. In this vein, when an armed robbery is committed and the victim loses life in criminal enterprise, the impact on society is very large, whereas when they are committed serious crimes against the economy, although the extent of injury to the legal system - causing indirectly, the slow death of hundreds of people - the impact may not correspond to the extent of the damage. In this vein, we can mention the money that is diverted from health, education or that could be invested in the construction and revitalization of prisons. Countless young people who die of malnutrition due to lack of jobs for their fathers are millions who remain illiterate, etc.. Meanwhile, are donated billions to banks with liquidity problem in order that they continue to bleed and Lift up the public coffers. Note that with human rights on the individual perspective are fundamental rights of collective interest - especially the

right to security. Moreover, crime is understood as a set of social facts that violate the law, including both those who are brought to the brink police and criminal as those who are on the margins of state intervention. The ability of intimidation or general prevention has very little effectiveness in the social environment and this matter that the criminal sphere is treated as a means to treat the residual social problems, it must limit state intervention into the private lives to the minimum required parameters . Already a criminal policy is presented as a set of guidelines to sought, built around individual guarantees against arbitrary state, serving as a guideline of government actions, and imposing limitations on that action. Furthermore, violence is a subject of complex analysis, since its occurrence binds to different social contexts: social inequality, human evil, etc. Given these notes, you can ask, violence is a cause or consequence of the system in which it operates? It is quite common association of criminal conduct "Punishment." the measures, which for some, is present as a foolproof solution. The death penalty and life imprisonment appear as the best chance to put a stop to the crime for some. It is a fact that this view stems from the connection of violence to the status of "cause problems", which seems to defy rationality, not showing undoubted. On the other hand, a society in which the offender falls tends to stimulate the binding of happiness to success asset. This leads to the commission of offenses in the force, the pursuit of equity, will be a natural result. The same system that deters, ideologically crime and violence, allows it to unfold without hindrance, as a desperate attempt of the criminal equalization of power in a capitalist society uneven. Violence appears thus as a consequence of the system in which it operates. There are ongoing discussions for a tougher state response as crime. The occurrence of heinous crimes, with decisive effect in the media, feeds the general concerns as well as the expected reaction by state. The table concerned because it is accompanied by the feeling that the government is powerless. This feeling comes from various perspectives: there is an increasing number of brutal crimes, the wealthier classes have been hardest hit, there is a belief that law enforcement agencies are corrupt; many crimes against life are hardly elucidated - the "black figure" - the prosecution fails to be proposed or not arrive at a conviction for lack of evidence or prescription, the judiciary and the prison system is slow does not work, or no rehabilitation. The criminal factors present some specific issues: population growth and social demands has not been accompanied by policies

to reduce inequalities; exists a disqualification in the system to respond to problems of crime (increasingly exacerbated); lack of trained personnel and material structure in the police's ability to investigate macula, prosecutors and the judiciary does not seem to be outfitted enough to streamline the criminal prosecution, the Executive does not demonstrate commitment to a minimally effective functioning of the system, especially as the material and human conditions for serving of sentences appropriately. The codes are inflated by the amount of crimes, hurting the assumption that criminal cases should be regarded as fragmentary. In this step, the popular movements are directed to seeking more concrete state action and that usually culminate in a sad confusion: propagates the false notion that the increase in penalties and escalating solve the problems. If the fear and sense of insecurity are the result of the increase in social perception, the fact is that the so-called crime is growing continuously. Anyway, due to the growth in crime rates, another component contributes to the discrediting institutions and seeking alternatives to private security assurance: the low standard of justice. An analysis of the institutions that make up the system in general inefficient or unprepared to act in desired patterns enables us to understand the reasons that lead people to perceive the current social context as a true state of nature.

Key-words: Punishment. Crime control. Criminal Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PRINCÍPIOS PENAIS E CONSTITUCIONAIS	13
2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	17
2.2 A CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO PENAL E A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO DELITO	23
2.3 A TUTELA DE BENS JURÍDICOS DIFUSOS, COMO O MEIO-AMBIENTE, IMPEDE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA?.....	28
2.4 APONTAMENTOS SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA.....	31
3 ANÁLISE DOS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL	35
3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O GARANTISMO, A IMPUNIDADE E A DESIGUALDADE DE TRATAMENTOS	43
3.2 OS FUNDAMENTOS DA PENA E A REALIDADE PÁTRIA.....	49
3.3 A PERSECUÇÃO PENAL NOS “CRIMES DO COLARINHO BRANCO”	52
3.4 É LEGÍTIMA A TIPIFICAÇÃO DA EUTANÁSIA COMO CRIME? ELA AMPLIA OS LIMITES DE PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO DA “VIDA”?	57
4 A DEMANDA LEGITIMADORA DO EXPANSIONISMO PENAL	63
4.1 O RESSURGIMENTO DO PUNITIVISMO E A ESQUERDA REPRESSIVA.....	64
4.2 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL.....	68
4.3 MEDIDAS DESPENALIZADORAS x PUNITIVISMO.....	71
4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICA, PODER, CORRUPÇÃO E A CRIMINALIDADE	74

5 A CRIMINOLOGIA E O PUNITIVISMO	77
5.1 O ESTADO PUNITIVISTA SOB O PRISMA DA CRIMINOLOGIA E ALGUNS PONTOS COLIDENTES COM O ESTADO DEMOCRÁTICO	78
5.2 A RELAÇÃO ENTRE A CRIMINOLOGIA, A POLÍTICA CRIMINAL E O SISTEMA REPRESSIVO	81
5.3 PONDERAÇÕES SOBRE A TERORIA DA BROKEN WINDOWS.....	85
5.4 APONTAMENTOS FINAIS SOBRE O SISTEMA PENAL E A POLÍTICA PUNITIVISTA	87
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
REFERÊNCIAS	98

1 INTRODUÇÃO

O imbróglio da criminalidade e dos meios de controlá-la carrega um forte apelo emocional. Constantemente, o medo se converte em apelo para medidas vingativas, autoritárias e desarrazoadas, ainda mais quando ampliado pelos meios de comunicação e manipulado por interesses partidários. A desinformação sobre o que ocorre, desencadeia na produção de mitos que vêm sendo indagados, como a eficácia da pena de morte, os benefícios do recrudescimento penal e as vantagens da privatização de prisões. Discutirei neste trabalho alguns temas basilares para qualquer reflexão sobre controle da criminalidade e a cultura do “punitivismo”, analisando o funcionamento da Justiça Criminal, das Polícias, do Ministério Público, Judiciário e Sistema Penitenciário.

O Sistema Penal é um grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbem de realizar o Direito Penal. Entendido como o controle social punitivo institucionalizado, é a forma encontrada pela sociedade de responder àquilo que ela considera como comportamento negativo desviante e punir aquele que foi, por ela, etiquetado como criminoso. Do modo como está estruturado, dirige sua atenção a uma parte mínima da violência da sociedade através do conceito de criminalidade, elaborado por aqueles que detêm o poder de definição; não conseguindo, muitas vezes, concretizar os programas de ação previstos nas leis penais e restringindo sua atuação a determinados delitos e delinquentes e, por isso, a resposta penal é simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana.

É curioso destacar que há muitos fatos policiais, indicadores de brutal violência, em que a “culpa” não estará presa à idéia de injustiça social, mas à gratuita e muitas vezes inexplicável malignidade humana. Em uma sociedade desigual, sem ética, cada vez mais secularizada e menos altruísta como a nossa, na qual o individualismo, o capitalismo selvagem e a busca pelo prazer imoderado são marcantes, a solução da problemática referente à criminalidade parece distante ainda. Assim, o estudo da delinquência parece ser bem desenhado quando ela se mostra como consequência de um contexto social injusto e não como uma causa que avoque soluções messiânicas, sem embargo de sua possível aproximação com a perversidade humana. Doravante, o trabalho expõe um estudo sobre a cultura “punitivista”, os meios de controlar a criminalidade e a justiça penal brasileira.

2 PRINCÍPIOS PENAIS E CONSTITUCIONAIS

O princípio da legalidade revela-se como um importante limite ofertado pelo Direito, tendente a legitimar a atuação do Estado. Considerado um dos pilares do Estado Democrático, irradia efeitos nos mais diversos segmentos da dogmática jurídica. Leciona Paulo Bonavides que:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.¹

Estudos divulgaram que países que possuem uma Constituição rígida - aquelas cuja modificação de seu texto somente pode ser realizada por meio de um procedimento qualificado de emendas, que obedeça não só à forma constitucionalmente prevista, bem como às matérias que poderão ser objeto dessa modificação -, adotam um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, no qual a Lei Maior, como fonte de validade de todas normas, não pode ser rechaçada pela legislação infra-constitucional. Como instrumento de defesa da hierarquia constitucional existe o controle de constitucionalidade das leis.² O princípio da legalidade vem insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Carta Magna, que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”³

A lei é a fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. Por essa razão, Von Liszt dizia que o Código Penal era a Carta Magna do delinqüente.⁴ Atribui-se a origem desse princípio à Carta Magna Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, cujo art. 39 preceituava:

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

² ALVES, Francisco de Assis. **Supremacia dos princípios constitucionais fundamentais**: princípios fundamentais constitucionais. São Paulo: Lex, 2005

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**: Tomo I. Campinas: Russel, 2003. p. 39-40

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.⁵

A indigitada norma obsta o poder arbitrário do Governo, o qual se manifestaria livremente pela força, se não houvesse o primado (ou império) da lei em nosso sistema normativo. Desse modo, o postulado avoca a idéia do consentimento popular, abonando a chamada “segurança jurídica” como o seu genuíno vetor axiológico. De outra banda, como “reserva legal”, o princípio em tela chancela a idéia de controle ou regramento legislativo, regendo a edição de certas matérias. Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador; ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção.⁶

Atribui-se a formulação latina do princípio da reserva legal a Feuerbach, em seu Tratado de Direito Penal, no qual asseverava: “Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal”. Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada. Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. O pressuposto legal está condicionado pela pena legal.⁷ Logo, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a qual prevê uma lesão jurídica pormenorizada.

Sob o império da lei, toda ação do Poder Público, em todos os níveis de atuação, deve obrigatoriamente ser precedida de uma lei e, ainda, visar à proteção do administrado em relação ao abuso do poder e à subjetividade do administrador. Posto isso, a multifacetada implicação da legalidade no ordenamento jurídico converge sempre para a estipulação de limites normativos ao espectro de atuação do Governo. Sem garantia do princípio em tela, reina o excesso nas atuações, a conveniência nas escolhas (favoritismo ou apadrinhamento) e o próprio abuso ou

⁵ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: introdução e princípios fundamentais s.São Paulo: R.T. 2007

⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p.39-40

⁷ VON FEUERBACH, Anselm. Tratado de Derecho Penal. Tradução: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 49

excesso do poder estatal.⁸ No entanto, deve-se observar as ponderações de Carré de Malberg que foi o primeiro jurista a denunciar a *canonização e consagração da lei*. Conforme ensina o professor Sérgio Resende de Barros, essa ideologização da lei reduz o direito na autorização das condutas individuais apenas pela estrita observância da lei. Carré de Malberg⁹ chama isso de “*L’Etat legal*,” isto é, o estado legal. Como diz o professor Sérgio, algo muito diferente do “*Rechtsstaat*”, ou seja, o Estado de Direito alemão.¹⁰ Assim, malgrado uma conduta seja típica e ilícita, pode não ser culpável, punível, processável ou executável, tendo em vista os demais princípios que norteiam o direito penal moderno como o da ofensividade, lesividade, princípio da culpabilidade, da insignificância, alteridade, proporcionalidade, adequação, princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e intervenção mínima, da necessidade concreta da pena, individualização da pena, da exteriorização do fato, da responsabilidade subjetiva, etc.

Consoante o princípio da anterioridade da lei penal, uma pessoa só pode ser punida, se á época do fato por ela praticado, já estava em vigor a lei que descrevia o delito. Assim consagra-se a irretroatividade da lei penal. O inciso XL do art. 5º. da Constituição Federal, em reforço ao princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX, diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A regra constitucional, portanto, é a da irretroatividade da lei penal; a exceção é a retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente. Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o.¹¹

O Princípio da reserva legal garante que apenas a lei em sentido formal pode descrever condutas criminosas. É vedado ao legislador utilizar-se de decretos, medidas provisórias ou outras formas legislativas para incriminar condutas. A certeza da proibição somente decorre da lei. Nas sábias lições de Assis Toledo, "da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou

⁸ VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tradução: Luís Jimenez de Asúa. Madrid. p. 56

⁹ MALBERG, Raymond Carré de. Contribution à la théorie générale de l'état Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920

¹⁰ BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos: Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval".¹² A fonte de conhecimento imediata do Direito Penal é a lei. Sem ela não se pode proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Já o princípio da taxatividade preceitua que a lei Penal deve ser clara e precisa, de forma que o destinatário da lei possa compreendê-la. Sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. Portanto, a lei deve ser taxativa, com a máxima determinação dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo o dever de redigir os tipos penais com precisão.

Conforme esclarecem renomados professores, exemplos de conceitos imprecisos seriam encontrados naqueles tipos penais que detivessem em seu preceito primário a seguinte redação: "São proibidas quaisquer condutas que atentem contra os interesses da pátria". Quais são essas condutas que atentam contra os interesses da pátria? O agente tem de saber pormenorizadamente qual a conduta que está proibida, não devendo ficar nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, alargar a sua abrangência, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse, como já aconteceu na história.¹³ Temos um exemplo claro do que seja um conceito vago ou impreciso no art. 9º da Lei de Segurança Nacional, assim redigido: Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país: reclusão, de 4 a 20 anos.¹⁴ Ora, como se tenta submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país? Tal conduta, obviamente, será aquela que atente contra a vontade do tirano, e, por essa razão, tal artigo não pode sobreviver diante do princípio da legalidade.¹⁵

Já o Princípio da intervenção mínima preceitua que o direito penal só deve cuidar de situações graves, de modo que o juiz criminal só venha a ser acionado para solucionar fatos relevantes para a coletividade. É um princípio a ser observado prioritariamente pelo legislador na criação das leis penais. A razão deste princípio é pelo fato da sanção penal atingir um bem jurídico fundamental do ser humano ou seja a liberdade. Por isso é viável que outros ramos do direito abranjam situação

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹³ MONTERO AROCA, 1997

¹⁴ TOLEDO, 2002.

¹⁵ CONDE, Francisco Muñoz. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

menos graves, deixando para o Direito penal situações mais graves que justifiquem a necessidade de restringir a liberdade.¹⁶

Segundo o princípio da Insignificância - decorrente do princípio da intervenção mínima -, há exclusão da tipicidade material a lesão ao bem jurídico tutelado pela lei penal que é de tal forma irrisória que não justifica a movimentação da máquina judiciária. Tem sido aceito em crimes como furto (de uma bala, sonegação fiscal (de R\$ 1,00), lesão corporal (uma alfinetada, p. ex.).¹⁷ É evidente que não há como se cogitar da aplicação desse princípio em crimes com ele incompatíveis, como ocorre, dentre outros, com o homicídio ou o estupro. Para o princípio do “in dubio pro reo”, se persistir dúvida, após a utilização de todas as formas interpretativas, a questão deverá ser resolvida da maneira mais favorável ao réu.

Já o Princípio da vedação do “bis in idem” significa que ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo fato. Além disso, por esse princípio, determinada circunstância não pode ser empregada duas vezes em relação ao mesmo crime, quer para agravar, quer para reduzir a pena.¹⁸ Portanto, quando alguém comete um homicídio por motivo fútil, incide a qualificadora do art. 121, § 22, 11, do Código Penal, mas não pode ser aplicada, concomitantemente, a agravante genérica do motivo fútil, prevista no art. 61.¹⁹

2.1 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O Estado Democrático de Direito consiste na criação de um novo conceito de Governo, baseado na dignidade da pessoa humana, cuja tarefa fundamental é superar as desigualdades sociais e regionais, bem como a instauração de um regime democrático que vise à justiça social. Oportuno destacar a relevância da lei pela sua função de regulamentação das relações estatais e individuais, objetivando a realização da igualdade e justiça, todavia, é digno do Estado Democrático em subordinar-se à Carta Magna.²⁰ Os direitos e garantias individuais estão subdivididos em cinco capítulos, dentro do Título II, da Lei Maior. A distinção entre

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁷ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 80

¹⁸ FERREIRA, 1998.

¹⁹ BITENCOURT, 2006.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89-90

os dois está, resumidamente, em que os direitos configuram-se na existência legal dos interesses individuais reconhecidos, de modo que as garantias vedam as ações do Poder Público que atentem contra esses direitos consagrados.²¹

As garantias individuais advêm da necessidade de proteção da liberdade perante o Estado, por aí se percebe a sua plenitude como meio de defesa em face de um interesse que demanda proteção. As garantias colocam-se diante de um direito, mas com ele não se confundem, pois são disposições assecuratórias, possibilitando, por via de conseqüência, a proteção à liberdade individual.²² As normas consagradas pela Lei Maior com relevância processual, possuem a natureza de normas de garantia, estabelecidas no interesse público, logo, as violações desses dispositivos constituem em ato absolutamente nulo ou, até mesmo, ato juridicamente inexistente.²³ Também é conhecido como princípio da não-culpabilidade. Alguns autores como Mirabete preferem tratá-lo como princípio da não-culpabilidade sob o argumento de que a Lei Maior não presume a inocência, mas estabelece que o acusado é inocente durante o desenrolar do processo.²⁴

Da mesma forma, Paulo Rangel considera que a nomenclatura presunção da inocência não resiste a uma análise mais profunda.²⁵ É uma conseqüência direta do devido processo legal consolidado expressamente na Constituição Cidadã. Trata-se de um princípio constitucional explícito, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e no Pacto San José de Costa Rica. Tratados esses em que o Brasil é signatário e, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF, equivalem às emendas constitucionais. A presunção da inocência, como princípio basilar do Estado Democrático, decorre do sistema processual acusatório, no qual cabe ao Ministério Público ou, nos casos de ação privada, ao ofendido ou ao seu representante, o ônus da prova contra o réu.

Para Delmanto, os direitos fundamentais têm como principal fundamento o valor da dignidade humana, que se afigura como uma pilastra do Estado Democrático. Salieta que “a presunção da inocência deve ser entendida como orientação política de cunho constitucional”. Não assegurar o princípio em tela, significa negar o próprio processo penal, já que este existe justamente em função da

²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.

²² BONAVIDES, 2005, p. 529-32.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. São Paulo, RT, 2004. p. 27-30..

²⁴ MIRABETE, 2005, p. 44.

²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 44.

inocência, afigurando-se, em um Estado Democrático de Direito, como o único instrumento que dispõe o estado para, legitimamente, considerar uma pessoa culpada. O autor acima transcrito segue afirmando que a presunção da inocência abrange: o ônus da prova para a acusação; inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de réu; o resguardo da imagem do réu e o silêncio que não importa em admissão de culpa; local condigno destinado ao réu na sala de audiência; o não uso de algemas, salvo em casos excepcionais; cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória. Dessa forma, a presunção da inocência não afetaria apenas o mérito da culpabilidade, mas, inclusive, como o réu é tratado durante o desenrolar do processo.²⁶

Sob esta ótica, prevalecerão os princípios que garantem aquelas peculiaridades, que, na situação em questão, são os princípios da moralidade, da probidade e da legitimidade, inerentes que são, à pessoa humana, como também ao Estado Democrático, do qual todo o poder emana do povo. Não se trata de adotar e levantar a bandeira, com esse posicionamento, de questões subjetivas em detrimento do princípio da presunção do estado de inocência e do devido processo legal, eis que não se quer mitigá-los porque são fundamentais. Porquanto ninguém está sendo considerado culpado antes do trânsito em julgado e nem se estaria suspendendo os direitos políticos, uma vez que continuarão, os acusados, a serem processados em seus devidos trâmites legais e processuais, sendo considerados e tratados, no processo criminal, como inocentes, até que sobrevenha condenação judicial transitada em julgado, restringindo-se o princípio da presunção da inocência a seara do processo penal.²⁷

Assim, posiciona-se no sentido do indeferimento dos pedidos de registro de candidaturas ou inscrição em concurso público de pessoas que não atendem as exigências da moralidade, da probidade, da boa-fé e da ética, tão necessárias ao espírito e a essência daqueles que pretendem concorrer a cargos públicos. Eis que, possivelmente, serão os responsáveis pelas condições de sobrevivência das gerações presentes e vindouras, quando do exercício da gestão da máquina administrativa e financeira. Portanto, se eventual candidato a determinado mandato eletivo estiver respondendo a processos por crimes graves ainda não findos,

²⁶ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisões provisórias e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 64-68

²⁷ DELMANTO JÚNIOR, 2001.

continuará tal pessoa a ser tratado e processado como inocente até que sobrevenha decisão final condenatória com o devido trânsito em julgado, observando-se o princípio constitucional da presunção do estado de inocência. Em absoluto não se pretende romper com tal postulado.²⁸ Sequer se está diante de conflito entre normas constitucionais, porquanto o artigo 5º, LVII, da CF, nada tem a ver com o caso em tela, já que este Egrégio Tribunal não irá efetuar juízo sobre a culpa do requerente nos delitos anotados em seu desfavor. Aqui se aplica exclusivamente a sistemática trazida pela EC 04/94, que contém princípios éticos a informar as hipóteses de inelegibilidade, que, obviamente, não dependem de Lei Complementar para vigerem, por isso que auto-aplicáveis.²⁹

Cretella ressalta, para fins de demonstrar que o princípio da presunção da inocência restringe-se ao âmbito do direito penal e do processo penal, que o Código Civil arrola no artigo 1814, algumas hipóteses de exclusão da herança por indignidade, dentre as quais destaca-se aquela prevista no inciso “I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”.³⁰ Civilistas como Sílvio de Salvo Venosa e Sílvio Rodrigues, ponderam que tal causa de exclusão da herança por indignidade prescinde de condenação criminal.³¹ Sendo viável excluir por indignidade o autor, co-autor ou partícipe de homicídio doloso consumado ou tentado, sem necessitar da condenação penal, resta evidente que o princípio da presunção da inocência limita-se à seara do direito penal e processual penal, corroborando o entendimento alegado.

Inácio de Carvalho Neto afirma que: “define-se os antecedentes como tudo o que se refere à vida pregressa do réu”. Todo o histórico do acusado fica registrado para fornecer ao julgador elementos que possam auxiliá-lo quando da análise da personalidade daquele, à míngua de regras técnicas para o desempenho de tal função. O magistrado não é um psicólogo ou sociólogo, que disponha de técnicas capazes de aferir com uma preciosidade, inerente ao ofício, se de fato o acusado em

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 61.

²⁹ Recurso Extraordinário nº 568030, voto do Relator Min. Menezes Direito.

³⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 5. p. 29.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (Parte Geral)**, v.1 – 3 ed. São Paulo: Atlas. 2003.

juízo possui ou não “personalidade voltada para o crime”, por isso, socorre-se aos antecedentes penais.³²

São, portanto, considerados, para efeitos de antecedentes, quaisquer fatos relevantes anteriores ao crime. Assim, podemos arrolar com a doutrina: “processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade, inquéritos arquivados, condenações não transitadas em julgado, processos em curso, absolvições por falta de provas”.³³ Os antecedentes penais constituem, conforme esclarece José Frederico Marques:

As condenações que sofreu, as persecuções criminais contra ele intentadas e que se frustraram por ocorrência de alguma causa de extinção da punibilidade, ou os processos criminais ainda não findos. Questões que tenha tido na justiça civil, em que se retrate a fraqueza de seu caráter, traduzem, muitas vezes, manifestações de uma personalidade mal ajustada ao convívio social.³⁴

Damásio de Jesus corrobora este entendimento ao afirmar que:

Antecedentes são os fatos da vida pregressa do agente, sejam bons ou maus, como condenações penais anteriores, absolvições penais anteriores, inquéritos arquivados, inquéritos ou ações penais trancadas por causas extintivas da punibilidade, ações penais em andamento, passagens pelo Juizado de Menores, suspensão ou perda do pátrio poder, tutela ou curatela, falência, condenação em separação judicial etc.³⁵

Portanto, “Reincidência” significa voltar a incidir. É um conceito jurídico, aplicado ao direito penal, que significa voltar a praticar um delito havendo sido anteriormente condenado por outro, de igual natureza (reincidência específica) ou não (reincidência geral). Já “maus antecedentes,” são tudo o que remanesce da reincidência. Ou seja, decorrido o prazo de cinco anos, por exemplo, do cumprimento da pena (período no qual há reincidência, como acima se demonstrou) deixa o indivíduo de ser considerado reincidente, mas carregará ele em sua ficha o gravame de maus antecedentes. Esse instituto é considerado circunstância judicial, a ser analisada pelo Magistrado na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

³² CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 28.

³³ CARVALHO NETO, 1999, p. 28.

³⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 1999. v. III. p. 100.

³⁵ JESUS, 1997, p. 546.

No entanto, qual seria a capacidade técnica de um magistrado para avaliar um “desajuste de personalidade”, tomando-se por base inquéritos arquivados e ações prescritas? Para tais assertivas, parece imperioso uma avaliação por junta médica, habilitada a prescrever um correto diagnóstico da personalidade do agente. Luiz Flávio Gomes, ponderadamente, esclarece que é forçoso reconhecer que um julgamento que leve em conta fatos que sequer foram merecedores de investigação, culminando na majoração da pena-base pela “personalidade mal ajustada ao convívio social” é no mínimo errôneo e simplista, levando a resultados duvidosos.³⁶

Outro ponto atacado diz respeito à expressão “bons ou maus antecedentes”. Ora, não há que se falar em bons antecedentes em folha de antecedentes penais. Inácio de Carvalho afirma que toda e qualquer anotação será valorada, e será valorada negativamente, ainda que seja um trancamento de um inquérito ou uma extinção de punibilidade. A verdade é que se está registrado nos assentamentos, será sempre “maus antecedentes”, pois, ao dosar uma reprimenda, juiz algum, ao menos a grande maioria, considerará uma absolvição de um crime hediondo como “bons antecedentes”. Bons antecedentes são aqueles que não figuram nos registros penais.³⁷

Nem mesmo a tentativa do magistrado Gilberto Ferreira, ao citar em sua obra um caso que acredita ter acontecido, tem o propósito de elevar uma anotação em folha penal à categoria de “bons antecedentes”:

Deve ser considerado, igualmente, que nem sempre o envolvimento em processos judiciais poderá implicar em “maus antecedentes”. Tomemos este exemplo, que ao que me consta, aconteceu: Um velhinho e um moço de porte físico muito avantajado entraram em luta corporal. Como poderia se esperar, o moço saiu levemente lesionado e o velhinho bastante ferido. Os dois foram processados, passado algum tempo, voltaram a brigar. Novamente, o moço sofreu lesões levíssimas. O velhinho teve fraturada a clavícula. Novo processo para os dois. O velhinho sarou. Mais um tempo e novo confronto, só que desta feita o velhinho matou o seu contumaz agressor. No caso, os antecedentes do velhinho poderiam ser interpretados como favoráveis na medida em que reduziriam o grau de culpabilidade de sua conduta.³⁸

Assim, cumpre salientar o entendimento exarado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus 97665, em 2010, quando se

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Vida progressa e concursos públicos**. 5 jul. 2008. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2012.

³⁷ CARVALHO NETO, 1999, p. 28.

³⁸ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 85

decidiu que “processos penais em curso, ou inquéritos policiais em andamento ou, até mesmo, condenações criminais ainda sujeitas a recurso não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como elementos evidenciadores de maus antecedentes do réu.”

Em sentido contrário, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do Habeas Corpus 94620, enfatizou que “não obstante a Corte entenda que o simples fato de tramitarem ações penais ou inquéritos policiais em curso não leva, automaticamente, à conclusão de que o réu possui maus antecedentes, é lícito ao magistrado deduzi-los em face da existência de diversos procedimentos criminais, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade”.

2.2 A CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO PENAL E A CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO DELITO

Conforme o mestre Luiz Flávio Gomes, por força do princípio da ofensividade, não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico. Desse princípio decorre a eleição de um modelo de Direito penal com característica predominantemente objetiva, fundado em pelo menos dois pilares a proteção de bens jurídicos e a correspondente ofensividade.³⁹ De acordo com a teoria constitucionalista do delito, a tipicidade penal é formada pela tipicidade formal e a tipicidade material ou normativa. Não se pode olvidar que, por força do princípio da insignificância, o fato mínimo ou de ínfimo significado é atípico, porquanto não há desaprovação da conduta ou o resultado é ínfimo.

Outro princípio correlato é o da alteridade, também em sintonia com o princípio da insignificância e da ofensividade, veda a incriminação de conduta meramente subjetiva ou que não ofenda a nenhum bem jurídico. Por exemplo: a tentativa de suicídio ou a auto-lesão não serão considerados crimes se não provocarem outros danos materiais a terceiros e se não houver intenção de fraude contra seguradora. Neste diapasão, a potencialidade ofensiva, como o nome está a

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais: volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 464.

indicar, prende-se à faculdade de ação lesiva a bem jurídico sobre o qual não existe nenhum juízo de valor.⁴⁰

Indubitavelmente, o tráfico de drogas é um câncer que se instalou na sociedade contemporânea. No entanto, discute-se a liberação do consumo de drogas leves como a “maconha” e a posse de pequenas quantidades da substância para uso pessoal. A posse de droga para consumo pessoal, transformou-se numa infração penal “sui generis”, visto que o art. 28 da lei de drogas não comina pena de prisão. Para o Pretório Excelso, trata-se de um “crime” punido com penas alternativas.⁴¹ Alice Bianchini assevera que se trata de mera infração administrativa. Tratando-se de porte de pequena quantidade de entorpecente, o mais acertado não é fazer incidir as sanções alternativas nos termos do art. 28 da lei das drogas, mas o princípio da insignificância diante da ausência de ofensividade, tornando o fato atípico.⁴²

Tratando-se de substâncias como a “Cannabis sativa” que, segundo pesquisas divulgadas na mídia, são menos lesivas que outras drogas lícitas como o tabaco e o álcool, se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima e da sua finalidade (uso pessoal), não há que se falar em infração; logo, não há conduta penalmente relevante. Nesta esteira, conquanto a questão não esteja pacificada, muitas decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecem o princípio da insignificância, senão vejamos: “Entorpecente. Quantidade ínfima. Atipicidade. O crime, além da conduta, reclama um resultado no sentido de causar dano ou perigo ao bem jurídico; a quantidade ínfima informada na denúncia não projeta o perigo reclamado”.⁴³ “É necessário demonstrar-se que a substância tinha a possibilidade para afetar ao bem jurídico tutelado”.⁴⁴

Assim, a pena deve ser:

necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Quando a conduta não seja reprovável, sempre e quando a pena não seja necessária, o juiz pode deixar de aplicar dita pena. O Direito penal moderno não é um

⁴⁰ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004

⁴¹ STF, RE 430.105-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁴² BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas Comentada**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

⁴³ Cf. decisão de 18.12.1997, rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 06.04.1998, p. 175; MENDES, Carlos Alberto Pires. **Justicia & Poder**. 1998, p. 65. FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e a sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, p. 1096 et seq.

⁴⁴ Cf. decisão de 30.03.1998, rel. Anselmo Santiago, DJU 01.06.1998, p. 191.

puro raciocínio de lógica formal. É necessário considerar o sentido humanístico da norma jurídica. Toda lei tem um sentido teleológico. A pena conta com utilidade.⁴⁵ Trancamento de ação penal, crime, porte de entorpecente, maconha, pequena quantidade, inexistência, dano, perigo, saúde pública, aplicação, princípio da insignificância. (voto vencido) (Min. Paulo Gallotti) descabimento, trancamento de ação penal, crime, porte de entorpecente, maconha, uso próprio, hipótese, consumo, praça pública, irrelevância, pequena quantidade, caracterização, tipo penal, perigo abstrato, violação, saúde pública. (STJ, HC 21672-RJ, rel. Min. Fontes de Alencar). Penal. Entorpecentes. Princípio da insignificância. – sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância – Habeas Corpus concedido. (STJ, HC 17956-SP, rel. Min. Vicente Leal).

Quando estagiava na defensoria pública do Rio Grande do Sul, tive oportunidade de trabalhar em processos por porte de 5 gramas de “maconha,” com mais de 150 páginas, os quais resultavam em pena de advertência. Considerando o gasto do erário e o tempo despendido, começando pela abordagem do réu pelos policiais militares e condução do mesmo à Delegacia para lavratura do termo circunstanciado, o trabalho da Defensoria Pública, do Ministério Público e do judiciário, insta indagar-nos: é válido movimentar o Poder Judiciário em virtude de porte e consumo de pequenas quantidades de drogas?

A irrelevância da ofensividade de condutas como a posse de pequenas quantidades de drogas “leves” e o consumo das mesmas, implica as conotações supramencionadas sob o prisma da intervenção mínima e da insignificância. Sendo irrelevante a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, é imperiosa a descriminalização de condutas que, conquanto abstratamente relevante, não foi suficientemente alcançado um grau mínimo para legitimar a intervenção concreta do Direito Penal.⁴⁶ O eminente Luiz Flávio Gomes esclarece que

o princípio da culpabilidade também cumpre a função de limite material do “ius puniendi”, conquanto a culpabilidade, enfocada como princípio limitador do poder de punir do Poder Público, não tem o mesmo significado que possui como categoria dogmática do Direito penal. Em outras palavras: uma coisa é a culpabilidade como princípio de Política criminal – não tem nenhum sentido prever pena para quem não tem capacidade de se motivar no sentido da norma –, outra distinta é a mesma culpabilidade dentro do Direito penal, entendida como juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato. Assim, o princípio da culpabilidade, entendido no sentido político-criminal (ou seja: como normal capacidade do agente de motivação de acordo com a norma), impede que o autor de um fato punível seja efetivamente punido quando concorrerem determinadas condições psíquicas, pessoais ou situacionais que lhe

⁴⁵ Cf. decisão de 21.04.1998, rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 17.08.1998, p. 96.

⁴⁶ Carlos Alberto ELBERT. La Criminología del siglo XXI en América Latina. Argentina, 1999, p. 42-43

impossibilitam o normal acesso à proibição (trata-se, em suma, das causas excludentes da culpabilidade).⁴⁷

Não se pode olvidar que o princípio da culpabilidade, consiste em conquista liberal decorrente, sobretudo, do pensamento iluminista e visa, precipuamente, à extirpação da responsabilidade objetiva em matéria penal. Para Zaffaroni, Alagia e Slokar, o princípio da culpabilidade é o mais salutar dos que derivam diretamente do estado de direito, porque sua violação importa o desconhecimento da essência do conceito de pessoa. Imputar um dano ou perigo para um bem jurídico, sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena com fundamento apenas na causação) equivale a rebaixar o autor a uma “coisa causante”.⁴⁸

A culpabilidade é categoria que se faz presente no conceito de fato punível desde as suas primeiras elaborações sistemáticas. Luiz Regis Prado assevera que: “no aspecto material, o delito constitui lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico-penal, de caráter individual, coletivo ou difuso”.⁴⁹ Já o mestre Luigi Ferrajoli vê no objeto jurídico o ponto central da proteção jurídico-criminal.⁵⁰ Com efeito, Ramírez e Larrauri afirmam que a missão do Direito Criminal é a proteção de bens jurídicos. O crime já foi concebido como um todo unitário. No entanto, depois, ele foi dividido em duas partes, uma objetiva (injusto) e outra subjetiva (culpabilidade). Este conceito bipartido de crime prevaleceu por muito tempo.⁵¹

Assevera-se que, em meados de 1.900, Beling reformulou o conceito analítico de crime, definindo-o como o fato típico, ilícito e culpável. Este é o conceito mais aceito nas doutrinas pátria. Antigamente o crime já era concebido por Deciano como sendo a conduta típica, antijurídica, culpável e punível.⁵² Essa foi a posição de Bartaglini. O saudoso mestre Néelson Hungria, informando a ausência de acordo na doutrina acerca do conceito analítico do crime, inseria a punibilidade no rol de seus elementos.⁵³ O conceito quadripartido adotado por Luiz Regis Prado é o mesmo preferido por Roxin, para os quais crime é: conduta, tipicidade, ilicitude e

⁴⁷ GOMES, 2007, p. 534-538.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; **Derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. SP. Revista dos Tribunais, 2004. p. 237.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 367-429.

⁵¹ RAMÍREZ, Juan Bustos; **La imputación objetiva**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998. p.39-40

⁵² FRAGOSO, Heleno Cláudio; **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 146.

⁵³ HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 9.

culpabilidade.⁵⁴ Em julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade na 3ª Câmara Criminal do TJMG, relatado pela Desembargadora Jane Silva, assentou que

a circunstância judicial da culpabilidade nada mais é do que a medida da culpabilidade do agente, consistindo no nível de reprovabilidade de sua conduta, situação que deve ser avaliada segundo as peculiaridades do caso concreto. O Superior Tribunal de Justiça, como não poderia deixar de ser, também já afirmou que o conhecimento da ilicitude do fato é pressuposto da culpabilidade, não servindo para exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria da pena.⁵⁵

Consoante ensinam renomados juristas a culpabilidade constitui-se no balizador máximo da sanção aplicável, ainda que se invoquem objetivos de recuperação social, funcionando também, como elemento para medir a sanção. Neste contexto, a reprovabilidade limita a pena, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada a outros critérios: importância do bem jurídico, fins preventivos, etc.⁵⁶

Observa-se que ocorre um equívoco no cotidiano forense, no que tange à dosagem da pena, afirma-se que o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia. Para alguns estudiosos do direito, essa acepção de culpabilidade funciona como fundamento da pena ou como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse juízo tenha sido positivo, pois caso contrário nem se teria chegado à sentença condenatória. Visto que o delito é um fato humano, não há como dissociá-lo da culpabilidade, uma vez que esta constitui o elo subjetivo que vincula o autor ao fato.⁵⁷

⁵⁴ PRADO, 2004. p. 238; ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997. p. 194.

⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 84179/MS – 6ª Turma – Rel.^a Min.^a Maria Thereza Rocha de Assis Moura – julgado em 06.05.2010. Disponível em: www.stj.jus.br.

⁵⁶ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**. SP. Revista dos Tribunais, 2005

⁵⁷ David CIENFUEGOS SALGADO. Política Criminal y Justicia Penal, De Lazcano, 2007. p. 39

2.3 A TUTELA DE BENS JURÍDICOS DIFUSOS, COMO O MEIO-AMBIENTE, IMPEDE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA?

Bens Jurídicos são bens relevantes para o direito por ser este mesmo bem importante para o desenvolvimento e a coexistência dos homens que vivem em sociedade, como por exemplo: a vida, a liberdade, o patrimônio, etc. Assevera-se que os Bens Jurídicos Supra-individuais são bens amplos, no qual o jurista objetivou tutelar visando à proteção da coletividade, portanto há no direito penal a criminalização das condutas que afetam conceitos indeterminados, como a ordem econômica.⁵⁸

Pode-se observar que os bens jurídicos abrangem interesses de grupos determinados, indeterminados ou determináveis, como o sistema econômico, tributário, financeiro, e do meio ambiente. Os bens Jurídicos Supra-individuais são também denominados de meta individuais e podem ser classificados em três tipos: bens jurídicos institucionais, bens jurídicos coletivos e bens jurídicos difusos.⁵⁹ Os considerados Bens Jurídicos Institucionais são os tutelados por intervenção de pessoa jurídica de direito público, como a administração da justiça. Bens Jurídicos coletivos são bens onde as pessoas são determináveis, como exemplo temos a saúde pública, e como bens jurídicos difusos temos a representatividade da coletividade de um modo geral, tendo caráter indeterminável e plural tem como exemplo o meio ambiente.⁶⁰

Noutro giro, o delito de bagatela não se encontra expressamente demonstrado na legislação brasileira, no entanto, doutrina e jurisprudência têm possibilitado a delimitação das condutas tidas como insignificantes, sob orientação de um direito penal mínimo e fragmentário. O princípio da insignificância apresenta-se como "uma orientação que não desconhece a antijuridicidade do fato, mas deixa de considerar a necessidade de intervenção punitiva".⁶¹ Contudo, o delito - decorrente da existência de um dano mínimo -, que não impõe um prejuízo importante a outrem, é classificado como delito de bagatela, e por isso não exige a interferência do direito punitivo. Lopes, citando Ackel Filho, afirma que:

⁵⁸ ROCCO, 2001 p. 77

⁵⁹ AGUIAR, Alexandre Moreira. O princípio da insignificância e a tutela de bens jurídicos difusos. Teresina. 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>> Acesso em: 31 out. 2012

⁶⁰ FALEIROS, José Luiz de Moura. **Crimes ambientais**. Material de aula da Pós-Graduação em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- Uniderp –LFG. Acesso em: 24 nov. 2012.

⁶¹ GUIMARÃES, Issac Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 71.

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois como irrelevantes.⁶²

Toledo, citado por Lopes, defende que, o princípio está atrelado à "gradação qualitativa e quantitativa do injusto que permite ser o fato insignificante excluído da tipicidade penal".⁶³ Franco adere o princípio da insignificância à antijuridicidade material.⁶⁴ Montoro acrescenta que "além do limite quantitativo-qualitativo não há racional consistência de crime, nem justificação de pena, sendo irrelevante os fatos que se encontrem abaixo deste limite".⁶⁵ Quanto ao princípio da insignificância está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, Zafaroni, citado na obra de Manãs, defende que:

Outro fundamento do princípio da insignificância residente na idéia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do bem. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para a imposição da reprimenda. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.⁶⁶

Outrossim, Ackel Filho leciona que:

O princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal.⁶⁷

Com a mesma orientação, Mirabete, assim ensina:

Sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir

⁶² LOPES, Maurício Ribeiro. **Princípio da insignificância**: SP: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

⁶³ REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 13-15.

⁶⁴ MANÃS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53.

⁶⁵ ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da insignificância no direito penal. **Revista jurisprudencial do tribunal de alçada criminal de São Paulo**, São Paulo, p. 73, abr./jun. 1988.

⁶⁶ ZAFARONI, Eugênio Raul apud MANÃS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 58.

⁶⁷ ACKEL FILHO, 1988, p. 73.

do direito penal certas lesões insignificantes. Claus Roxin propôs o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância. Não há crime de dano ou de furto quando a coisa alheia não tem qualquer significação para o proprietário, não existe contrabando na posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, que não cause uma lesão de certa expressão para o fisco; não há peculato quando o servidor se apropria de ninharias do Estado; não há crime contra a honra quando não se afeta significativamente a dignidade, a reputação a honra de outrem; não há lesão corporal em pequenos danos à integridade física.⁶⁸

Com efeito, Manãs assevera ainda que: “adoção do princípio da insignificância auxilia na tarefa de reduzir ao máximo o campo de atuação do direito penal, reafirmando seu caráter fragmentário e subsidiário, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.”⁶⁹ O princípio da insignificância no direito penal tem como fundamento a intervenção mínima e como finalidade estabelecer uma adequada proporcionalidade entre o delito e a pena, o que se pode deduzir da parte final do art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.⁷⁰

Insta salientar que há um entendimento segundo o qual não é possível a aplicação do princípio da insignificância em crime ambiental, pois qualquer lesão ao meio ambiente desequilibra direta ou indiretamente o ecossistema, não existindo, portanto, conduta ambiental insignificante. Porém, a jurisprudência do Pretório Excelso e do STJ é no sentido da possibilidade de aplicação do princípio, desde que presentes os pressupostos que o mesmo exige.⁷¹ Neste sentido:

STJ/HC 143208 / SC: Ementa. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 34 DA LEI N. 9.605/98. AUSÊNCIA DE DANO AO MEIO AMBIENTE. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. TRANCAMENTO. ORDEM CONCEDIDA: Segundo a jurisprudência do STF, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Hipótese em que, com os acusados do crime de pesca em local interdito pelo órgão competente, não foi apreendido qualquer espécie de pescado, não havendo notícia de dano provocado ao meio-ambiente, mostrando-se desproporcional a imposição de sanção penal no caso, pois o resultado jurídico, ou seja, a lesão produzida, mostra-se absolutamente irrelevante. Embora a conduta dos pacientes se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente no caso a tipicidade material,

⁶⁸ MIRABETE, 2000. p. 118.

⁶⁹ MAÑAS, 1994. p. 58-59

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.

⁷¹ CERA, Denise Cristina Mantovani. **É possível a aplicação do princípio da insignificância em crime ambiental.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html>. Acesso em: 1 nov. 2012

que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado.⁷²

2.4 APONTAMENTOS SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA

O artigo 5º da Constituição preceitua que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, e à igualdade”. E no § 1º do mesmo artigo a própria constituição expressa que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.⁷³ Daniel Sarmiento afirma que a própria carta exprime a classificação, entendendo assim que seriam normas de eficácia plena. É evidente que o princípio da igualdade deve ser visto com a devida cautela, pois sempre é relativo. Ou seja, a igualdade é virtual, e para uma verdadeira justiça o cidadão deverá ser tratado nas suas respectivas diferenças.⁷⁴

O renomado jurista Alexandre de Moraes, afirma que vedam-se as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.⁷⁵

Entende-se que o princípio, apesar de relativizado, não deve ser desrespeitado. O legislador deve sempre se pautar pela isonomia, sobre pena de criação de uma norma inconstitucional. Lembremos ainda que a lei 9.029/95, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias para efeitos de acesso a emprego. Sob este prima, entende-se que a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais é uma verdadeira violação ao princípio constitucional da igualdade. A tendência é considerar o direito penal como meio educador do indivíduo, tornando a sanção injustificável quando reconscientizado.⁷⁶ À luz da doutrina de Claus Roxin, afirma-se que

⁷² STJ, Quinta Turma, HC 143208/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 14.06.2010

⁷³ BRASIL, 2003.

⁷⁴ SARMENTO, 2000, p. 41.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16

⁷⁶ BITENCOURT, 2004.

é certo que a tendência político-criminal é incentivar a reinserção social do “ex-deliqüente”. Impedindo que o ex-presidiário possa ingressar na carreira pública, o próprio Estado está a incentivar a sua permanência nos lagos da criminalidade. Ora, é evidente que o maior martírio para o ator de um delito é a repressão social, e é exatamente esta que o Estado Democrático deve combater com toda sede. Não é cabível que a pessoa seja carente de moralidade e idoneidade para servir a administração pública simplesmente porque tenha cometido, outrora, certo crime.⁷⁷

Nesta esteira, Paulo Queiroz elucida que:

é melhor desconsiderar quaisquer direitos individuais, porque já não faz sentido, já que nunca mais será merecedor de confiança, nem mesmo pelo próprio Estado. É esvaziar a pena de sentido. Porquanto é cediço que as doutrinas absolutas são totalmente inconciliáveis com o atual desenvolvimento do direito penal. O fato de já ter vivenciado situações constrangedoras e desacertadas diversas vezes pode ser motivo de maior conhecimento das verdadeiras condições fáticas da sociedade, garantindo uma maior efetividade na aplicação axiológica das ações dos cidadãos. Assim, quando priva os ex-presidiários de cargos públicos, o Estado está a incentivar a segregação social, aumentando quantitativamente a dificuldade de reinserção social. Atacando todo sentido da pena. É o próprio Poder Público ferindo a dignidade da pessoa humana.⁷⁸

Até o momento, as discussões remontam à verdadeira função social da pena, todas as teorias da pena leva a pensar qual delas atende a verdadeira função da pena, qual seja a ressocialização. Não é sem razão que a sociedade procura tanto essa resposta, a função da pena se mostra cada vez mais Simbólica e no fundo o Direito Penal é seletivo e a pena tem um caráter retributivo. Desta feita, pode-se comparar a função social da pena com um principio do Direito Penal qual seja o da adequação social, para Cesar Roberto Bitencourt⁷⁹, em sua obra, *Novas Penas Alternativas*, diz que o Direito Penal qualifica as condutas com determinada relevância social, ou seja, nem todo fato é qualificado como crime.⁸⁰

Louk Hulsman,⁸¹ esclarece que, mostrar os sentenciados à prisão como culpados que merecem um castigo alimenta a seu respeito o espírito de vingança. Então como explicar neste mesmo contexto o princípio da intervenção mínima, isso porque neste caso o Direito Penal é usado em última esfera de controle e solução dos conflitos sendo os outros ramos do direito e o Estado responsável em resolver os demais conflitos sociais.⁸² Já Zaffaroni afirma:

⁷⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 62.

⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005a. p. 19.

⁷⁹ BITENCOURT, 2006, p. 41.

⁸⁰ BINTENCOURT, 2006.

⁸¹ HULSMAN, Louk. **Penas perdidas**: sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luan, 1981. p. 71

⁸² HULSMAN; CELIS, 1981. p.52

É muito difícil afirma-se qual a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social.⁸³ Em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante marginalizados ou próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica.⁸⁴

Percebe-se que o Direito Penal não é feito de intervenção mínima e sim de adequação social, esse foco está ligado ao fato de que a própria sociedade já engloba quase toda conduta como prática delitiva, sentindo-se mais conformada deste modo.⁸⁵ Corroborando o enunciado, Luis Regis Prado diz:

A pena- espécie de gênero sanção penal - encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social.⁸⁶

Para que essa situação seja modificada, é imprescindível um esclarecimento quanto à idéia de pena como castigo – sendo papel do Governo mostrar que existe uma função da pena. Um dos primeiros passos perfaz a compreensão acerca das Penas Alternativas, e as medidas que são implantadas no cumprimento de pena no regime fechado.⁸⁷ O Governo através do poder executivo deve promover ações e proteger os direitos daqueles que estão sob sua jurisdição, neste caso conscientizando o que estão no meio social e aqueles que estão em seus complexos penitenciários, humanizando as penas e instruindo-os através de projetos de incentivo. Desde o principio, as teorias da pena não explicam realmente a função social da pena, veja-se, no aspecto de encontrar uma utilidade na punição e não apenas punir por punir.⁸⁸

Nota-se que a pena atua de uma maneira extremamente punitiva, sem nenhuma função educadora ou ressocializadora. A pena minimiza o sujeito que a

⁸³ ZAFFARONI, 2004

⁸⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 76.

⁸⁵ HASSEMER, 2007. p. 85

⁸⁶ PRADO, 2004, p. 522.

⁸⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso. **Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal**. Disponível em: <<http://WWW.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

⁸⁸ EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. SP. Forense, 2004.

cumprir, o torna sem individualidade, faz com que este fique “a margem” da sociedade. As teorias da pena vêm perpassando vários caminhos para explicar a função de punir, e é bem verdade que não conseguiram explicar o porquê se pune o sujeito nos moldes oferecidos hoje. Não fica claro, pois a punição tem um caráter tão retributivo e porque o sujeito é visto com tanto preconceito pela sociedade.⁸⁹

A própria sociedade corrobora para visão simbólica da pena, pois esta acredita que o sujeito que comete um crime deve permanecer “as margens” provocando o efeito da superlotação carcerária. Quanto ao papel do Estado pode-se dizer que este não encara a Função da Pena como deveria isso porque, as medidas e ações sócias promovidas por ele são poucas para a quantidade carcerária atual.⁹⁰

As Penitenciárias sofrem com a superlotação, o inchaço é cada vez maior, ocasionando um série de problemas como falta de orçamento do Poder Público para promover a ressocialização. Portanto, conclui-se que a pena hoje não atua em seu papel ressocializador, as ações são promovidas e o incentivo à participação do apenado é quase zero, a exemplo de poucos apenados trabalharem de forma remunerada, ou mesmo serem instruídos a perceber que a cada três dias trabalhados ele terá menos um em sua jornada. Faz-se necessário uma educação social em âmbito geral, principalmente para aqueles que já estão em situação desigual, isso socialmente falando, já possíveis “clientes” do mundo do crime.⁹¹

Concluindo o tópico, o Estatal deve agir no Regime fechado, mediante ações para promoção da ressocialização, as quais são poucas, sendo imprescindível uma participação mais contundente para incentivar o preso a participar, evidenciando que a pena não é apenas a “clausura”, mas, que este pode aprender a viver socialmente, através das penas alternativas, onde o sujeito nem é retirado do convívio social e das medidas ressocializadoras que atuam de maneira decisiva para uma nova humanização e inclusão social. A Função reeducadora é a humanização da punição, é medida necessária para dar um novo caráter a pena, por isso deve ser revista, pois no contexto o qual ela é aplicada hoje não atende as condições mínimas de reinserir o sujeito à sociedade.⁹²

⁸⁹ NERY, Déa Carla Pereira. **Opiniões científicas sobre a pena**. Disponível em: <<http://www.fesmip.org.br>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

⁹⁰ MARCHI JÚNIOR. Antônio de Pádova. **As teorias deslegitimadoras**. Disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

⁹¹ MARCÃO, Renato. **Rediscutindo os fins da pena**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

⁹² GRECO, 2006.

3 ANÁLISE DOS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Na definição de Pierangeli e Zaffaroni, “a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos”.⁹³ Assevera-se que a política-criminal e o Direito Penal estão indissociavelmente ligados, sendo difícil estabelecer uma clara dissociação entre ambos, mesmo quando se tem em consideração o momento de aplicação da norma jurídica. Na lição de Queiroz⁹⁴

essa dificuldade deriva do fato de, em primeiro lugar, ser o Direito Penal um fenômeno político por excelência. Afinal, sua existência mesma não decorre de uma necessidade moral, divina ou ética, mas política: se um determinado momento o Estado entendeu – e ainda entende – de se valer de leis e instituições repressoras para responder a determinados conflitos, assim o fez para julgá-lo necessário à sua própria afirmação enquanto poder. Segundo, porque a atividade do juiz é uma tarefa inevitavelmente criadora, por quatro razões, ao menos, conforme assinala Robert Alexy: a incerteza da linguagem jurídica; a possibilidade de conflitos entre normas; a ocorrência de lacuna da lei; a possibilidade, em casos especiais, de se tomar decisões contra a letra da lei.⁹⁵

Bianchini defende serem basicamente três os movimentos de política-criminal: o punitivista, o abolicionismo e o minimalismo penal.⁹⁶ O abolicionismo abarca correntes que, de acordo com Ferrajoli⁹⁷, não reconhecem justificção alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais.

É importante lembrar que o garantismo embora inexoravelmente relacionado com o minimalismo, com este não se confunde e não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais - da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos -

⁹³ PIERANGELI e ZAFFARONI. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo. RT, 2006.

⁹⁴ QUEIROZ, 2006, p. 35.

⁹⁵ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, September 2000. p.294-304

⁹⁶ BIANCHINI, Alice. **Os grandes movimentos de política criminal na atualidade**: movimento lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo. Especialização em Ciências Penais – UNISUL/LFG.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria do garantismo penal. Madri: Trotta, 1995. p. 479.

representam os valores, os bens e os interesses, materiais e políticos, que fundam e justificam a existência daqueles artifícios - como chamou Hobbes - que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia.⁹⁸

Da doutrina de Ferrajoli é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais. Superado o tradicional conflito entre Direito Natural x Direito Positivo, tendo em vista a constitucionalização dos direitos naturais, o problema centra-se agora na divergência entre o que o Direito é e o que deve ser, no interior de um mesmo ordenamento jurídico, ou, nas palavras usadas repetidamente por Ferrajoli: o problema está entre efetividade e normatividade. Na doutrina espanhola, ARAGONESES ALONSO explica que a Constituição da Espanha de 1978 consagrou os princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, por sua vez, vêm coincidir com os também revelados pela doutrina, como Direito Natural. Com isso, o problema foi transferido e não está mais no plano da existência jurídica, mas no da efetividade do garantismo.⁹⁹

Postulando-se pela necessidade de abolir o Direito Repressivo, deixa-se de lado questionamentos referentes à limitação da atuação do Estado, de importância fulcral, ainda sob a perspectiva abolicionista, uma vez que o sistema penal não será abandonado de imediato, mesmo que essas correntes doutrinárias prevaleçam sob as demais.¹⁰⁰ Portanto, em que pese as doutrinas abolicionistas demonstrem as falhas do sistema punitivista, olvidam da necessidade de apresentar propostas eficientes para a construção de um modelo penal mais justo. Nesse diapasão, o punitivismo parte do pressuposto de que o Direito Penal é:

O mais eficaz (e mais necessário) instrumento de controle social; não surge (nessa visão reducionista como ultima ratio (último instrumento a ser utilizado em favor da proteção de bens jurídicos), sim, como prima ou solo ratio. Propugnam, em suma, por um modelo de Política criminal que sirva de base para um Direito penal máximo.¹⁰¹

Bianchini e Gomes¹⁰²

destacam a existência de dois grandes grupos que seguem o ideal punitivista, os quais se dividem entre retribucionistas e prevencionistas. Dos primeiros – punitivistas-retribucionistas -, se destacam aqueles que reconhecem o Direito

⁹⁸ CONDE, 2004. p. 46

⁹⁹ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y Derecho Procesal**. Madrid, Edersa

¹⁰⁰ PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹⁰¹ FERREIRA, 2009

¹⁰² GOMES e BIANCHINI. **O direito penal na era da globalização**. SP, RT, 2002. p. 18

Punitivo como instrumento de dominação e opressão (ou seja: de controle dos desviados)”, perspectiva efetivamente atrelada “a uma ideologia de direita, conservadora, de origem claramente ‘burguesa’, que orienta seu discurso para o movimento “law and order”, que é difundido (desde a década de setenta do século passado) a partir dos Estados Unidos para o mundo todo”.¹⁰³

Se o início dos anos 80 foi marcado por movimentos liberais, o seu final caracteriza-se pela acolhida, no campo político brasileiro, de movimentos em prol do recrudescimento do Direito penal, os quais vinham ganhando força no velho continente, principalmente a partir da falência do Estado de bem-estar social, e cujas premissas básicas confrontavam, totalmente, com a perspectiva cunhada na legislação brasileira então vigente.¹⁰⁴ O movimento “Lei e Ordem,” marca um definitivo incremento do Direito Repressivo e o apresenta como um instrumento eficaz de combate à criminalidade, uma vez que reconhece o delito com o “*lado patológico* do convívio social, a criminalidade como uma *doença infecciosa* e o criminoso como um ser *daninho*”.¹⁰⁵ Sob essa ótica, a pacificação social, somente poderá ser alcançadas mediante a adoção de medidas punitivas efetivamente mais duras. Gomes e Bianchini apresentam três exemplos desse movimento Lei e Ordem:

O programa novayorquino coordenado pelo Ex-Prefeito Giuliani denominado “tolerância zero” (que nada mais retrata que a criminalização da pobreza, ou seja, varrer de las calles la basura). A fórmula californiana do “three strikies and you are out” (pena de prisão perpétua para quem comete três crimes contra a propriedade) a recente reforma do Código penal espanhol (2003), que castiga duramente a “habitualidade” do crime.¹⁰⁶

Ainda em relação aos movimentos “punitivistas-retribucionistas”, existem aquele que reconhece, o Direito penal como instrumento de reforço das funções estatais. Neste, diante da ineficiência do Estado na implementação de políticas nas mais diversas áreas, principalmente no que tange aos direitos sociais de 2ª geração - saúde, educação, trabalho, previdência -, lança-se mão do Direito Punitivo como mecanismo de reforço.¹⁰⁷ Promovem-se constantes perseguições contra um delito específico ou um tipo particular de delinqüente, como sucede nas constantes operações da polícia federal. Cumpre salientar que no tocante ao cerco contra a

¹⁰³ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2003.

¹⁰⁴ BIANCHINI, 2008, p. 1.

¹⁰⁵ Apud FRANCO, Alberto Silva. In: BIANCHINI, 2003, p. 9-11.

¹⁰⁶ GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 18.

¹⁰⁷ **Política Criminal, Direito de Punir do Estado e Finalidades do Direito Penal**. Disciplina Política Criminal do Curso de Especialização em Ciências Penais – UNISUL/LFG.

corrupção no Brasil realmente é o que a sociedade espera e apóia este movimento punitivista.

No que se refere aos movimentos “punitivistas-prevencionistas”, vale destacar ainda destacar o Direito Penal como instrumento promocional de específicos bens jurídicos. Nessa escola, pugna-se por uma maior aplicação do Direito Penal, ainda que o mais adequado instrumento de proteção ou prevenção esteja situado em outros ramos do Direito, como o administrativo ou civil. Propugna-se, aqui, por uma “administrativização” do Direito Penal e por uma melhora do Direito Repressivo no qual esse ramo do Direito passa a ser um instrumento de segurança contra os riscos da sociedade moderna.¹⁰⁸ De acordo com esse movimento, o Direito Punitivo é o único instrumento apto a “oferecer segurança contra os riscos da sociedade moderna (pós-industrial, burguesa, desigual ou ‘sociedade de riscos’, segundo Ulrich Beck)”.¹⁰⁹ Numa sociedade em que os avanços tecnológicos são mais do que consideráveis e que a decisão de uma só pessoa pode colar em risco uma cidade inteira, o Direito Penal surge para evitar as lesões aos principais bens jurídicos, caracterizado pela globalização e desconstrução do modelo tradicional.¹¹⁰

A punição de atos preparatórios está se tornando regra. A forma de tipificação adequada para essa proteção, de outro modo, é a do perigo abstrato ou presumido. Ainda que as penas sejam desproporcionais, não haveria outra forma de contenção da insegurança gerada pela sociedade de riscos. Nasce um novo Direito Penal, de cunho acessório, dirigido a proteger novos bens jurídicos ou novos ataques característicos da sociedade hodierna de riscos.¹¹¹

Afirma-se que com o surgimento de novos riscos contemporâneos, iniciou-se um movimento de ampliação do punitivismo, imprimindo-se um aumento dos tipos penais, além de uma nova análise dos fundamentos e garantias basilares do Direito Penal e Processual, já que privilegia-se a prevenção do dano ou do perigo abstrato. Essa é a perspectiva largamente utilizada pelos operadores do direito, que reconhece e apóia a intensificação do Direito Punitivo. Prova disso é a lei de crimes ambientais que, além de fixar tipos que escapam a princípios como o da tipicidade, prenuncia que a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada penalmente por delitos,

¹⁰⁸ FERREIRA, 2009

¹⁰⁹ GOMES; BIANCHINI, 2002.

¹¹⁰ PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹¹¹ BIANCHINI, Alice. **A concepção minimalista do direito penal**. Disponível em: <<http://www.direitocriminal.com.br>>. Acesso em: 3 mar. 2007.

conquanto com penas que equivalem às medidas repressivas e punitivas dispostas na legislação administrativa e civilista.¹¹²

Assevera Sánchez que a expansão do Direito Penal implicou na “criação de novos ‘bens jurídico-penais’, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia”.¹¹³ Ademais, esse movimento expansionista, de início, é vislumbrado na postura adota pelo Poder Público, o qual utiliza o Direito Penal como instrumento de solução dos problemas sociais e com isso firmado a concepção de uma legislação penal de caráter eminentemente simbólico, buscando conter as classes menos abastadas descontentes com a desigualdade capitalista. Diz-se simbólico em razão do Direito Penal, quando evocado dentro desse panorama, ter sua excepcionalidade posta de lado com o objetivo de macular as deficiências do Estado, ou seja, utiliza-se a legislação repressiva como forma de solução dos problemas sociais, conquanto, em acentuada medida, esse ramo do Direito deve ser reservado a situações extremas em que já se observou a insuficiência de efetivas políticas públicas que deveriam ter como desiderato a prevenção ou a mitigação do dano e, por fim, da criminalidade, principalmente a patrimonial e o tráfico de drogas.¹¹⁴

A propósito desse caráter simbólico da legislação penal, elemento de crescente presença nas manifestações legislativas e mesmo nas de alguns juristas, recorda-se a Lei de Crimes Hediondos. Descurando o legislador da necessidade de se avaliar caso a caso quais os delitos poderiam ser efetivamente considerados como hediondos, estabeleceu-se, entre outras restrições, a proibição de concessão de liberdade provisória e da progressão de regimes penais.¹¹⁵ Obrigava-se, sem que o magistrado pudesse avaliar a gravidade do delito à luz do caso concreto, o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, fator que impedia a concessão de benefícios como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante entendimento pacificado pelos Tribunais Superiores.¹¹⁶ “A mais recente evidência do Direito penal do inimigo pode ser

¹¹² SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. São Paulo: RT, 2002.

¹¹³ SÁNCHEZ, 2002, p. 21.

¹¹⁴ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Paris: Dalloz, 1997

¹¹⁵ FRANCO, Alberto Silva et al. **Leis penais especiais e a sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: RT, 2008

¹¹⁶ NUCCI, 2009

identificado no chamado regime disciplinar diferenciado”.¹¹⁷ Em diversas situações o legislador deixa transparecer que a submissão do condenado a esse regime se deve não ao delito praticado, ou conforme sentenciado, mas sim conforme o direito nazista do autor ou inimigo. Enquanto isso, as polícias perseguem pobres e excluídos sociais nas ruas, ou sem-terras no meio rural, políticos, banqueiros e empresários continuam sangrando os cofres públicos sem a devida persecução penal.

Destaca Sánchez, que, para além do caráter simbólico que se imprimi temerosamente à legislação penal, a concepção expansionista do Direito Penal também deita seus fundamentos na mudança de expectativa da sociedade em relação ao papel destinado a esse ramo do Direito. Também não descarta o autor¹¹⁸ do papel dos formadores de opinião, canalizadores do debate, além das instituições do Estado, as quais não somente acolhem tais demandas irracionais sem qualquer reflexão, em vez de introduzir elementos de racionalização nas mesmas, como ainda as realimentam em termos populistas. É evidente que a função simbólica da legislação pode ser disparada pelas palavras deturpadas de formadores de opinião, as quais encontraram eco num legislativo nacional que, escondendo a deficiência estatal, aprova leis cada vez mais duras, sob alegação de que a criminalidade estará perto de seu fim.¹¹⁹

Deturpam-se os fins do Direito Penal, rendido à idéia de que a legislação criminal se destina a “ladrões de rua”, traficantes e estupradores que devem ser tratados com a devida rudeza, mesmo que o dano ainda não tenha efetivamente ocorrido e haja, tão-somente, um perigo abstrato. É o caráter do Direito Penal do inimigo que visa a todo custo conferir a maior eficácia possível ao castigo, à sanção, sem se importar com os direitos e garantias individuais e processuais. É incidência do Direito penal estigmatizante, que é distribuída de modo seletivo e arbitrário contra determinadas pessoas com a flexibilização das garantias, que gera a combinação necessária para a existência de uma manifestação do Direito penal do inimigo.¹²⁰ Enquanto o pobre privado do mínimo existencial para uma vida digna recorre ao

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **A mídia acredita no populismo penal**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 29 out. 2012.

¹¹⁸ SÁNCHEZ, 2002.

¹¹⁹ BIANCHINI, Alice. **Os grandes Movimentos de Política Criminal na atualidade**. Material de aula da Especialização em Ciências Penais – UNISUL/ LFG.

¹²⁰ FERREIRA, 2009

furto ou ao tráfico e acabam etiquetados no sistema penal, os usurpadores dos recursos públicos acabam sem punição.

Noutro giro, o minimalismo parte do princípio de que é preciso limitar a violência Estatal arbitrária que advêm da incidência de tão estigmatizante ramo do Direito. Conquanto legítima a punição, é necessário assegurar que sua atuação seja restrita a circunstâncias excepcionais; e quando for imprescindível a sua aplicação serão impostos limites à atuação repressiva, buscando minorar as conseqüências indesejadas. Percebido que a conduta é de tal amplitude que merece a atenção repressiva, adotam-se as medidas punitivas mais adequadas ao caso “sub judice”, considerando que as penas não devem ser desarrazoadas. É oportuno lembrar a fragmentariedade do Direito Penal, só utilizando o Direito Punitivo quando houver relevante lesão a um bem jurídico protegido e quando a conduta for efetivamente ofensiva.¹²¹

Portanto, lesões a bens jurídicos de pequena monta, ou que causem pequenos aborrecimentos, são consideradas como desprovidas de relevância jurídico-penal, ficando, assim, a sua resolução relegada a outros mecanismos formais ou informais de controle social.¹²² Vale dizer: “o ramo repressivo do Direito só é admitido quando não há outro mal menor passível de substituí-lo, quando outros ramos do Direito não são suficientes para a solução do problema”.¹²³ Não basta afirmar que o Estado não encontra outras soluções para o imbróglio criminal, é imprescindível restar evidente que foram realizados todos os esforços nesse sentido, que as políticas viáveis foram implementadas energicamente, e que mecanismos de os outros ramos do Direito se mostram ineficazes na solução do caso concreto.¹²⁴ Não visa acabar com a persecução criminal, mas busca evitar o etiquetamento, a estigmatização, a violência desnecessária e a repressão desarrazoada assegurando a todas as gerações dos direitos humanos.

Antes mesmo de concluir pela inexistência de outros meios que possam substituir o Direito Penal, o Estado deve remover os obstáculos que impeçam ou dificultam a participação efetiva de todos os cidadãos na vida política, econômica, social e cultural, conforme determinação da Carta Magna, concluindo-se pela insuficiência ou ineficácia desta política social – segunda geração dos direitos

121 MARTY, Delmas Mireille. **Droit pénal des affaires**. 1990.

122 BIANCHINI; GOMES, 2002.

123 BIANCHINI; GOMES, 2002.

124 CIENFUEGOS SALGADO, David. **Política Criminal y Justicia Penal**, Elsa G. De Lazcano, 2007

humanos - restando necessário se valer da ameaça e imposição, quando as sanções civis ou administrativas pertinentes não resolverem o problema. Em última instância, somente quando os anteriores meios tiverem fracassado em sua finalidade de tutela, será necessário empregar a maior severidade dos instrumentos radicais próprios do Direito Penal. 125

Defende-se que o Direito Penal deve ter sua ação restrita àquelas hipóteses em que a proteção do bem jurídico relevantemente lesionado não possa ocorrer de outra forma.¹²⁶ Cada vez mais a reclusão total é reservada a delinqüentes violentos ou extremamente perigosos que devem ser isolados da sociedade com poucas chances de recuperação assim como doentes mentais que devem ser internados para o devido tratamento. Na definição dessa atuação, de grande valia os doze princípios do minimalismo oportunamente elencados por Gomes¹²⁷:

Princípios relacionados com a missão fundamental do Direito penal: princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e princípio da intervenção mínima. **Princípios relacionados com o fato do agente:** princípio da exteriorização ou materialização do fato, princípio da legalidade do fato e princípio da ofensividade do fato. **Princípios relacionados com o agente do fato:** princípio da responsabilidade pessoal, princípio da responsabilidade subjetiva, princípio da culpabilidade e princípio da igualdade. **Princípios relacionados com a pena:** princípio da proibição da pena indigna, princípio da humanização das penas e princípio da proporcionalidade, sendo certo que este último possui várias dimensões: princípio da necessidade concreta da pena, princípio da individualização da pena, princípio da personalidade da pena, princípio da suficiência da pena alternativa e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.¹²⁸

Conquanto não se confunda com o minimalismo, o garantismo está inexoravelmente ligado a este, de forma que não basta reconhecer a mínima intervenção do Direito Penal; necessário também destacar como necessário, no exercício do poder punitivo, a consecução das garantias constitucionais e legais. No dizer de Bianchini¹²⁹: “mínima intervenção penal com as máximas garantias”. Segundo o mestre Ferrajoli, garantismo significa: “a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante

¹²⁵ FERREIRA, 2009

¹²⁶ MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: RT, 2007.

¹²⁷ GOMES, 2007, p. 3-4.

¹²⁸ BIANCHINI, 2009

¹²⁹ BIANCHINI, 2007, p. 28.

regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que tornam aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário”.¹³⁰ Na lição de Gomes¹³¹, a doutrina preconizada por Ferrajoli se encontra fundada em dez axiomas:

não há pena sem crime; não há crime sem lei; não há lei penal sem necessidade; não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico; não há ofensa ao bem jurídico sem conduta; não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa; não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal; não há processo sem acusação; não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas; não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa.¹³²

Diante do exposto, não basta que se reconheça a relevância do bem jurídico atingido e a amplitude da lesão, ou que o imbróglio só pode ser solucionado pelo Direito Repressivo. É imprescindível que, na aplicação da punição e na persecução criminal, as garantias e os direitos humanos sejam respeitados. Deve-se observar a individualização, humanização das penas, o devido processo legal e a razoável duração do processo, primando pelas políticas públicas preventivas.

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O GARANTISMO, A IMPUNIDADE E A DESIGUALDADE DE TRATAMENTOS

Encontra-se entre os penalistas os que têm certa propensão para defender um recrudescimento da legislação, tornando mais severa a cominação das penas e a execução destas, exigindo a extinção de certos benefícios. Simpatizam com o chamado Movimento de Lei e Ordem, donde se ramifica, por exemplo, o direito penal do inimigo.¹³³ São também taxados de punitivistas os quais defendem que o Direito Penal deve ser a solução primordial para a maioria dos problemas da sociedade, e que as garantias do indivíduo sujeito à persecução penal devem ser as

¹³⁰ FERRAJOLI, 2002, p. 271.

¹³¹ GOMES, 2007, p. 05.

¹³² BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009.

¹³³ Gest, Ted. 2001

mínimas possíveis com vistas a preservar a preponderância do Poder Público em face dos criminosos.¹³⁴

Verifica-se, ademais, que existem juristas defensores de um Direito Penal mais atuante e rigoroso, mesmo que isto acarrete o esquecimento de alguns direitos e garantias quando houver interesse coletivo exigindo rápida e exemplar punição, enquanto existem outros que se enfileiram na exigência de um Direito Repressivo mais humano, onde haja a efetiva sanção ao infrator, mas sempre respeitando a dignidade da pessoa humana e que garantam um julgamento justo com ampla garantia dos direitos individuais, mesmo que estes venham a conflitar com o interesse estatal.¹³⁵ Outrossim, essa discussão não se limita aos penalistas, mas sim engaja todos os atores sociais: sejam religiosos, políticos, filósofos, professores, jornalistas ou trabalhadores braçais, todos têm uma opinião pessoal sobre os rumos a serem pleiteados no tocante à legislação penal e na solução da criminalidade.

Alguns, até defendem a pena de morte, a prisão perpétua, a redução de menoridade penal; outros, de modo diverso, são a favor da liberação das drogas, dos "jogos de azar" e da exploração da prostituição. Todavia, o fato é que todos os cidadãos conscientes têm uma opinião sobre o tema, e que reflete sua tendência.¹³⁶ Se formos consultar os mais renomados penalistas pátrios, constataremos, até onde é de nosso conhecimento, que praticamente todos são simpáticos ao garantismo. Na mesma direção é o pensamento dos Ministros do Pretório Excelso. Aliás, não poderia ser diferente, pois nossa Corte Maior, na condição de guardião da Carta da República, somente poderia assumir uma postura tradicional/defensiva, visto ser esta uma característica marcante de nossa Carta Magna, bem realçada para deixar clara a transmutação de um Estado de Exceção para um Estado Democrático de Direito.¹³⁷

No entanto, no Estado Democrático de Direito, a efetividade da proteção dos indivíduos está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como conseqüência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos

¹³⁴ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

¹³⁵ GRECO, 2007.

¹³⁶ MATTOS, Virgílio de. **Esquerda punitiva, punição e opção ideológica**. Disponível em: <<http://carlosmagalhaes.com.br>>. Acesso em: 17 abr. 2012

¹³⁷ SALIBA, 2009.

fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse sistema, o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. Assim, cada vez mais o ativismo judicial vem ganhando força no Brasil. Explica SILVA FRANCO¹³⁸ que o juiz assume uma nova posição no Estado Democrático, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver, quando não existirem provas plenas e legais.¹³⁹

A visão que temos de garantismo penal é que nele se insere o anseio de proteger qualquer cidadão das arbitrariedades e quem mais precisa dessa proteção é justamente aquele desprovido de qualquer influência econômica, social ou política que lhe permita defender-se com suas próprias forças diante de uma ação estatal injusta. Nesta ótica, teremos basicamente dois tipos de investigados, réus e condenados: um sem qualquer poder (seja econômico, político ou de qualquer outra natureza) e outro que o possui.¹⁴⁰ Dentro do dogma garantista, a ambos deveria ser outorgada a proteção incondicional aos seus direitos fundamentais enquanto sujeitos da persecução penal. Daí Ferrajoli¹⁴¹ afirmar que:

Podemos, neste ponto, redefinir os direitos fundamentais, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito –, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a "todos" em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão. É esta sua igualdade e, ao mesmo tempo, este seu nexos com os valores da pessoa humana que consente em identificar-lhes a soma com a esfera da tolerância e as suas violações com a esfera do intolerável.¹⁴²

Existe uma profunda relação entre o atual modelo de Direito Penal mínimo e seu correspondente processo penal garantista. O primeiro é condicionado e limitado

138 SILVA FRANCO, 1998.

139 LOPES, Aury. A Instrumentalidade Garantista Do Processo Penal Portal Jurídico Investidura. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>> Acesso em: 02 Nov 2012

140 ELBERT, Carlos Alberto. Criminologia Latino-Americana. São Paulo: LTr, 2000

141 FERRAJOLI, 2006

142 SULOCKI, Victoria-Amália de. Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ao máximo, correspondendo não só ao máximo grau de tutela das liberdades dos indivíduos em relação ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Existe uma clara vinculação entre garantismo e racionalismo. O Direito Penal mínimo é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais e “configura a proteção do débil contra o mais forte; tanto do fraco ofendido ou ameaçado pelo delito, como também do débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinqüente, e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele.”¹⁴³

A proteção vem por meio do monopólio estatal da pena e da necessidade de prévio processo judicial para sua aplicação, e da existência, no processo, de uma série de instrumentos e limites, destinados a evitar os abusos por parte do Estado na tarefa de perseguir e punir. A dúvida sobre a verdade jurídica exige a intervenção de instituições como a presunção de inocência do imputado até a sentença definitiva; o ônus da prova a cargo da acusação; a absolvição em caso de incerteza sobre a verdade fática e, por outro lado, a analogia “in bonam partem” e a interpretação restritiva dos pressupostos típicos penais que amplia as circunstâncias atenuantes. A única certeza que se pretende no processo penal está relacionada com a existência dos pressupostos que condicionam a pena e a condenação, e não aos elementos para absolver.¹⁴⁴

Em sentido oposto, o modelo de Direito Penal máximo caracteriza-se pela excessiva severidade, pela incerteza, a imprevisibilidade das condenações e das penas e por configurar um sistema de controle difícil. Sempre que o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais, e ocorra a mistura entre acusação e juízo, está comprometida a imparcialidade e a publicidade do processo. A carência dessas garantias debilita todas as demais e, em particular, as garantias processuais do estado de inocência, do ônus da prova, do contraditório e da ampla defesa. Ademais, a busca da verdade substancial, mediante uma investigação inquisitiva, mais além dos limitados recursos oferecidos pelo respeito às regras processuais, conduz ao predomínio das opiniões subjetivas, os favoritismos, injustiças e até aos prejulgamentos irracionais e incontroláveis dos julgadores. O

¹⁴³ HASSEMER, 2007. p. 98-99

¹⁴⁴ RAMÍREZ, Juan Bustos; LARRAURI, Elena. 1998

arbítrio surge no momento em que a condenação e a pena dependem unicamente da suposta sabedoria e eqüidade dos juízes.¹⁴⁵

Noutro giro, existem alguns fatores preponderantes a serem considerados quando o assunto é impunidade: estrutura judiciária, policial, acusatória e carcerária ineficiente; miserabilidade de relevante parcela da população; grande concentração de renda e poder nas mãos de poucos; legislação criminal ambígua; permissividade histórica em face de alguns delitos.¹⁴⁶ No entanto, deve-se fazer um sopesamento com o postulado garantista o qual almeja rechaçar violações a direitos fundamentais de indiciados, réus e executados.

É cediço que a polícia não consegue descortinar grande parte dos ilícitos penais; o Ministério Público e o Judiciário não conseguem exercer com celeridade o papel processual desejável para se alcançar justas e tempestivas condenações; o sistema carcerário é um caos, revelando-se as prisões verdadeiras "escolas do crime".¹⁴⁷ Temos, ainda, uma população dividida em uma casta privilegiada, uma classe média que encara com hipocrisia os problemas sociais e uma grande parcela da população para qual a negação de qualquer direito efetivo é sua realidade. Não se trata aqui de uma versão adaptada ao Direito Penal do antigo discurso marxista da guerra de classes sociais, mas sim do espelho de nossa realidade atual, visualizada somente por quem tem vontade e sensibilidade de enxergar, pois para muitos o melhor é fingir que não vê para não se constranger.¹⁴⁸

Os intocáveis pouco dependem do Estado, isto quando eles próprios não são a manifestação do Governo (algumas elevadas autoridades dos poderes da República), ocasião em que a estrutura deste existe para lhes servir. O Direito Penal para tais pessoas é algo que se resume aos jornais e programas televisivos, onde seus nomes, de seus parentes e amigos provavelmente nunca serão escritos. Os integrantes da classe média, já conseguindo suprir com recursos próprios as necessidades básicas, necessitam do Governo para fazer face à sua carência na área de segurança. Visualizam o poder estatal como uma força que pode agir somente em sua defesa. Daí ser normal assistirmos esse tipo de indivíduos muito revoltados quando são abordadas pela polícia em situações comprometedoras,

¹⁴⁵ LOPES, Aury. A Instrumentalidade Garantista Do Processo Penal Portal Jurídico Investidura. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>> Acesso em: 02 Nov 2012

¹⁴⁶ PASSETTI, Edson, 2004.

¹⁴⁷ MOLINA; GOMES, 2007.

¹⁴⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 maio 2012

como por exemplo, dirigindo embriagadas. Nessas ocasiões, costumam usar expressões como: "esse guardinha pensa que pode me prender ou quer me tirar dinheiro", "não sabe com quem está falando", "estão pensando que eu sou um João-ninguém" e outras desse nível.¹⁴⁹

Já os pouco abastados, se inserem no cotidiano violento do crime: operação policial na periferia, visita ao parente preso, conduções lotadas, incômodos do filho delinqüente, freqüência em lugares de malfadadas políticas públicas, convívio com pessoas violentas, são rotinas de muitos dessa classe. O delito é vizinho dos mesmos, quando não está dentro de suas próprias casas. O convite ao ilícito é constante. No contexto policial, judicial, acusatório, carcerário e social em tela, adicione-se a legislação criminal ambígua e a cultura de que "o mundo é dos espertos". Daí se extrai a fórmula do caos em que vivemos em termos de criminalidade.¹⁵⁰ No modelo tradicional garantista não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um devido processo legal.¹⁵¹

Já no supergarantismo brasileiro, somente uma casta superior consegue se aproveitar dele, o qual abarca o conjunto de práticas temerárias, interna e legitimadas sob a forma de exercício das amplas prerrogativas de defesa permitidas dentro do Estado Democrático, viabilizando o uso dos seguintes expedientes: contratação de renomados escritórios capazes de manejar "recursos especialíssimos", como os "embargos familiares"; manipulação da mídia; perseguição velada às autoridades públicas responsáveis pela investigação e processo - como no caso do delegado Protógenes -; patrocínio de lobby para criação de leis mais leves para certos delitos como os contra a ordem tributária. Tudo é feito aparentemente ao abrigo da Constituição Cidadã, consoante dizem renomados juristas. Ao supergarantismo, muitos desejam acesso, enquanto que os desgraçados

¹⁴⁹ DE SANCTIS, Fausto Martin. **Fins da pena criminal**: repressão ou prevenção? Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 10 abr. 2012

¹⁵⁰ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

¹⁵¹ LOPES, Aury. A Instrumentalidade Garantista Do Processo Penal Portal Jurídico Investidura. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>> Acesso em: 02 Nov 2012

não conseguem nem imaginar sua existência, negando-se o direito às garantias basilares. É ele que está na raiz da proteção (atualmente considerada legítima), e impunidade dos poderosos.¹⁵²

Quanto aos membros da classe média, contam estes principalmente com a deficiência estrutural das instituições policiais, judiciárias e acusatórias, além das falhas da legislação, para escaparem da justa persecução penal ao arrepio da lei, engrossando assim as estatísticas da impunidade. Já os desafortunados, contam apenas com a carência estrutural referida para ganharem o título de impunes, pois normalmente não possuem recursos para pagar uma defesa capaz de pleitear, nas obscuridades da lei, um detalhe extraordinário que lhes beneficie, dependendo dos defensores públicos e estagiários.

Verifica-se que o sistema penal pátrio possibilita a punição injusta, porquanto é interesse do Estado punir alguém, até mesmo para justificar sua relativa deficiência. Nesse momento verifica-se a dicotomia das duas esferas da celeridade processual: uma, do processo do poderoso, onde a celeridade está a mercê da defesa (ela dita o ritmo – trava de modo enfadonho quando seu cliente está solto, e acelera quando ele está preso); a segunda, do processo do desafortunado, onde o crime normalmente é de fácil elucidação, a defesa é meramente formal, não usando recursos, incidentes processuais ou qualquer outro instrumento legal de protelação, tendendo a condenação a ser rápida e a execução da pena imediata. Nessa segunda hipótese é que algumas instituições persecutórias tentam se apresentar como eficientes no intuito de mascarar a verdadeira incompetência.¹⁵³

3.2 OS FUNDAMENTOS DA PENA E A REALIDADE PÁTRIA

Não é aceitável um Direito Penal sem sanção; portanto, a pena é o alicerce do Direito Repressivo e encontra uma tríplice fundamentação, que dá base à própria existência do Direito Punitivo. Nas lições de Luiz Flávio Gomes¹⁵⁴, a justificação do Direito penal, já se disse autorizadamente, é uma questão que tem merecido a devida atenção da Filosofia, da Teoria do Estado assim como da Ciência do Direito penal. Afirma-se que a pena conta com tríplice fundamentação: política, sociológica

¹⁵² MATTOS, 2011.

¹⁵³ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense 2005.

¹⁵⁴ MOLINA; GOMES, 2007.

e moral: do ponto de vista político, a pena se impõe. Sem ela, o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir energicamente diante dos infratores. Desde a perspectiva psicossocial a pena é imprescindível porquanto satisfaz o anseio de justiça que todos almejam.

Se o Poder Público renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, teríamos um retrocesso social, um retorno à vingança privada. No que tange ao aspecto ético-espiritual, a pena se justifica porquanto permite ao próprio delinqüente, como um ser "moral-espiritual", libertar-se de algum sentimento de culpa, através da abnegação, sublimação, altruísmo ou anti-secularismo. Afirma-se ainda que: "Uma sociedade que quisesse renunciar ao seu poder penal se autodestruiria".¹⁵⁵ Como se vê, um Direito Penal que não pune ninguém está fadado a uma crise existencial. O fiel modelo "garantidor" não pretende eliminar a atuação do Direito Penal. Não se trata de um modelo que propugna o abolicionismo penal, porquanto, se visasse isso, deveria ser sumariamente rechaçado, considerando o recrudescimento da criminalidade que impera em nosso meio.¹⁵⁶

Não obstante, na busca de fundamentação para sua existência, e condicionado por um conjunto variado de fatores. Observa-se que Direito Penal tem aumentado sua incidência visto que a população carcerária nacional é uma das maiores do mundo. E nem por isso temos assistido uma redução nos alarmantes índices de criminalidade. Essa constatação divulgada por pesquisadores, possibilita duas leituras contraditórias: na visão dos punitivistas, de que a legislação, ainda permissiva, deve enrijecer no sentido de permitir mecanismos mais rigorosos de repressão, mesmo que isso implique, num avanço do poder estatal em face dos direitos individuais dos cidadãos; já para os tradicionais garantistas, a lei é bastante dura, e que o aumento da criminalidade apenas revelou que o seu recrudescimento não é eficaz para alcançar o desiderato por todos almejado.¹⁵⁷

Essas visões opostas são naturais diante de concepções conflitantes; ou seja, atualmente os punitivistas acham que a legislação é garantista demais, enquanto estes defendem o oposto, podendo haver uma preponderância de uma ou outra.

¹⁵⁵ MOLINA; GOMES, 2007.

¹⁵⁶ FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Garantismo penal e impunidade no Brasil. Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 7 out. 2012.

¹⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Para detectarmos se as bases teóricas da pena têm encontrado fundamento no sistema repressor, necessário que seja observada a imensa população carcerária pátria, uma vez que esta concretiza o efeito prático da atuação do nosso Direito Penal em seu aspecto mais contundente. Constata-se que grande parte dos indivíduos que compõe essa população é de pobres ou miseráveis.¹⁵⁸

Nesta perspectiva, o desatento pode achar que no Brasil somente pobre delinqüem, pois se o Direito Penal tem na pena o seu principal instrumento de atuação, e se somente estão cumprindo penas pessoas predominantemente pobres, é porque somente eles delinqüem. Esse mesmo observador, no entanto, ao ler, ouvir ou ver o noticiário se depara com diversas matérias dando conta de corrupção, crimes financeiros e fraudes diversas; ilícitos estes imputados a "respeitáveis" cidadãos que ocupam postos de destaque no setor público ou privado.¹⁵⁹ Se tanto pobres quanto ricos delinqüem, por qual razão a cadeia está lotada de pobres e excluídos sociais? Acredita-se que a explicação está justamente no fato que, em nossa pátria, somente os poderosos e os integrantes da classe média conseguem ter acesso à face mais humana da legislação. Os primeiros, inclusive, conseguem lançar mão do supergarantismo, modelo exclusivamente nacional.¹⁶⁰ Todavia, não se pretende fundamentar uma perseguição implacável contra todas as pessoas que possuam algum poder, pois solução nesse sentido seria uma maniqueísta manifestação do direito penal do inimigo. E isso não é corresponde à verdade, porquanto ela deve servir como uma honesta análise do contexto fático-jurídico, que somente não vê quem não quer, ou que não tenha ainda parado para observar criticamente, no cotidiano, o funcionamento do nosso modelo persecutório penal.¹⁶¹

Algo está errado no manejo dos mecanismos de atuação do Direito Repressivo vigente, pois se a sua razão é a sanção, e se ninguém consegue aplicá-las àqueles corruptos "intocáveis", forçoso reconhecer que temos um Direito Penal que está com sua atuação quase absolutamente anulada no tocante à punição de políticos do alto escalão do governo, grandes empresários, banqueiros e outros poderosos. Há para estes uma espécie de abolicionismo penal fático-real.¹⁶² Ademais, observa-se que há juristas - com grande influência nos rumos da política criminal adotada -, que parecem

¹⁵⁸ ALMEIDA, 2004

¹⁵⁹ FERREIRA, 2012

¹⁶⁰ PASSETTI, 2004.

¹⁶¹ ALVES, Cléber. Acesso à justiça, estado de direito e consolidação democrática na América Latina: o papel da defensoria pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁶² FERREIRA, 2012.

viver somente em corpo no Brasil, mas que em mente/espírito vivem em países de Primeiro Mundo, onde noutros tempos tiveram a oportunidade de buscar subsídios para suas brilhantes teses que não conseguem sair do campo teórico.

Apela-se para aqueles que detêm poder para influenciar nos rumos do Direito Penal: considerem que ele tem que pressupor a realidade existente em nosso país; pois será malfadada qualquer tentativa de querer aplicar mecanismos que bem servem ao Primeiro Mundo, mas que aqui são inócuos. Não estamos falando aqui em abandonar a racionalidade da persecução penal, hoje já bem consolidada em países mais desenvolvidos. Busca-se adotar essa racionalidade, até mesmo com traços evolutivos no que tange à dignidade da pessoa humana, mas com atenção à realidade pátria.¹⁶³

3.3 A PERSECUÇÃO PENAL NOS “CRIMES DO COLARINHO BRANCO”

Os chamados “crimes de colarinho branco” são perpetrados por indivíduos pertencentes a uma camada exclusiva da sociedade, relacionada à sua atividade profissional, tais como: os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes contra a ordem econômica e tributária, tratados, respectivamente, pelas leis de números 7.492/86 e 8.137/90. Estes delitos têm como bem jurídico tutelado penalmente a ordem econômica, a qual tem amparo constitucional em seu artigo 170, caput, da Carta Magna.¹⁶⁴

Quando um assalto a mão armada é praticado e a vítima perde a vida na empreitada criminosa, o impacto causado na sociedade é muito grande. Noutro giro, quando são cometidos graves crimes contra a ordem econômica, apesar da extensão da lesão ao ordenamento jurídico – causando, indiretamente, a morte lenta de centenas de pessoas - o impacto não corresponde à dimensão do dano. Neste diapasão, pode-se citar o dinheiro que é desviado da saúde, da educação ou que poderia ser investido na construção e revitalização de presídios. Pesquisas ressaltam que são inúmeros os jovens que morrem de desnutrição pela falta de emprego para os seus pais; são milhões que permanecem analfabetos. Enquanto isso, são doados bilhões aos bancos com problema de liquidez para que eles se soergam e continuem

¹⁶³ SULLOCKI, 2007. p. 161.

¹⁶⁴ ALBERGARIA, Pedro Soares de. “**A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa**”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 9, fasc. 4, out.-dez. 1999.

a sangrar os cofres públicos.¹⁶⁵ A esse custo social adicione-se, como enfatiza, Nola Anyar de Castro,

um custo moral que é muito importante, porque os grandes empresários, que são os que cometem estes delitos, são geralmente líderes da comunidade, espelho e exemplo do povo, grandes defensores de um salutar equipamento social para a prevenção da delinquência juvenil e geral, ou exercem outras atividades similares.¹⁶⁶

É imprescindível atentar para a gravidade dos crimes cometidos por esses "respeitáveis" cidadãos. Não se pode olvidar que o objetivo desses "empresários" é o lucro fácil, volumoso e rápido. São crimes mais danosos do que aqueles cometidos contra o patrimônio individual, porquanto atingem os interesses difusos e coletivos. São macro-crimes cuja repercussão é incomparavelmente superior à dos crimes comuns.¹⁶⁷ A maior preocupação da sociedade é com a violência urbana, por ser ela visível e também porque vítima e criminoso estão mais próximos, causando, um impacto imediato pela mídia. Marty define a infração econômica como aquela que "ataca as estruturas relativas à produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas de um determinado Estado".¹⁶⁸ Conforme esclarece Nunez,

a Justiça penal se exerce sobre tipos tradicionais, delitos convencionais, mas sua atuação é virtualmente inoperante em relação aos autores de atos gravemente prejudiciais para a coletividade que se estruturou na organização política e econômica, por falta de tipificação penal adequada e pelas dificuldades probatórias, de tais comportamentos, derivados da habilidade de atuação de seus autores e da própria complexidade dos delitos econômico – financeiros.¹⁶⁹

Evidente que se trata de crimes organizados, não há como se negar. São crimes que, para serem perpetrados, carecem de vários sujeitos. Gomes e Cervine esclarecem que:

O crime organizado, indiscutivelmente, é um dos maiores problemas da sociedade contemporânea. Não é novo, mas nos dias atuais, em razão sobretudo da internacionalização das relações, da economia, dos meios de comunicação, das finanças etc., ganhou dimensão e projeção jamais imaginadas. A Ciência Jurídica, por sua vez, só recentemente começou a discipliná-lo. A Lei 9.034/95 é apenas o ponto de partida para a real e

¹⁶⁵ KREMPELI, 2008

¹⁶⁶ Apud MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro**. 1990.

¹⁶⁷ VIRGOLINI, Júlio E. S. 1989

¹⁶⁸ MARTY, Delmas Mireille. 1990. p. 49-50

¹⁶⁹ NUNES, Juan Antonio Martos. **Derecho penal economico**. 1987. p. 76

verdadeira normatização do assunto, que é reconhecidamente complexo e atual.¹⁷⁰

Doutrinadores esclarecem que, tentar superar indesejáveis desigualdades de tratamento não significa uniformizar o tratamento de condutas, por vezes, bem distintas. Quando se fala em crime comum e crime do colarinho branco não se pode ter a idéia de que são simplesmente duas categorias de crimes. Dentre os crimes chamados de comuns existem condutas as mais variadas, para as quais são recomendáveis diferentes tratamentos. Assim também ocorre no chamado crime do colarinho branco.¹⁷¹

Como bem anota Cláudia Santos¹⁷², algumas infrações do colarinho branco sequer poderiam ser objeto de incriminação, enquanto outras, dependendo da situação, não demandariam a aplicação da pena de prisão. Outros advogam a idéia de que, para os crimes do colarinho branco, são recomendáveis as penas de prisão de curta duração, em regimes fechados, uma vez que essas cumpririam o papel da prevenção geral e especial, na medida em que exporiam o delinqüente à vergonha social. Retribuir-se-ia a culpabilidade como elemento de reforço da validade da ordem jurídica, sem produzir no white-collar, entretantes, os efeitos deformadores do cárcere, por não ser este tão permeável à cultura prisional que leva o delinqüente a adquirir uma identidade com a carreira criminosa, advinda do “etiquetamento” e da exclusão social. Entretanto, estudos já verificaram que essa teoria do “sharp-short-shock”¹⁷³ não tem produzido os efeitos desejados, especialmente no tocante à prevenção especial, ante os altos índices de reincidência apresentados.

Para sustentar o encarceramento do criminoso do colarinho branco, muitos argumentam que a esse tipo de delinqüente, dispensáveis são as preocupações com a sua ressocialização, enquanto critério para aplicação da pena, uma vez que são indivíduos já inseridos no contexto social, bem educados, com ocupações lícitas, etc. Sob este prisma, corretos estão Figueiredo Dias e Costa Andrade para quem a recuperação social não significa impor alterações às concepções globais do delinqüente. É evidente que a reeducação moral do criminoso do colarinho branco não está em promover a sua inserção cultural, econômica e familiar. Essa espécie

170 GOMES, Flávio Luiz; CERVINI, Raul. **Crime Organizado**. 1997.

171 ALBERGARIA, 1999

172 SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo**. São Paulo: RT, 2000

¹⁷³ RODRIGUES, 1999

de crime também encerra um defeito de socialização, não nos moldes citados, mas no que se refere à atitude pessoal perante uma orientação estadual em matéria econômica.¹⁷⁴

Outros, em razão da dificuldade da dogmática jurídico penal em construir tipos criminais adequados, da dificuldade de produção probatória nos crimes das grandes corporações e dos elevados índices de reincidência, defendem a pena de prisão como mera retribuição, “independentemente da culpa ou, em função de uma simples censura objetiva do facto, ao estilo da doutrina dos just deserts”.¹⁷⁵ Quanto à multa como alternativa de pena a ser aplicada, especialmente em relação à criminalidade do colarinho branco, deve se levar em conta não apenas o dano social da conduta, mas também a vantagem econômica obtida em função do cometimento do crime, a fim de que a sanção pecuniária a ser aplicada seja minimamente eficaz quanto a sua capacidade de inibir a prática da infração. Até porque, alerta Figueiredo Dias, “se conhece a facilidade com que a multa é integrada no cálculo dos potenciais delinqüentes, de modo que os ganhos com o crime excedam os custos da pena”.¹⁷⁶

Deve-se atentar para as finalidades da pena; senão, isto certamente nos conduziria ao caos social, fruto da insegurança jurídica trazida pela responsabilidade penal objetiva que, paulatinamente, vai corroendo o consentimento popular (sensação de injustiça), e, em última análise, leva à perda da legitimidade. Algumas alternativas à prisão parecem ter melhor atendido às finalidades da pena, tanto em relação à criminalidade comum quanto à criminalidade do colarinho branco. São, por exemplo, as penas restritivas de direitos, as de prestação de serviços à comunidade e as multas.¹⁷⁷

Neste particular, algumas construções teóricas em torno da responsabilização penal da pessoa jurídica têm apontado as vantagens de uma nova dogmática que, sem desprezar a responsabilidade do indivíduo, pune a empresa ou corporação sob o argumento de que, nas empresas ou nas corporações, o papel do indivíduo perde relevo ante os anseios corporativos.¹⁷⁸

¹⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Breves Considerações sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das penas em Direito Penal Econômico**. Coimbra, 1985. p. 38

¹⁷⁵ WHEELER, Stanton; MANN, Kenneth e SARAT, Austin. 1988. p. 127

¹⁷⁶ DIAS, 1999

¹⁷⁷ WEISBURD, David; CHAYET, Ellen F. e WARING, Elin J. 1990. p.102

¹⁷⁸ SANTOS, 2000.

Seria inócuo punir o indivíduo – mero portador da vontade coletiva – para atender à prevenção especial, se o indivíduo dentro da empresa e das corporações torna-se fungível. Pune-se o indivíduo, e a empresa ou corporação continua a delinquir. Malgrado tais afirmações procedam, ainda não nos convencemos da necessidade ou da vantagem de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, dada a indiferença qualitativa dessas penas, seja no âmbito do direito penal, ou extra-penal como a suspensão parcial de atividades, interdição do estabelecimento, proibição de contratar com o poder público, multa, etc..¹⁷⁹

Defende-se a responsabilização penal da pessoa jurídica argumentando que o direito civil e o direito administrativo não conferem tantas garantias quanto o direito repressivo.¹⁸⁰ Além disso, alertam que a parcialidade da Administração no trato de algumas questões poderia ocasionar indesejadas distorções e iniquidades no julgamento dos casos. Como contra-argumento a essas objeções, pode-se sustentar a criação de tribunais administrativos, independentes da Administração, dotando-se o ordenamento de regras que preservem algumas das garantias do direito penal clássico, sem que haja necessidade de se nominar como penal a responsabilização da pessoa jurídica.¹⁸¹

Uma alternativa que tem mostrado eficácia, está no aumento das práticas da chamada justiça reparadora, que permite ao criminoso a oportunidade de restaurar o “status quo ante” da vítima, sem que isso lhe acarrete as conseqüências penais da conduta lesiva. Nos casos em que a iniciativa reparadora, apesar de não mais conseguir evitar uma ou outra lesão a bens jurídicos, surge como solução para se evitar lesões de proporções muitíssimo maiores, como no caso da indústria farmacêutica que desrespeitando as normas de qualidade, expôs os consumidores a graves perigos de saúde. Em casos análogos, é preferível contar com o concurso do infrator para retirar o produto do mercado do que, em nome da preservação do caráter cogente do comando legal, continuar a expor um maior número de consumidores a perigo.¹⁸²

Observou que a pena privativa de liberdade realmente é a melhor escolha para punir tais criminosos, pois ocorrerá um grande abalo social em sua imagem quando estiver realmente “atrás das grades”, momento em que terá tempo para refletir sobre

¹⁷⁹ KREMPELI, 2008

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Frederico Abrahão. Direito penal econômico brasileiro. Porto Alegre: Sagra.1996.

¹⁸¹ ANTONA, Jean-Paul. La responsabilité des cadres e des dirigeants.Paris: Dalloz, 1997. p. 56

¹⁸² OLIVEIRA, 1996

as conseqüências de sua prática delitiva. É a idéia do “sharp-short-shock” - da pena curta de prisão -, a qual tem mais eficácia do que a pena de multa nos delitos econômicos.¹⁸³ Defende-se que, as penas pecuniárias, por mais elevadas que sejam, não são óbices para os criminosos do colarinho branco, pois sempre terão condições de saldarem-nas. Já as penas privativas de liberdade, eles deverão pagá-las com o próprio corpo, estando sujeito a todas as formas de humilhações do cárcere, o que, se não “ressocializá-lo”, pelo menos permitirá que seja feita uma reflexão sobre os efeitos de sua atitude delinqüente.¹⁸⁴

Assim, defende-se o recrudescimento das penas e das multas, porquanto o dinheiro movimentado ilicitamente no mercado financeiro, a lavagem de capitais e a lesão ao erário causada pela corrupção nas instituições, impedem a implementação de políticas públicas para diminuir a desigualdade social e a construção de escolas e presídios mais eficientes, o que contribuiria para a prevenção da criminalidade de uma forma geral.

3.4 É LEGÍTIMA A TIPIFICAÇÃO DA EUTANÁSIA COMO CRIME? ELA AMPLIA OS LIMITES DE PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO DA “VIDA”?

Etimologicamente, o termo eutanásia vem do grego: o prefixo “eu” significa boa e “thanatos”, morte.¹⁸⁵ Os dicionários referem-se a esta prática como “morte sem sofrimento – conjunto de métodos os quais visam uma morte sem sofrimento, a fim de abreviar os tormentos de um paciente portador de uma doença muito dolorosa e incurável”.¹⁸⁶ Neste contexto, independentemente da forma de eutanásia praticada, seja ela legalizada ou não, ela é considerada um assunto controverso, existindo sempre prós e contras – teorias eventualmente mutáveis com o tempo e a evolução da sociedade, tendo sempre em conta o valor de uma vida humana.¹⁸⁷ O conceito foi ganhando novos contornos, dividindo-se em subespécies. Fala-se em uma conduta ativa pelo meio da qual se põe fim à vida de um doente para lhe abreviar o sofrimento, por exemplo, a aplicação de injeção letal ou o desligamento de aparelho cuja importância é vital para o paciente - a eutanásia propriamente dita.

183 SUTHERLAND, Edwin. 1983, p. 63

184 GARCIA LOREA, Carlos A. “**La ley penal tributaria**”, ns. 49 a 52, 1999

185 FERNÁNDEZ, Javier Gafo. 10 palavras-chave em bioética. São Paulo: Paulinas, 2000. p. 84.

186 LAROUSSE. **Dicionário de Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 407.

187 DWORKIN, Ronald. **Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. SP. Martins Fontes, 2003. p.92

A falta de administração de medicamentos pode levar o doente à morte, o que acabou levando ao que se costuma chamar de ortotanásia, termo inicialmente utilizado pela Igreja Católica e que, na língua grega, significa "morte apropriada", ou "morte no tempo certo".¹⁸⁸

Evoluímos para uma concepção da vida como bem supremo do homem, bem este que deve ser protegido acima de qualquer outro. "Tem a vida a primazia entre os bens jurídicos, sendo imprescindível à existência de todo direito individual porque 'sem ela não há personalidade e sem esta não há cogitar de direito individual'".¹⁸⁹ Daí a razão de ser da colocação do direito e garantia à vida como primordiais em nossa Constituição Federal, em seu Artigo 5º. A discussão que envolve o tema eutanásia encontra posicionamentos favoráveis e contrários. Diversas são as justificativas adotadas na defesa de cada posicionamento. Ilustrando-se alguns destes posicionamentos Marcela Larcher cita os seguintes: dores e sofrimentos insuportáveis; doenças incuráveis; vontade do paciente que solicita a morte; ônus econômicos decorrentes das doenças sem possibilidade de reversão.¹⁹⁰

Em relação aos defensores da eutanásia, Coelho fala da existência de dois grupos como divisão daqueles que defendem a prática da eutanásia, quais sejam: grupos dos radicais - supressão da vida nas circunstâncias em que o quadro de doença seja irreversível, não fazendo sentido lutar contra o que as próprias forças da ciência revelam-se impotentes. Os radicais também defendem a idéia de que viver sob o enfrentamento de padecimento físico ou moral, não tem valor moral, podendo representar inclusive gravame injusto para a família e para a sociedade no momento em que ocupa leitos hospitalares. E o os grupos dos moderados, os quais defendem que há necessidade do consentimento do paciente ou de membro da família.¹⁹¹

É necessário que exista certeza da proximidade e inevitabilidade da morte atestada por profissional habilitado entre outras exigências. Para os moderados a situação enfrentada pelo doente é irremediável e penosa, logo, mantê-lo vivo seria, assim, permitir uma agonia prolongada e cruel. Nesta hipótese, o médico não tem apenas a função de curar, mas diminuir o sofrimento do doente. Para os moderados,

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ, 2000, p. 91.

¹⁸⁹ MIRABETE, 2000, p. 62.

¹⁹⁰ LARCHER, Marcela. **A previsibilidade da eutanásia no direito penal moderno**. Juiz de Fora, set. 2004. p. 38. Disponível em: <<http://www.viannajr.edu.br>>. Acesso em: 7 set. 2012.

¹⁹¹ The Canadian Press. "**Expert panel urges decriminalization of euthanasia**". Nov 15, 2011. Disponível em: < <http://www.thespec.com/news-story> >. Acesso em: 21 ago. 2012.

todos têm de viver de forma digna, logo não tendo sentido negar ao paciente que ele mesmo decida sobre sua morte também com dignidade.¹⁹²

Assevera-se que o direito à vida deva ser entendido da forma mais ampla possível, envolvendo sempre a dignidade da pessoa humana. Em razão desta dignidade é que muitas vezes, orienta-se para acatar a morte como única opção. Logo, "retirar do ser humano sua dignidade, em nome de um direito absoluto, não é muito diferente do que sentenciá-lo à própria morte, em vida."¹⁹³ Contrariamente, os opositores da prática da eutanásia, entendem que não se pode transformar "in articulo mortis" uma agonia. Entendem eles que independentemente dessa agonia ser dolorosa, ainda que se tenha o consentimento do paciente, não se pode antecipar a morte. Assim, para os opositores da eutanásia o médico tem o dever de lutar contra a morte, logo não seria justo pedir que ele faça o contrário. Não se admite assim, que haja conciliação entre a Medicina que cura e a que mata.¹⁹⁴ Eventuais direitos do paciente estão muitas vezes subordinados aos interesses do Estado, que obriga adoção de todas as medidas visando o prolongamento da vida do doente, até mesmo contra a sua vontade. Alega-se também, os opositores da eutanásia, que são várias as descobertas ocorridas a cada instante no mundo científico. Uma doença hoje irreversível, amanhã pode não ser, assim, qualquer atitude diante da eutanásia, pode ser fatal.¹⁹⁵

Visando estabelecer um consenso na classe médica, mundialmente, acerca da ética aplicada à eutanásia, ortotanásia e distanásia, surgiram várias declarações. A Declaração de Genebra em plena consonância com aqueles que são contrários à eutanásia e em acréscimo ao juramento Hipocrático vai afirmar pela manutenção do "mais alto respeito pela vida humana, desde sua concepção", ainda que sob ameaça, não se deverá utilizar o conhecimento médico na prática de "princípios contrários às leis da natureza." Portanto, para os contrários à prática da eutanásia, não há justificativa plausível para realização da mesma. A dor não pode ser uma justificativa aceitável para que vidas sejam ceifadas. O Dr. Erik Gramstrup defende

192 COELHO, Milton Schmitt. Eutanásia: uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais. Teresina, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 10. set. 2012.

193 DWORKIN, Ronald. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo. 2003. p. 29

194 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia. Teresina. 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 11 set. 2012.

¹⁹⁵ CHAVES. 2012.

que reportar-se à expressões como "vida sem valor", soaria igual contradição tal qual a expressão "quadratura do círculo".¹⁹⁶

Revedo alguns posicionamentos adotados na doutrina, Bento de Faria, se opunha ao "homicídio eutanásico", pois "seria absurdo e ilógico admitir o direito de matar quando a vida é protegida pela lei." Anibal Bruno, ao comentar sobre "consentimento do ofendido" defendia que "realmente se a lei incrimina o auxílio ao suicídio, com melhor razão punirá o matador, mesmo quando atua com o consentimento da vítima." Magalhães Noronha, manifesta-se contrário à eutanásia, pois no seu entendimento inexistente direito de matar e direito de morrer. Para Noronha a vida é permeada por uma função social, por conseguinte, a ciência deve ter como missão lutar contra o extermínio da mesma.¹⁹⁷

Entre os doutrinadores contrários à eutanásia, talvez Nelson Hungria seja o mais fervoroso dentre os adversários dela no Brasil. Todavia, Evandro Correa de Menezes no seu livro "Direito de Matar" demonstra ser favorável à prática. O referido autor pondera que o indivíduo que mata movido pela piedade ou consentimento deve ser isento de punição. Indo mais longe do que o próprio Asúa, Evandro Correa afirmou: "não nos basta o perdão judicial; queremos que a lei declare expressamente a admissão da eutanásia, que não seria um crime, mas, pelo contrário, um dever de humanidade".¹⁹⁸

No Código Penal vigente, embora não tenha previsão específica a respeito da eutanásia, a prática da mesma constitui homicídio, sendo conduta típica, ilícita e culpável. Na qualificação jurídica desta conduta e para a correspondente responsabilidade civil e penal não importa se paciente tenha dado seu consentimento, ou mesmo implorado pela medida. Por conseguinte, em relação à presença ou não do consentimento é irrelevante, pois no ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo não tem o condão de descaracterizar a prática da eutanásia como crime. Apesar da redação atual do artigo 121 do Código Penal brasileiro, há entendimento doutrinário de que a eutanásia estaria incluída neste preceito, se praticada por motivo piedoso, malgrado o consentimento do paciente ao médico continue sem relevância na descaracterização do crime.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Apud PAGANELLI, Wilson. A eutanásia. Teresina. 19 nov. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1861>> Acesso em: 13 set. 2012.

¹⁹⁷ COELHO, 2001

¹⁹⁸ SILVA, Paula Martinho. **Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina**. Lisboa. 1997.

¹⁹⁹ BORGES, 2005

Porém, o "motivo relevante de valor social ou moral", observado pelo médico ao praticar a conduta, poderá ser considerado como causa especial de redução de pena. Mesmo assim, não há exclusão da ilicitude da conduta. Em consonância às determinações do Código Penal brasileiro, os tribunais brasileiros têm caracterizado a eutanásia como hipótese de homicídio privilegiado. Em determinadas circunstâncias entende-se que a eutanásia configure, simultaneamente, "homicídio privilegiado e homicídio qualificado, cuja pena é consideravelmente superior à do homicídio simples", necessitando que a "circunstância que qualifica o crime seja objetiva" como no caso em que emprega-se veneno, "mediante eutanásia" para causar a morte de outrem. Portanto, a eutanásia no Código Penal vigente é homicídio, conquanto o criminoso possa gozar de algum tratamento privilegiado.²⁰⁰

Logo, a conduta é tida como criminosa porquanto típica; no entanto, o comportamento humano somente é identificado como crime quando lastreado, também, por: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Daí dizer-se que a base fundamental de todo fato-crime é um comportamento humano (ação ou omissão). Mas para que esse comportamento humano possa aperfeiçoar-se como um verdadeiro crime será necessário submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.²⁰¹ Se pudermos afirmar de uma ação humana (que em sentido amplo, compreende a omissão, sendo, pois, por nós empregado o termo como sinônimo de comportamento, ou de conduta) que é típica, ilícita e culpável, teremos fato-crime configurado, que acarreta uma pena criminal ou medidas de segurança.²⁰²

A tipicidade é a subsunção ou adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime. Por isso, definimos ilicitude como a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado. É imprescindível entender o princípio da culpabilidade como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apóia sobre a crença - fundada na experiência da vida - de que ao homem é dada a possibilidade de agir de outro modo. A não-utilização dessa faculdade, quando da prática do ilícito penal, autoriza aquela reprovação. A noção de culpabilidade está estreitamente vinculada à possibilidade de evitar o

²⁰⁰ DODGE, Raquel Elias. **Eutanásia**: aspectos jurídicos. Disponível em: <<http://www.crmgo.cfm.org.br.htm>>. Acesso em: 10 set. 2012.

²⁰¹ ANDRADE, Luiz Antônio Botelho; O que é vida? **Ciência Hoje**.mar. 2003

²⁰² HIKAL, 2011.

comportamento ilícito, pois só se pode emitir um juízo de reprovação ao agente que não tenha evitado o fato incriminado quando lhe era possível. A doutrina finalista, além disso, transferiu o dolo e a culpa em sentido estrito da culpabilidade para o interior do injusto, considerando-os elementos característicos e inseparáveis do comportamento ilícito.²⁰³

Acredita-se que a descriminalização da eutanásia é o caminho para evitar a dor e o sofrimento de pessoas em fase terminal ou sem qualidade de vida, um caminho consciente que reflete uma escolha informada, o término de uma vida em que, quem morre não perde o poder de ser ator e agente digno até ao fim. São raciocínios que participam na defesa da autonomia absoluta de cada ser individual, na alegação do direito à autodeterminação, direito à escolha pela sua vida e pelo momento da morte.²⁰⁴ Uma defesa que assume o interesse individual acima do da sociedade que, nas suas leis e códigos, visa proteger a vida. A eutanásia não defende a morte, mas a escolha pela mesma por parte de quem a concebe como melhor opção ou a única. Outrossim, a escolha pela morte não poderá ser irrefletida. Não se pode olvidar que as componentes biológicas, sociais, culturais, econômicas e psíquicas têm que ser avaliadas, contextualizadas e pensadas, de forma a garantir a verdadeira autonomia do indivíduo que, alheio de influências exteriores à sua vontade, certifique a impossibilidade de arrependimento.²⁰⁵

Quando uma pessoa passa a ser prisioneira do seu corpo, dependente na satisfação das necessidades mais basilares; o medo da solidão ou de ser um "fardo", a revolta e a vontade de dizer "Não" ao novo estatuto, levam-no a pedir o direito a morrer com dignidade.²⁰⁶ É evidente que o pedido deverá ser ponderado antes de colocado em prática, o que não significa a desvalorização que tantas vezes conduz esses homens e mulheres a lutarem pela sua honradez durante tormentosos anos na procura do não prolongamento de um processo de deterioração ou não evolução da enfermidade incurável. Assim, trata-se do exercício do livre-arbítrio conferido aos seres humanos. Tal atitude, encontra respaldo no princípio da alteridade, o qual proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente, pois essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico, porquanto só atinge o próprio agente.

²⁰³ ANDRADE, 2003.

²⁰⁴ PAGANELLI, 1997

²⁰⁵ DODGE, 2009

²⁰⁶ BORGES, 2003

4 A DEMANDA LEGITIMADORA DO EXPANSIONISMO PENAL

Conforme o mestre Luiz Flávio Gomes, o populismo penal conservador clássico se volta contra pessoas estereotipadas e seus semelhantes. Ambientado em terrenos de prosperidade do capitalismo de acumulação primitiva (K. Marx) - que resultou agravado desde os anos 90 pelo neoliberalismo -, ostenta fortes componentes emocionais e vingativos ao postular, de forma extremista, radical e fundamentalista, para além de mais vigilância e mais controle da sociedade, o máximo rigor penal (das leis, das práticas institucionais e da execução penal), contra alguns criminosos (violentos e/ou estereotipados, incluindo-se os excluídos ou excedentes), da forma mais rápida, econômica, eficiente possível, como única “solução” para o problema da criminalidade.²⁰⁷

O mesmo jurista esclarece ainda que

o estereotipado, desde o final dos anos 80, passou a cumprir o mesmo papel (de inimigo) que a ameaça ideológica representou para a política de segurança nacional (nos anos 60 até meados de 80). O populismo penal não tem nada a ver com as utopias do comunismo (bem-estar do proletariado) nem do nazismo (superioridade das raças puras)²⁰⁸. O bem que ele promete (messianicamente) é outro: é o bem-estar da população que seria alcançado por meio da punição severa, que é alcançada por meio do exercício discriminatório do poder. Paralelamente ao populismo penal conservador clássico existe também o populismo penal conservador disruptivo, que é assim chamado porque se volta contra os iguais (ou considerados mais ou menos iguais, gente das camadas sociais mais elevadas), ou seja, contra os suspeitos das classes sociais dominantes e os poderosos, tratando-os, no entanto, também como inimigos. O escopo de punir os poderosos lembra as teses progressistas da criminologia crítica, dos anos 70, mas não se pode vislumbrar nada de progressista no populismo penal, que é estruturalmente conservador.²⁰⁹

Nesse contexto, o professor observa: “A bandeira do populismo penal disruptivo é a universalização da persecução penal, ou seja, todos devem ser perseguidos criminalmente. Ator desse movimento é o legislador disruptivo que, fundado no princípio da isonomia, tende a aprovar leis com os mesmos rigores punitivos tradicionalmente reservados para as classes de baixo.²¹⁰ Também essa modernização do direito penal, que retrata a expansão extensiva do direito penal, vem acompanhada de mais punitivismo. Caso ganhe força e sistematicidade o

207 GOMES, Luiz Flávio. **Mensalão e os 5 pés: pobres, pretos, prostitutas, políticos e policiais**. 24 out 2012. disponível em < <http://atualidadesdodireito.com.br> > Acesso em 11 dez 2012.

²⁰⁸ TODOROV, 2012, p. 156

²⁰⁹ GOMES, 2012

²¹⁰ SABORIT: 2011, p. 85

populismo penal disruptivo tem suficiente energia para universalizar para todos a incidência do poder punitivo estatal, gerando o encarceramento não só dos tradicionais de pobres, pretos, prostitutas e policiais, mas também dos políticos (os quais arrastam com eles banqueiros, bicheiros e empresários).”²¹¹

4.1 O RESSURGIMENTO DO PUNITIVISMO E A ESQUERDA REPRESSIVA

Desde o advento da era moderna, que a pena ou o “poder de uma comunidade política qualquer de exercer uma violência programada sobre um dos seus membros”²¹², constitui “el medio coactivo más contundente com que cuenta el Estado”²¹³. O Estado de Direito tornou-se o detentor exclusivo do poder punitivo, o que o possibilitara privar de liberdade ou violação de direitos fundamentais. A desautorizada tendência de formulação de tipos genéricos ou vazios é reforçada a partir do desenvolvimento do direito penal econômico praticado pela elite, sob o pretexto de que a maior complexidade de condutas e o caráter macro-social dos bens jurídicos tutelados o diferenciariam do direito penal comum, por isso ali devendo se admitir uma certa flexibilidade na definição das condutas típicas e em outros aspectos do processo de criminalização.²¹⁴

No mesmo sentido, Maria Lúcia Karam, expansão do poder punitivo e vida o membro que violar algum dos bens jurídicos eleitos relevantes e, reflexamente, auxiliar no projeto liberal-modernista de segregação, má distribuição de rendas, injustiça social e inacessibilidade às demandas sociais.²¹⁵ Visando uma superação dessa precária prática, concebeu-se no decorrer do século XX uma outra modalidade de Governo chamada Estado Social de Direito, que teria o propósito de agir como motor ativo na vida da sociedade, modificando efetivamente as relações sociais, sem abandonar o chamado “Welfare State”. Do Estado Liberal burguês - dos direitos humanos de primeira geração -, se passa a um Estado Social “intervencionista” que, não implicando necessariamente em uma concepção autoritária, fora incapaz de assegurar a autêntica participação do povo no processo

²¹¹ GOMES, 2012

²¹² FERRAJOLI, 2002, p. 230.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en Estado Social y Democrático**. Barcelona. 1994. p. 115.

²¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: 2012. p. 7

²¹⁵ KARAM, 2011.

político.²¹⁶ Até a denominação “Social”, aliás, fora objeto de críticas na medida em que comporta enorme gama de interpretações, dada a sua utilização pelos nazistas e pelos fascistas.

Passamos por tormentosos anos até que a CF/88 viesse a instituir formalmente o Estado Democrático pátrio no caput do art. 1º. O saudoso José Afonso ressalta que a adição do “Democrático” visa a tentar realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana, questão nem sempre bem sucedida no tradicional “de Direito”, quer como Liberal ou Social. No que diz respeito aos seus caracteres básicos, o Estado Democrático de Direito defende, ao menos em tese, “a observância do princípio da legalidade e a supremacia da lei, como garantia máxima de segurança jurídica para todos os cidadãos”, exercendo também “uma função transformadora, influenciando na realidade social”.²¹⁷

Há uma relativa síntese de peculiaridades dos Estados Liberal e Social, tentativa de conciliar a orientação do segundo pela mudança nas relações sociais a serviço da isonomia com os limites formais do primeiro²¹⁸. Seguindo essa nova lógica definidora do Estado, a constituição deveria não apenas prever a isonomia formal, mas sim desmistificar a sua liberal vocação de mecanismo de manutenção da injustiça social e das desigualdades. Passados vinte anos da vigência constitucional, pesquisas²¹⁹ mostram que temos obtido um tímido sucesso na meta maior de diminuição da estratificação característica da nossa sociedade capitalista, como resultado, em especial, de adotados e eventualmente ampliados projetos sociais de transferência de renda. Até mesmo as estatísticas de desemprego divulgadas pelo governo demonstram um otimismo com os rumos da economia. Trata-se de uma evolução que não evidencia uma plena superação dos desequilíbrios sociais²²⁰; contrariamente, compartilhamos a certeza de Victoria de Sulocki ao afirmar que o Direito continua a ser “meio de mascarar as desigualdades existentes através da afirmação de igualdade de todos perante a lei.”²²¹

²¹⁶ SILVA, 2012, p. 118.

²¹⁷ ALVES, 2004, p. 112.

²¹⁸ MIR PUIG, 1994, p. 33.

²¹⁹ IPEA analisa pobreza e miséria por regiões e estados. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2012

²²⁰ KARAM, 2011, p. 1.

²²¹ SULOCKI, 2007, p. 161.

Teoricamente é possível que criar figuras imaginárias e as classifiquemos como iguais determinando que o tratamento oferecido pelo Governo seja isonômico, para: peões, fazendeiros, favelados e moradores “do asfalto”.²²² Assevera-se que, apenas em campo teórico:

a aplicação da legislação contra o crime seja semelhante, que tenhamos um percentual relativo de dominantes e dominados inserido no sistema prisional, entidades de exercício da utilitária prevenção especial positiva. A dissensão entre programação legislativa e realidade, inclusive, já fora suficientemente exposta no segundo capítulo, onde tratamos da contribuição do papel do Direito Penal no controle social de marginalizados. Como curiosa resposta a esta distorção entre norma e fato, acreditase, veja só, que uma ainda maior intervenção do Direito Penal servirá de instrumento para a transformação social ou de emancipação dos oprimidos, “solução” aplicada pelos setores políticos de esquerda, aqueles usualmente atentos às desigualdades que definem o nosso Estado. Há uma brusca mudança no tradicional papel “izquierda política-demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización”²²³, ao ponto em a única diferença entre preocupações, discursos e práticas é o foco da truculência, dominantes ou dominados, “sinalizando que, pelo menos nesse campo, a contraposição entre direita e esquerda perdeu mesmo sua razão de ser”.²²⁴

No campo do discurso legitimador, lembra-se a deturpação da política criminal, que não satisfeita com os desiguais resultados obtidos pelo utilitarismo, encobre seu desiderato punitivo sob o pretexto de renovar a efetividade da Carta Política. Esta “esquerda punitiva”, como cunhada por Maria Lúcia Karam, contraditoriamente solapa as bases do próprio Estado ao tentar dar feições positivas a um instrumento que ela mesmo considera, e que aqui concordamos ser, negativo. Existem até aqueles²²⁵ que, cientes da hipocrisia de tal pretensão, contentam-se em ver duro, mas um igualitário tratamento penal.

Afirma-se: “Os fins justificam os meios”, ignorando-se que o fracasso dessa finalidade está na própria concepção da pena enquanto instrumento de controle social; na realidade, como já mostrou Zaffaroni²²⁶, a retirada do manto protetor da elite só se dá em raros casos onde conflitos entre setores hegemônicos permitam o sacrifício de alguém. Ao almejarem, então, unicamente criar um tratamento penal diferenciado a crimes típicos dos setores dominantes, em permuta de uma nem sempre presente tolerância aos dominados, acabam por legitimar um rigor que

²²² MELIÁ; JAKOBS, 2003, p. 70.

²²³ MELIÁ; JAKOBS, 2003, p. 70.

²²⁴ KARAM, 2011, p. 2.

²²⁵ MATTOS, 2011.

²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. SP. RT. 1999. p. 78

invariavelmente também se aplicará às camadas mais oprimidas.²²⁷ Ademais, doutrinadores esclarecem que:

presenciamos a edição de leis de Direito Penal econômico ou secundário em geral que, sem prejuízo de também constituírem o fenômeno do Direito Penal simbólico, desvinculam do reconhecimento de bem jurídico digno de tutela a necessidade de que constitua direitos individuais concretos, bem como criam tipos de perigo abstrato baseados no mero risco, antecipando o momento criminalizador. É constante o desrespeito aos princípios basilares da teoria do bem jurídico estudados no primeiro capítulo – legalidade, ofensividade, insignificância, proporcionalidade ultima “ratio” e fragmentariedade. A escalada continuará até o momento em que não for mais visível a linha que separa o Estado de Direito do Estado policial²²⁸ que nele vive, e, enquanto se passa a admitir um processo penal com ares inquisitoriais, pautado por abortos legislativos como a Lei 9034/95, a seleção dos indivíduos que, processados e condenados, serão demonizados como “outro”, continua a se fazer de forma majoritária entre os marginalizados²²⁹, e de forma ainda mais grave, apesar da eleição de alguns poucos da elite para esse papel.

Os eleitos aprendem da pior maneira possível o que a sociedade encontrara para substituir a execução pública como forma de repúdio ao “inimigo”. A maioria não sabe o que é ser punido até ser surpreendido, no despertar do dia, pela polícia judiciária cumprindo mandados de busca e apreensão em sua casa, às vezes acompanhada de um veículo de imprensa buscando imagens do “outro”, prontos a alimentar o clamor midiático. Ou então tomar ciência através dos mesmos veículos que será “intimado a comparecer em sede policial” para prestar esclarecimentos sobre tais eventos. Quando é deferida uma prisão cautelar, ergue-se delegado, magistrado e procurador à categoria de defensores dos oprimidos e instrumentos de mudança social, tenham ou não ignorado diversas garantias constitucionais do “inimigo”; talvez se tornem desembargadores ou deputados federais. Inclusive delitos violentos, não “característicos” das camadas dominantes, tem a possibilidade de causar esse efeito quando por eles praticados.²³⁰

Esta cultura “punitivista” a qual não condiz com as experiências de suas lideranças, a “esquerda punitiva” acaba por realizar distinções até mesmo entre oprimidos.²³¹ Se, outrora, compreendia-se a situação daqueles que recorrem ao tráfico de drogas para, no dizer do Juarez Cirino, “compensar a falta de meios

²²⁷ ZACKSESKI, Cristina. Sistema penal, política criminal e outras políticas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 172, p. 6-8, mar. 2007

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 92-96.

²²⁹ KARAM, 2011, p. 3.

²³⁰ PIMENTA Neves é condenado à prisão depois de uma década. Disponível em: <<http://maisvoce.globo.com>>. Acesso em: 29 maio 2012

²³¹ KARAM, 2011, p. 5.

legítimos de sobrevivência”²³², hoje permitimos, como já mencionado, que o Exército ingresse em comunidades carentes para também compensar a incapacidade das políticas de segurança pública, além de demitirmos secretários que queiram discutir a descriminalização de certas drogas.

Enquanto atrasamos extradições que interessam a países que seguem uma linha de direita, extraditamos em tempo recorde²³³ pessoas que tentam uma vida melhor longe de militarizados países do nosso continente. Nesse viés, cada vez mais a palavra “reacionário”, vem sendo usada pelos que defendem o recrudescimento punitivo, perdendo sua essência esquerdista. A impressão de que o chamado Direito Penal simbólico está intimamente relacionado ao recente renascer do punitivismo, não é equivocada. Os exemplos expostos demonstram como a esquerda abraçou os discursos de lei e ordem antes monopolizados pela direita, além de ter aprendido quão “benfazejo” é fornecer à legislação e à punição funções obscuras, acobertadas nas utilitárias.²³⁴ Nesse contexto, no caso recente do “mensalão,” os antigos petistas de esquerda se transformaram na direita/situação, fazendo parte da elite, e a atual esquerda comemorou a condenação dos réus ocorrido na ano de 2012 pelas empreitadas criminosas começadas em 2002, em que pese até o momento ninguém tenha cumprido pena efetivamente ou ressarcido o erário.

4.2 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL

O Direito Penal Simbólico é um fenômeno que nasce do sentimento de urgência que o Estado manifesta para a aplicação alternativa do Direito Repressivo, aliada às políticas de prevenção da criminalidade. Zaffaroni e Pierangeli asseveram que o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica frente aos marginalizados ou aos próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). Ressaltam que a sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica.²³⁵ Capez aponta que o direito penal: “é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os

²³² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. São Paulo: Forense, 1981. p. 29.

²³³ STF publica decisão de extraditar Cesare Battisti e palavra final cabe a Lula. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/stf->>. Acesso em: 20 maio 2012

²³⁴ MELIÁ, Manoel Cancio; JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. p. 54

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 76

comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em conseqüência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação".²³⁶ Entende-se por direito penal objetivo o conjunto de normas que regulam a ação estatal, definindo os crimes e cominando as respectivas sanções, pois, apenas o Estado é o detentor do "jus puniendi", e este direito de punir, exclusivo do Estado, não arbitrário, e limitado pelo próprio Estado, é o direito penal subjetivo.²³⁷ Na perspectiva do mestre Claus Roxin, o direito penal "deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas".²³⁸

Não se pode olvidar que o simbolismo do Direito Penal está justamente no fato da sua utilização, não como meio de contribuição efetiva para uma convivência pacífica, e sim, como uma forma enganosa desse manto, própria do político que se apresenta como "salvador da pátria". Na realidade, ele não está preocupado com o bem estar social ou individual da população, mas sim, com o seu desiderato imediato: sua eleição ou reeleição. Ademais, Rogério Greco afirma que na criminalidade não aparente, ou seja, naquela praticada pelas classes mais altas da sociedade, a questão é de caráter moral, não tendo o Estado condições para impor tais atributos às pessoas que não pensam no seu próximo, não se preocupam com as cenas veiculadas pelos meios de comunicação de massa, que anunciam crianças morrendo de fome, idosos padecendo em filas de hospitais em busca de atendimento; enfim, cidadãos destituídos de dignidade porque o Estado retirou aquilo que lhes restava.²³⁹

Defende-se ainda que o direito penal simbólico é uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente entre outros, os

²³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 14. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

²³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 25.

²³⁸ ROXIN, 2006, p. 32.

²³⁹ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: visão minimalista. Niterói: Impetus, 2009.

principais fatores que desencadeiam o aumento da criminalidade.²⁴⁰ Por isso este simbolismo todo se mostra muito perigoso, uma vez que, segundo Ricardo Dip,

“A questão do crime, efetivamente, não é quantitativa: não se solve pelo número de leis nem pelo esmero descritivo quanto às ações incrimináveis”. Com isso o autor quer dizer que muito mais salutar que um inchamento do sistema normativo é que ele seja eficaz: é melhor poucas leis que funcionem do que muitas leis que impressionem. Assevera o mesmo doutrinador que o Direito Penal Simbólico “promete a paz pública com a só visão de letrinhas impetratórias estampadas ritualmente na imprensa oficial”.²⁴¹

Por não tratar da questão do delito com previdência, o Estado acaba tendo de arcar com conseqüências desastrosas, que são a criminalidade e a violência, junto com todo o quadro social problemático que as acompanham. Direito Penal Simbólico, em relação àquilo para o que se propõe, atinge inteiramente seus objetivos. Isso porque o simbolismo visa não a solução de problemas mas a tranqüilização da população. Paulo Queiroz também vê o quadro desta maneira:

Digo simbólico porque a mim me parece claro que o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranqüilizadora de um legislador atento decidido.²⁴²

Passamos por uma fase onde leis penais de cunho simbólico são cada vez mais elaboradas pelo legislador infraconstitucional. Essa legislação de cunho simbólico, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, traz uma forte carga moral e emocional, revelando uma manifesta intenção pelo Governo de manipulação da opinião pública, ou seja, tem o legislador infundindo perante a sociedade uma falsa idéia de segurança.²⁴³ Noutro giro, o abolicionismo Penal revelou-se como o meio mais radical de enfrentar a realidade do Direito Penal, tendo sua doutrina pregado a substituição do Direito Penal por outras formas não punitivas de solução dos delitos praticados. A doutrina abolicionista preconiza que o Direito Penal, não é o único meio de repressão a violência, pois que apenas impõe punição, segundo

²⁴⁰ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: LED, 2002.

²⁴¹ DIP, Ricardo. **Crime e castigo**. Campinas: Millenium, 2002. p. 221.

²⁴² QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 74, p. 09, jan. 1999.

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: RT, 1978. p. 58.

ensinamentos do Professor Tourinho Filho.²⁴⁴ Com efeito, seguem as lições de Roxin:

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.²⁴⁵

A promessa do direito penal de combater a criminalidade, com leis mais severas, não vêm ocorrendo, porquanto percebe-se a total insegurança e o aumento de práticas delituosas, enquanto o Governo tenta, com ações paliativas e discursos midiáticos, passar a imagem de que as autoridades estão alertas, respondendo a altura dos clamores, com mais leis, que irão controlar essa situação, da noite para o dia. Por conseguinte, trata-se de mera ilusão de segurança jurídica causada pelo Direito Penal Simbólico, o qual não consegue resolver a problemática no seu nascedouro.

4.3 MEDIDAS DESPENALIZADORAS x PUNITIVISMO

Malgrado a Lei n^o 9.099/95 ter trazido avanços na seara criminal, no sentido de despenalizar certas condutas de menor potencial ofensivo, uma observação da prática forense nos mostra que isto não ocorre adequadamente. Visa-se aqui uma reflexão sobre a existência da cultura "punitivista", que movimenta o aparato repressor para punir condutas de pequeno potencial lesivo, enquanto graves crimes financeiros, econômicos e tributários acabam sem a persecução criminal desejada. Enquanto certas condutas poderiam ser resolvidas com penas alternativas e multas elevadas que façam o infrator realmente se arrepender do ato perpetrado, em outras poderia ocorrer uma descriminalização tendo em vista a subsidiariedade do direito penal. A criminalidade deve ser combatida, mas atentado para o sistema repressor não causar uma violência maior, como o que vem ocorrendo dentro do sistema carcerário estigmatizante, pois é cediço que violência gera mais violência.

²⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 91.

²⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

É oportuno lembrar a filosofia do utilitarismo que é uma doutrina ética que prescreve a ação ou inação de forma a otimizar o bem-estar social. O utilitarismo é então uma forma de consequencialismo, ou seja, ele avalia uma ação ou regra em função de suas consequências. Consoante essa doutrina, deve-se agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar. Nesse viés, o conceito de pena nos séculos XVIII e XIX estava muito relacionado ao caráter retributivo, ou seja, se alguém cometesse certa infração penal, o agente deveria receber sanção jurídica mais útil possível para todos os atores sociais envolvidos. Com base no princípio máximo do utilitarismo - segundo o qual uma ação deve trazer felicidade ao maior número de pessoas - Bentham desenvolve o caráter preventivo da lei. Assim, a punição de um crime não termina no ato delituoso mas em toda a sociedade, uma vez que a pena deve coibir futuras ações ilícitas. Destaca-se ainda, a famosa ideia do panóptico, que consiste numa arquitetura penitenciária, que buscava disciplinar o detento.²⁴⁶

Verifica-se que há uma cultura “punitivista” que contamina alguns operadores do direito, consistente no desejo - alimentado pela grande mídia -, de punir cada vez mais pessoas, de forma cada vez mais grave e por meios cada vez mais rígidos. Tal cultura tem reflexo nos legisladores e nos aplicadores do direito penal. A Lei n.º 9.099/95, não obstante seu objetivo formal de despenalização, possui em seu texto dispositivos expressos ou lacunas que a desvirtuam, ocasionando uma falta de coerência interna na lei.²⁴⁷ Um exemplo disso é a contradição entre o princípio enunciado no art. 62 (aplicação de pena não privativa de liberdade) e a disposição do art. 85 (que manda converter a pena de multa descumprida em restritiva de direito ou privativa de liberdade), hoje parcialmente sem efeito, no tocante à conversão em pena privativa de liberdade, devido à alteração do art. 51 do CP. Isso mostra a intenção original do legislador, já contraposta aos objetivos formais despenalizantes da lei. Mesmo assim, a lei dos juizados é omissa quanto à possibilidade de conversão de pena restritiva de direitos, antecipada por meio de

²⁴⁶ Wikipédia, a enciclopédia livre. **Utilitarismo**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>> Acesso em: 30 abr. 2012

²⁴⁷ BARATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan - Instituto de Criminologia, 2002

transação penal, em privativa de liberdade, em caso de descumprimento, gerando discussões diversas.²⁴⁸

Deve-se explicar o que se quer dizer com aplicação da lei é, neste caso, a realização dos preceitos legais na prática. É o trabalho de materializar o que foi concebido e aprovado nas Universidades, nos Tribunais e no Legislativo. Não se quer aqui negar o trabalho criador de direito que exerce o policial, o conciliador, o promotor, o juiz e o advogado. A escolha do termo “aplicação” se deve à carência de terminologia adequada. Outros, afirmam ser em tese possível, mas dependente de previsão legal que estabeleça a equivalência entre uma pena e outra. Outros desconsideram tal possibilidade, usando como base uma decisão do Pretório Excelso, como Tourinho Filho.²⁴⁹ Outra solução apontada é o oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, hipótese refutada pelo STJ e pela maioria dos autores, pois iria de encontro à coisa julgada decorrente da sentença homologatória da transação penal¹⁹. Bitencourt opina pela execução da obrigação de fazer em que consistiria a pena restritiva de direitos, enquanto Tourinho, por exemplo, posiciona-se por sua conversão em pena de multa. A lacuna da lei, ao possibilitar as interpretações mais diversas, pode desvirtuar seu desiderato.²⁵⁰

É importante ampliar a aplicação da Justiça restaurativa ou transformativa, visando uma conciliação entre vítima, Estado, réu, comunidade, meio ambiente, etc. Contudo, verifica-se que até institutos em tese anti-penais adquirem na prática do juizado um caráter diferente, como a transação penal, transformada em uma barganha, que termina por aplicar penas a pessoas que se consideram inocentes, sem um devido processo legal. Ao atuar de forma desajustada no que tange a delitos “leves” sem a persecução criminal esperada do aparato repressor nos delitos “graves”, ferindo a proporcionalidade e a individualização das penas, está o legislador e o executivo a estimular a já existente seletividade do sistema penal.

Diante do exposto, delitos de pequeno potencial ofensivo devem ser punidos com penas alternativas: trabalho em hospitais, manicômios, obras e instituições públicas, presídios, ou com penas pecuniárias elevadas em favor da vítima, mas com a devida rapidez para evitar a prescrição. No tocante aos usuários de drogas, o caminho é a descriminalização para as mais leves e a despenalização para outras,

²⁴⁸ JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juzados especiais criminais anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 17

²⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 202-204.

²⁵⁰ BITENCOURT, 2003, p. 591-592.

mas obrigando os usuários a tratamentos, trabalhos em instituições que tratem os viciados ou internação em clínicas e centros de reabilitação em fazendas. Ademais, não se pode ocupar as polícias estaduais com prisões por porte de drogas para o consumo próprio e repressão a contravenções penais como o caça níquel, enquanto temos uma alta taxa de homicídios e diversos crimes contra o erário sem solução.

4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICA, PODER, CORRUPÇÃO E A CRIMINALIDADE

A prática da corrupção costuma estar ligada a fatores extrínsecos, tais como a presença de um sistema mais permissivo ou, até mesmo, a formação histórica de uma nação com maior ou menor propensão a degradantes práticas ilícitas. Por outro lado, é indiscutível que os valores individuais, os quais formam o caráter e orientam a ação dos indivíduos, decidirão se o peso da desonestidade deverá prevalecer sobre a opção pela integridade. Quando Kelsen afirma que: “as normas se organizam de forma hierárquica, sendo no topo isoladas pela norma fundamental”, e tenta desenvolver uma “teoria pura”, ele quer dizer que independente do regime político adotado, a sua legitimação pode ser feita por um argumento legal que, usando do alibi de neutralidade, pode esconder a disputa ideológica do poder.²⁵¹

É fato que a estrutura capitalista estimula o consumo e enaltece a posse, a evolução patrimonial e mero prazer pelo “ter”. A corrupção tenderá a se ligar à apropriação do poder e à volúpia do consumo, sob pena de aceitarmos a prática pela simples vontade, o que não parece convencer. Em indivíduos com tendência à delinqüência – em virtude do déficit de valores -, o “status” do consumo desenfreado estimula a posse, independentemente do escrúpulo. O Direito Penal deve ser a resposta para tais conflitos, malgrado não seja a única possível.²⁵²

Outrossim, a solução punitiva dos problemas possui um inquestionável efeito negativo, que consiste na exclusão das outras soluções possíveis”.²⁵³ No tocante à corrupção, aquele que corrompe ou que é corrompido demonstram uma maior suscetibilidade. É cediço que a aproximação falsamente sedutora dos que usam tal expediente para se impor não deverá servir como justificativa para se decidir pela

²⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁵² HIKAL, 2011. p. 102

²⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2007. p. 56-57.

desonestidade. Tudo dependerá do conjunto de valores individuais, os quais devem se contrapor à torpe tentação de se corromper.

É oportuno salientar que, com a individualização do fenômeno criminal, discute-se a pretensão punitiva em torno daquele fato conflituoso, considerando a maldade ou “falta de caráter” do criminoso, que perde o “status” de pessoa. Tal individualização coopera para despolitizar o crime. A cultura hegemônica se constrói pelo consenso, que naturaliza as relações sociais, mascarando os conflitos existentes.²⁵⁴ Reunindo os conceitos, há de um lado, a naturalização da cultura legalista, e de outro, a naturalização da cultura “punitivista”. Isto cria um terceiro foco de despolitização, posto que ocorre a reprodução destas duas culturas alienantes, desviando o foco do debate do fenômeno criminal da política para o legalismo ou para a maldade humana.²⁵⁵

Por conseguinte, a seara penal traz elementos que tornam ainda mais distante a solução dos conflitos sociais, pela razão de ser ela o ramo mais extremo do direito, por suas sanções serem traumatizantes e possuírem efeitos mais negativos para o sentenciado. Portanto, se não se precede de um debate histórico e político do Direito Punitivo, em vista de uma transformação da realidade, pode-se cair em um ativismo, ou seja, “penaliza-se ou não conforme a vontade do legislador.”²⁵⁶ No que tange à corrupção, não há dúvida que os delitos dela decorrente encontram terreno propício em determinados sistemas, sendo bem fertilizada por aqueles mais propensos à prática vil. Diante deste panorama, são oportunas as lições de Luiz Flávio Gomes:

a situação carcerária nacional é muito preocupante. Caso persistam as suas condições atuais, pode-se concluir que jamais o Brasil será uma grande nação. Pode até ser economicamente forte, mas seus pés são (praticamente) todos de barro. O Brasil fechou o ano de 2011 com um total de 514.582 presos (números mais atualizados do Depen. São 270 para cada 100 mil habitantes, se mantendo no 4º lugar dentre os mais encarceradores do mundo. Só na última década o número de presos cresceu 120%, já que em 2001, o país possuía 233.859 detentos. No mesmo período, o número de presos provisórios dobrou, chegando a 173.818 detentos (antes eram 78.437) e o número de mulheres presas aumentou 245% (em 2001, elas eram 9.873). Em razão desse crescimento desenfreado, hoje o país carece de 208.085 vagas em seus estabelecimentos penais, havendo 68% mais presos do que vagas (Veja: Déficit de 208.085 vagas no sistema prisional) e 43.328 detentos alojados precariamente em delegacias. Apenas 9 crimes são responsáveis por 94% dessas prisões, são eles: tráfico de entorpecentes, roubo, furto, homicídio,

²⁵⁴ FREIRE, 2005.

²⁵⁵ BARATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 166.

²⁵⁶ BITENCOURT, 2004, p. 157.

porte ou posse de arma, latrocínio, estupro (unificado ao atentado violento ao pudor), receptação e quadrilha ou bando.²⁵⁷



Ainda nas lições do eminente jurista:

a maioria desses delitos encontra-se tipificada no Código Penal e que os crimes contra a administração pública, os crimes tributários e financeiros e até os crimes de falsificação não se encontram nesse rol, fazendo parte, com outros delitos, dos 6% restantes (Veja: 68% das prisões fundamentam-se em delitos do Código Penal e Crimes contra o patrimônio justificam 71,6% das prisões tipificadas no Código Penal). E ainda, apenas os crimes de tráfico nacional de entorpecentes, roubo e furto representam 68% do total de prisões no país. De acordo com Mariana Cury Bunduky, crimes majoritariamente cometidos fundamentalmente por marginalizados sociais, muitos deles esquecidos pelo Estado, antes, durante e depois de suas prisões (Drogas: 80% das prisões por leis especiais; Região Centro-Oeste: descaso estatal, arbitrariedades e superlotação dos presídios e Região Sudeste: retrato da ilegalidade, descaso e afronta aos direitos humanos dos presos). Além de não tornar o país mais seguro nem diminuir o medo da população, nossa cultura punitivista em relação aos crimes não violentos (55% dos presos), seguida pelos aplicadores do Direito e motivada pelo populismo penal midiático, apenas contribui para o aumento da violência e da incivilidade no país (Brasil é o 20º país mais violento do mundo. Alagoas é o campeão nacional, PM mata mais: pena do gatilho leve). Obviamente que não se trata de defender a impunidade, mas sim a proporcionalidade, necessidade e humanidade desses aprisionamentos, que deveriam ficar reservados apenas para os crimes violentos (45%). Quanto aos crimes não violentos, necessitamos mesmo é de melhores políticas sociais e educacionais.²⁵⁸

²⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Cultura punitivista contribui para o aumento da violência**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-19/coluna-ifg-cultura-punitivista-contribui-aumento-violencia>>.

Acesso em: 9 out. 2012.

²⁵⁸ GOMES, 2012.

5 A CRIMINOLOGIA E O PUNITIVISMO

A criminologia é a ciência empírica e interdisciplinar que tem por objeto de análise a personalidade do autor do comportamento no delito, da vítima e do controle social das condutas criminosas. É uma ciência causal explicativa do delito, do delinqüente, dos esquemas de combate à criminalidade e formas de prevenção, estudo da vítima e suas nuances, e das terapêuticas ressocializantes. Estuda-se ainda a forma de execução da empreitada criminosa, o lugar do delito perpetrado e a cultura local, exame da vida pregressa, o papel da vítima, utilizando-se da psicologia, biologia, sociologia e psiquiatria forense, etc. Porém, essa reflexão humana deve estar apoiada em bases científicas, sistematizadas por experiências, comparadas e repetidas visando alcançar a realidade, recorrendo-se a métodos biológicos e sociológicos.²⁵⁹ Quando este ramo de estudo passou a criticar o poder punitivo e o direito repressivo se questionou a respeito do sentido ideológico da punição, ambas as áreas se convergiram no campo da política criminal, que, consoante Pierangeli e Zaffaroni, "deve ter sempre um fundamento antropológico (filosofia)".²⁶⁰

Segundo a teoria do etiquetamento (labelling approach), bem defendida por Becker em seu livro "Outsiders", a desviação é uma qualidade atribuída por processos de interação altamente seletivos e discriminatórios. O objeto de seu estudo não é o crime e nem o criminoso, mas sim os processos de criminalização, ou seja, os critérios utilizados pelo sistema penal no exercício do controle social para definir o desviado como tal. Verifica-se que o risco de ser etiquetado, ou seja, "aparecer no claro das estatísticas", não depende da conduta, mas da situação do indivíduo na pirâmide social. Por isso o sistema penal é seletivo, pois funciona segundo os estereótipos do criminoso, os quais são confirmados pelo próprio sistema. Conforme Augusto Thompson, a seletividade está ligada ao status social do sujeito: a vida dos mais desafortunados é mais exposta no transporte coletivo, andando nas ruas, na praia, nos botecos, estando mais visíveis quando praticam algo ilícito. Não há identidade entre ele e a autoridade pública que geralmente vem das camadas mais nobres e não

²⁵⁹ HIKAL, Wael, **Introducción al estudio de la criminología**, 2ª ed., Porrúa, México, 2011

²⁶⁰ PIERANGELI; ZAFARONI, 1999, p. 140.

tem condições de possuir uma boa defesa técnica, face às dificuldades materiais das defensorias públicas.²⁶¹

5.1 O ESTADO PUNITIVISTA SOB O PRISMA DA CRIMINOLOGIA E ALGUNS PONTOS COLIDENTES COM O ESTADO DEMOCRÁTICO

A criminologia contemporânea vem se desenvolvendo, tratando fundamentalmente da análise dos sistemas penais. A dimensão de poder que abarca os processos de definição e a reação social é desenvolvida pela criminologia crítica através de uma teoria sociológica do sistema penal. O salutar passo dado na criminologia revelou a renúncia à perquirição das causas da criminalidade para se ater às condições da criminalização. Afirma-se, ademais, que a criminologia opera "como uma instância desempenhando uma função imediata e diretamente auxiliar, relativamente a ele e à política criminal oficial".²⁶²

Dentre outras questões que mencionadas por Nina, a impunidade dos atos violadores dos direitos humanos pelos oficiais do estado e a perda das garantias constitucionais são alguns pontos colidentes com o Estado Democrático. Esta segunda questão evidencia a síntese do imbróglio abordado pela criminologia crítica, uma vez que estamos inseridos em um estado democrático de direito onde os direitos e garantias fundamentais e sociais não estão sendo amparadas nos termos da Constituição.²⁶³ Conforme defendido por Araújo, Aniyar de Castro e Copetti, visando-se a redução da criminalidade e o melhor funcionamento da justiça penal, os estudos criminológicos se mostram presentes, frisando a imprescindibilidade das exigências constitucionais, de uma atuação conjunta entre o governo e a sociedade com uma política profundamente democrática, e do respeito ao princípio basilar da Lei Maior, a dignidade da pessoa humana.²⁶⁴

A criminologia desperta muitos aspectos da atuação do controle social incompatíveis com o modelo vigente. Passo a tratar de alguns exemplos que ferem

²⁶¹ THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

²⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. p. 276-287, abr./jun. 1996

²⁶³ NINA, Daniel. Ruptura o continuidade: problemas epistemológicos de la criminologia de fin de siglo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 193-208, jan./mar. 2000.

²⁶⁴ ARAÚJO, Fernanda Carolina de. A teoria criminológica do *labelling approach*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 177, p. 8, ago. 2007.

os princípios relacionados à ciência penal e a Carta Magna.²⁶⁵ Nos termos do artigo 36 da Lei 11.343/2006, a pena cominada aos financiadores de qualquer dos crimes mencionados nos artigos 33 e 34 é pior até mesmo que o crime de homicídio, atentando contra o princípio da proporcionalidade. Assim, deve-se repudiar o direito penal do autor e o excesso de incriminações baseados no perigo abstrato ou presumido, onde não se aplica o direito conforme o comportamento, que exige a exteriorização de uma ação ofensiva grave a bens protegidos pelo ordenamento jurídico.²⁶⁶ Ademais, verifica-se que há uma desproporção nas penas e na persecução criminal, considerando-se a lesão ao ordenamento jurídico e à população, pois estamos movendo o aparato estatal para punir pequenos ladrões e traficantes, enquanto os verdadeiros inimigos do progresso da nação – corruptos e usurpadores dos recursos públicos de uma forma geral, normalmente, acabam impunes.

Lecionam Batista e Zaffaroni, enquanto para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado direito penal do inimigo.²⁶⁷

O Pretório Excelso, através do saudoso Ministro Cezar Peluso, já se posicionou contrário a respeito do direito penal do autor/inimigo frisando a não coerência com o Estado Democrático, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de não-culpabilidade. É evidente que o posicionamento norteado por esse direito penal do autor se aproxima da concepção da criminologia positivista, penalizando o indivíduo conforme suas características biopsicosociais, o que restaria incompatível com a ordem constitucional.²⁶⁸ Assim, há dispositivos

²⁶⁵ HIKAL, 2011

²⁶⁶ NUCCI, 2009

²⁶⁷ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003.

²⁶⁸ COPETTI, André (Org.). **Criminalidade moderna e reformas penais**: estudos em homenagem ao prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 95-137.

previstos na legislação que afrontam os princípios da inocência presumida, da proporcionalidade, razoabilidade, individualização/humanização e ressocialização das penas, princípio da culpabilidade, subsidiariedade, alteridade, da proteção dos bens jurídicos, proibição da responsabilidade objetiva em matéria penal, da ofensividade, da isonomia e violando diversos direitos e garantias constitucionais como a razoável duração do processo. Ademais, nosso sistema penal afronta os princípios da isonomia e proporcionalidade, pois quem tudo tinha para a vida digna - acima do padrão médio brasileiro -, mas escolhe o crime para enriquecer rápido e ilicitamente, deveria ser punido com uma pena pior que um miserável ladrão ou traficante que nenhuma oportunidade teve para viver dentro do mínimo existencial. Há um caso divulgado pela mídia de uma jovem presa em flagrante por furto, que ficou detida em uma cela com cerca de vinte homens em uma delegacia, em meio a outras distorções no sistema penitenciário - como as torturas - afrontam o disposto no Código Penal, na Lei de Execução Penal e na Carta da República.

Queiroz esclarece que o direito penal é o "braço armado da Constituição Nacional" - expressão de Perez -, tem sua natureza peculiar por ser a manifestação mais enérgica da ordem jurídica, o que torna lugar a sua intervenção somente nas hipóteses de singular afronta a bens jurídicos fundamentais, e para cuja repressão, as sanções do ordenamento jurídico são insuficientes.²⁶⁹ Esta é a justificativa do seu caráter subsidiário. Todavia, por ser uma das forças mais perceptíveis de contenção dos conflitos da sociedade, muitas vezes dá a impressão de ser a maneira única, imediata e a mais eficaz para o controle social. A ineficácia do direito penal se verifica a partir do momento em que as leis não tutelam adequada e suficientemente os direitos humanos, e também em razão o caráter daqueles que formam segmentos dentro do direito penal com ideologias próprias: a violência, a corrupção, a burocratização e a "setorização."²⁷⁰ Copetti defende ainda que o Direito, por se tratar de uma ferramenta disponível ao homem, deve estar atrelado à noção de homem, não deixando de estar nela compreendidas as noções de cidadania, de emancipação e liberdade, focando nos direitos humanos como fundamento das reformas penais no estado democrático de direito.²⁷¹

²⁶⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte. 2002.

²⁷⁰ COPETTI, 2000

²⁷¹ COPETTI, André. **Criminalidade moderna e reformas penais**: estudos em homenagem ao prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 95-137.

Ademais, se todos são inocentes até que se prove o contrário, ninguém pode ser considerado “criminoso nato” como lecionavam Lombroso e Ferri (tratando-se tais delinqüentes como doentes mentais que precisam de tratamento psiquiátrico, psicológico e espiritual), visto que, o que faz o criminoso são as circunstâncias vivenciadas dentro de um contexto social na maioria das vezes injusto, repudiando-se o direito penal do autor.

Assim, o Estado tem o dever de evitar ao máximo a estigmatização da população menos abastada e marginalizada nas periferias - que pouco receberam do Poder Público para viver dentro do mínimo existencial para uma vida digna -, mediante políticas públicas preventivas. Nesta esteira, deve-se focar também na prevenção terciária, voltada ao recluso, visando evitar a reincidência dos egressos do sistema prisional, por meio de medidas sócio-educativas, como a laboterapia, apóio a reinserção no mercado de trabalho, apóio psicológico, terapêutico e moral-espiritual; liberdade assistida e prestação de serviços a comunidade, evitando-se, assim, o “etiquetamento” de criminosos ocasionais ou vítimas do meio familiar e social, que poucas oportunidades tiveram para uma vida digna.²⁷²

Por derradeiro, visto que o Estado brasileiro é laico, se não deve incriminar condutas como o aborto, a eutanásia e o uso de drogas leves (em atenção ao princípio da alteridade) utilizando-se de argumentos religiosos, porquanto o Estado não pode interferir na liberdade pessoal do indivíduo de buscar sua felicidade e dignidade de acordo com seu ponto de vista.

5.2 A RELAÇÃO ENTRE A CRIMINOLOGIA, A POLÍTICA CRIMINAL E O SISTEMA REPRESSIVO

A abordagem da criminologia positivista despertou o desenvolvimento do estudo conjugando conhecimentos de diversas disciplinas, ampliando desse modo as formas metodológicas para tratar da problemática criminal. Nesse contexto, a política criminal consiste na orientação advinda dos responsáveis políticos quanto aos aparelhos repressivos, condizentes com a situação legislativa do momento.²⁷³ Por sua vez, através das decisões políticas dos representantes do povo, essa orientação pode vir a ser exteriorizada na legislação, que tão-somente limita-se a

²⁷² PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo. Saraiva, 2012

²⁷³ DIMOULIS, 2000, p. 210.

compilar os comportamentos que ferem os bens jurídicos fundamentais e lhes atribui sanções correspondentes à gravidade do dano. Quem acreditou na interação das três vertentes de modo a favorecer a aplicação do direito penal na tarefa sócio-política de controle do fenômeno do crime foi Liszt, que a esse conjunto atribuiu o nome de "enciclopédia das ciências criminais".²⁷⁴ Por este desdobramento, a Política Criminal objetiva a análise crítica do direito, no sentido de bem ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça. Está inexoravelmente ligada à dogmática, visto que na interpretação e aplicação da lei penal interferem critérios da Política Criminal.²⁷⁵

Baseando-se em considerações filosóficas, religiosas, sociológicas, antropológicas, culturais, verificam-se oportunidades para modificar o sistema vigente. Ademais, a política criminal abrange "o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal. Com efeito, o legislador, acaba por se tornar uma espécie de refém da denominada opinião midiática.

A sociedade no anseio da busca por mais justiça em decorrência da extensa crise social mundial hodierna, a qual acarreta delitos hediondos. Nesse viés, o legislador às vezes satisfaz a vontade da população, noutras da mídia ou da elite e muitas vezes dele mesmo. Esta situação torna-se ainda mais problemática, porque o processo pelo qual se estabelecem as prioridades criminais acaba sendo ditado por partidos eleitorais e o fator que influencia a vontade da população de forma determinante é a mídia com os programas sensacionalistas. Vivenciamos assim uma política criminal seletiva que tem uma consequência prática gravíssima. O estabelecimento de prioridades induz os órgãos de aplicação da lei a exaurir a sua severidade em certos crimes, geralmente os violentos, contra o patrimônio ou tráfico de drogas, cometidos por pessoas de classes populares, levando à estigmatização. Isto encoraja os mesmos órgãos de repressão à cometer ilegalidades, como por exemplo, atos de tortura, arbitrariedades e outras ilegalidades.²⁷⁶ Enquanto isso, notáveis cidadãos sangram os cofres públicos, gastam milhões com préstimos advocatícios, abrem empresas para lavar o dinheiro e terminam impunes ou nem chegam a ser descobertos por falhas no aparato repressor.

²⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; **Criminologia**. Coimbra, 1997. p. 210.

²⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en Estado Social y Democrático**. Barcelona.1994. p. 115

²⁷⁶ JONES, 2002.

Já Molina e Núñez Paz, afirmam que os três âmbitos aduzidos são pilares do sistema das ciências penais, e o segundo, que a possibilidade integradora da dogmática e da análise criminológica se assentam na política criminal como pilar básico.²⁷⁷ Os estudos da criminologia ao longo do tempo ocasionaram sua "desconstrução epistemológica"²⁷⁸ a partir da teoria do "*labelling approach*", subsistindo com sua carga contributiva social, e agora, também política. Se a criminologia positivista já poderia ser considerada como "ciência do controle social" por ter estimulado a construção de uma política criminal com base nos estudos causal-explicativos do crime, a criminologia contemporânea, por se interferir com mais assiduidade nas ciências criminais, pode receber a nomenclatura de "ciência do controle sócio-penal".²⁷⁹

No júri, nota-se que os defensores constantemente têm se concentrado nos estudos criminológicos pautados no comportamento do ofendido, quando não encontram muitas provas da inocência do acusado. Ademais, a inserção dos conceitos da Vitimologia, visando o acesso à justiça pela vítima e sua maior adequação na estrutura judiciária, faz com que aproxime o infrator da vítima, estimulando um diálogo positivo entre eles e propiciando condutas socialmente positivas.²⁸⁰ Sob esse ótica, a justiça restaurativa ou transformativa, a qual busca estabelecer o "status quo ante" através da conciliação, ressocialização, e arrependimento do infrator é vista como uma alternativa à violência e as conseqüências desastrosas do encarceramento.

Já com base na criminologia contemporânea, assinala a contribuição na execução penal, destacando que o método APAC (sigla que dá nome às unidades que adotam um método baseado na corresponsabilidade dos detentos pela sua recuperação e na assistência psiquiátrica, espiritual, psicológica e jurídica, prestada pelas comunidades onde se situam) o qual pode comportar em sua essência as teses criminológicas para sua melhor propagação. No que tange ao artigo 59 do Código Penal, o magistrado procura se preocupar mais com relação à condenação ou não do réu, manifestando-se vagamente com as expressões "nada nos autos

²⁷⁷ NÚÑEZ PAZ, Miguel Angel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 61, p. 9-43, ano 14, jul./ago. 2006.

²⁷⁸ ANDRADE, 1996, p. 284.

²⁷⁹ COPETTI, 2001

²⁸⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1997.

sobre a personalidade do réu" ou "o dolo é intenso." Aqui também, a atuação da criminologia pode auxiliar na análise da personalidade do agente.²⁸¹

A criminologia pode ainda apontar as situações jurídicas que possam se enquadrar como atividades de organizações criminosas, já que o crime organizado, até pouco tempo atrás, não tinha definição em lei brasileira, gerando entendimentos controversos. Para a aplicação da remissão e na escolha da medida sócio-educativa ao adolescente infrator, a criminologia também pode indicar subsídios de acordo com o caso concreto, de modo que o órgão acusador realize a oitiva informal do adolescente com bom senso, podendo se beneficiar dos conceitos da criminologia concernentes à delinqüência juvenil. Evidenciando a amplitude de atuação da criminologia, Newton e Valter Fernandes apresentam os ramos e atribuições da criminologia, segundo a reunião internacional da Unesco: criminologia científica, criminologia aplicada, criminologia acadêmica e criminologia analítica.²⁸²

Estas são as contribuições reunidas pelos autores que engrandecem o diálogo restabelecido entre o social, o econômico, o político e o jurídico graças à ciência da criminologia e sua prática humanista. Já a partir da apresentação da ciência da criminologia, mostra-se inquestionável a sua amplitude de fundamentos e de estudos. O cunho ramificado devido ao envolvimento com uma diversidade de ramos científicos requer do jurista uma visão mais dinâmica, cabendo a ele a convergência dos variados pontos de vista.²⁸³ Estudando as diversas patologias psíquicas, pode-se compreender os motivos que levaram o infrator a delinquir e ao melhor modo de tentar ressocializá-lo, visto que muitas vezes o tratamento psiquiátrico em uma clínica especializada terá mais eficácia que um presídio. Ademais, muitos delinqüentes precisam de uma reeducação moral-espiritual quando a família, a escola, a comunidade e o presídio não o educaram preparando-o para a vida em sociedade.

Ao tomar como base a visão de conjunto sobre o fenômeno da criminalidade amplia-se o modo de proceder perante este imbróglio. A preocupação com a criminalidade partiu da visão do humanismo até a perquirição das causas relacionadas à pessoa do delinqüente – fatores biopsicológicos, analisando todas as teorias pré-dispostas. A mudança de paradigma da criminologia foi direcionada aos fatores externos do delinqüente, e aos reflexos da atuação estatal sobre ele. A

²⁸¹ DIAS, 1997

²⁸² FERNANDES, 1995

²⁸³ ZACKSESKI, Cristina. Sistema penal, política criminal e outras políticas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 172, p. 6-8, mar. 2007.

defesa social foi defendida sob a concepção de que fossem identificáveis os potenciais transgressores, não atentando à mudança na sociedade e aos estudos evolutivos, vindo a influenciar assim, um preconceito social com relação aos submetidos ao controle formal.²⁸⁴ Corroborando este entendimento, o positivismo jurídico e a dogmática penal se instalaram firmemente, fazendo entrever os fundamentos do Estado Democrático de Direito, por vezes, paradoxalmente ao estabelecido na Lei Maior. A criminologia crítica, por abarcar o estudo da sociologia, psicologia e antropologia, transparece a atuação estatal penal em detrimento do homem, interferindo-se na política criminal e no direito repressivo.²⁸⁵

Concluindo o tópico, revela-se o terreno propício das questões criminológicas para o operador do direito, de modo a ampliar a sua visão diante dos processos, interrogatórios, oitivas, modos de execução e tratamento na seletividade do aparato repressor, no enfoque da vítima, na identificação de fatores extrínsecos - tais como a presença de um sistema mais permissivo -, na análise de indivíduos que demonstram uma maior suscetibilidade à praxe criminosa, sendo bem fertilizada por aqueles mais propensos à prática vil.²⁸⁶

5.3 PONDERAÇÕES SOBRE A TERORIA DA BROKEN WINDOWS

A Teoria do “Broken Windows” surgiu no início dos anos 80 a partir de artigo escrito pelos criminologistas James K. Wilson e George Kelling e foi posteriormente desenvolvida em diversas publicações. A doutrina chamada tolerância zero com o crime está baseada na filosofia da “broken window”, pela qual se sustenta que propriedades vandalizadas e não consertadas e condutas não-civilizadas nas ruas mandam à sociedade a mensagem de que a própria comunidade e as autoridades não se importam com o que ocorre no local, produzindo uma atmosfera que propicia a proliferação de crimes graves. Além disso, indivíduos que praticam ofensas menores e ficam impunes passam a ter a sensação geral de impunidade, o que os pode incentivar a cometer ofensas mais graves.²⁸⁷

²⁸⁴ ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia Latino-Americana**. São Paulo: RT, 2000.

²⁸⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

²⁸⁶ CIENFUEGOS SALGADO, David. **Política Criminal y Justicia Penal**. De Lazcano, 2007. p. 61

²⁸⁷ COITINHO, Jacinto. E CARVALHO, Edward. **Teoria Das Janelas Quebradas**. Florianópolis/SC, 28 Jun. 2003 Disponível em: < <http://egov.ufsc.br> > Acesso em: 5 Nov 2012

Vale citar exemplos como o de Nova York. Em julho de 1994, o prefeito de Nova York, Rudolf Giuliani, e seu chefe de polícia, William Bratton, começaram a implantar uma estratégia de policiamento baseada na manutenção da ordem, enfatizando o combate ativo e agressivo de pequenas infrações a grande maioria, quando muito, meros atos desviantes, como estudados na criminologia contra a qualidade de vida, como pichação, urinar nas ruas, beber em público, catar papel, mendicância e prostituição. A política, que ficou conhecida como "a iniciativa de qualidade-de-vida" (quality-of-life initiative).²⁸⁸ A idéia não é complexa e faz adaptação do ditado popular "quem rouba um ovo, rouba um boi." Se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem. Quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas.²⁸⁹

Tal iniciativa produziu de 40 a 85 mil (dependendo da estatística) novas prisões pelas tais infrações menores no período de 1994 a 1998. Para lembrar o frenesi punitivo, basta saber que na disputa para a Prefeitura da cidade em 1993 (David Dinkins versus Rudolf Giuliani), o tema central sobre a segurança girou em torno dos squeegeemen, aqueles "garotos perigosos" que jogam água no vidro dos carros quando estão parados, lavam-nos e, depois, pedem dinheiro. O professor Roger Hopkins Burke, do Centro de Estudos de Ordem Pública da Universidade de Leicester – Inglaterra, sustenta que as estratégias policiais para a aplicação da política de tolerância zero devem estar baseadas em três pilares: maior presença e visibilidade de policial nas ruas (demanda social existente); a polícia deve estar ciente e sensível às demandas particulares de cada segmento da comunidade (local de sua atuação), de modo que sua atividade ganhe respeito e legitimação social; as estratégias policiais serão produtivas se forem percebidas como justas pela comunidade local.²⁹⁰

Críticos da teoria argumentam que a aplicação da tolerância zero incentiva a criação de um estilo policial militarizado e traz grande opressão policial e racismo contra as populações socialmente menos favorecidas. Chamam a atenção para o fato de que ações e estratégias policiais consideradas opressivas e injustas pelas comunidades podem fazer com que certos criminosos cheguem a ser admirados e

²⁸⁸ MAUER, MARC & MEDA CHESNEY-LIND, 2002.

²⁸⁹ CARVALHO, 2003

²⁹⁰ JACOBS, JAMES B. AND KIMBERLY POTTER, 1998.

“santificados.” Crítica foi feita à teoria, também, com a afirmação de que perder tempo policial reprimindo infrações leves pode fazer com que a polícia deixe de ter tempo e pessoal para reprimir e investigar os delitos mais graves (de maior lesividade social).²⁹¹

Assim, a base de tal política é o policiamento comunitário, que vem crescendo de fiscalização ativa. Tolerância Zero, enfim, é "incarceration mania", a mudança do "welfare state" para o penal state.²⁹² É, em suma, de se fazer prevalecer a esperada ordem sobre a indesejada desordem; porquanto os desordeiros estão contra a pacificação social. As pessoas desordeiras incluem "pessoas não respeitáveis, turbulentas ou imprevisíveis: catadores de papel, bêbados, viciados, adolescentes arruaceiros, prostitutas, vadios e os perturbados mentais". São — acredite-se, se for possível — os "bêbados fedorentos" e os "pedintes inoportunos".²⁹³

5.4 APONTAMENTOS FINAIS SOBRE O SISTEMA PENAL E A POLÍTICA PUNITIVISTA

O direito penal de um Governo parte da verificação de culpa para a existência da infração e o necessário repúdio da ação indesejada pela política criminal. Isso pode ocorrer de diversas formas, conquanto podemos focar no punitivismo e no minimalismo que, por possuírem finalidades distintas, moldam alternadas respostas estatais e transformam a própria sociedade em que são inseridos. A análise crítica desenvolvida por Alessandro Baratta aos mecanismos que asseguram a efetivação dos princípios estabelecidos pelo Direito Penal: princípio de legitimidade; do bem e do mal; de culpabilidade; da finalidade ou da prevenção; da igualdade e do interesse social; que nega cada um destes princípios desmistificando a ideologia de defesa social, cristalizando, ainda mais, o processo de criminalização, ao identificar nele os "nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdades próprias da sociedade capitalista". Com mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, porém não necessariamente menos delitos. A eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social

291 COITINHO, 2003

292 GEST, TED. 2001.

293 CARDOSO, 2004

formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal.²⁹⁴

O direito repressivo máximo está relacionado às políticas criminais punitivas, assim denominadas por desvalorizarem princípios e garantias contra os arbítrios estatais. Essa política busca dar uma eficácia absoluta ao Direito Penal, sendo que a certeza que ela pretende obter reside em que nenhum culpado acabe sem punição.²⁹⁵ Fruto de uma orientação positivista, visa um controle social máximo, aumentando a imunidade a comportamentos anti-sociais. Na tentativa de reduzir a criminalidade pela atuação punitiva, esta se mostra ineficiente e ocasiona a criação de novas figuras típicas pelo legislativo, supressão de direitos e a prática de condutas maculadas para obtenção de confissões. Isto gera o aumento da criminalidade primária, ocasionando a atuação das instâncias oficiais, de maneira mais repressiva, configurando um círculo vicioso. Este autoritarismo, possui como base um penalismo substancial o qual desqualifica o princípio da legalidade adotando conceitos morais para justificar a necessidade de repressão.²⁹⁶

A maior representação do “eficientismo” na sociedade atual está no Movimento da Lei e da Ordem. Oriundo da América do Norte, na década de 70²⁹⁷, está em pleno funcionamento, com suas penas extremamente rígidas em regime fechado, aplicações desproporcionais – como a do “*three strikes and you’re out*” –, desprezo de direitos e garantias materiais e adjetivas de Direito, e utilização de práticas não-ortodoxas demonstrativas do desdém ao princípio da dignidade da pessoa humana e aplicação do direito penal do inimigo. O Direito Penal que decorre dessa política criminal é, sobretudo, simbólico, posto somente visar satisfazer a opinião midiática, ainda quando venha a reduzir ou anular direitos fundamentais dos indivíduos que compõem essa sociedade, historicamente conquistados.²⁹⁸

Exemplos da deturpação daí originada, são as táticas de pressão: torturas em interrogatórios, antes secretas e confinadas aos distritos policiais, passam a ter cunho político-governamental. A distorção é de tal amplitude que, anteriormente a esse ato, houve documento do Departamento de Justiça norte-americano, o qual tentava redefinir o conceito de tortura para algo de menor amplitude, considerando

²⁹⁴ CARDOSO, Lílian. **Lei e Ordem - "A Máscara de Ferro" que Agrava os Erros do Sistema Penal**. 12.jan 2004. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>> Acesso em: 15 Nov 2012

²⁹⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 84.

²⁹⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 35.

²⁹⁷ ALMEIDA, 2004, p. 97.

²⁹⁸ MAUER, MARC & MEDA CHESNEY-LIND, 2002

apenas os atos que infligirem "dor difícil de ser suportada", ou seja, seria aquela "equivalente à dor que acompanha um ferimento grave, como a falência de órgão, prejuízo de funções corporais ou mesmo a morte".²⁹⁹

Em que pese o instinto selvagem do homem que faz com que todo ser humano possa ser um homicida em potencial dependendo das circunstâncias, a violência Estatal é uma das várias distorções que podem ser causadas caso se esqueça que a criminalidade não é algo ontológico; mas algo criado e que guarda uma relação com as políticas públicas do Governo. Estudos comprovam que a busca insana pela punição não diminuiu os índices de delinquência nos EUA em comparação com outros países. Notadamente, o pior foi o aumento do número de reclusos no país, porquanto, em uma fração de tempo de pouco mais de 20 anos, o número de prisioneiros sentenciados quase quadruplicou (vislumbre-se que, somente em 1996, 12 milhões de pessoas adentraram em prisões e cadeias norte-americanas)³⁰⁰, ocupando os EUA, atualmente, uma posição de grande destaque em número de pessoas envolvidas com o sistema legal e o alto custo destinado. Apesar de todas as políticas engajadas, a criminalidade não diminuiu – LOTKE traz à tona esse contraste, quando afirma que "a taxa de encarceramento dos EUA é bem superior aos padrões internacionais, mas a taxa de criminalidade é similar".³⁰¹

Noutro giro, o "garantismo" situa-se como uma política de direito penal mínimo, partindo do pressuposto de que o Direito Penal não pode servir de panacéia - remédio para todos os males da sociedade -, devendo, por conseguinte, ser reservado para as hipóteses não solucionáveis por outros ramos do direito.³⁰² Oriundo das contribuições da Criminologia Crítica, visa, além da transformação social necessária para diminuir os problemas da criminalização, o uso de substitutos penais. Os seus dois principais elementos, que se contrapõem aos do Eficientismo Penal e do próprio positivismo jurídico, são: convencionalismo penal – aplicação do princípio da legalidade em seu caráter formal e empiricamente comportamento culpável do autor; cognição processual ou princípio da jurisdicionariedade, em que há a verificação das hipóteses acusatórias com comprovações fáticas -, apenas

299 CHINELLI; VITURINO, 2004, p. 54-59.

³⁰⁰ BOYDELL & CONNIDIS, 1995

³⁰¹ LOTKE, Eric. A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 24, tradução Ana Sofia Schmidt de Oliveira, p. 39-50.

³⁰² ALMEIDA, 2004, p. 46.

sendo convalidadas as acusações se forem apoiadas em provas, indícios plausíveis.³⁰³

O direito penal mínimo é condicionado e limitado ao máximo, eis que, utilizando-se racionalmente de seu substrato teórico, toda a discricionariedade é voltada para a exclusão de qualquer intervenção penal que não seja movida por argumentos cognitivos seguros. A certeza que ele aspira não está na punição de todas as condutas criminosas, algo impossível (caso se considere a cifra negra da criminalidade)³⁰⁴, mas na punição dos delitos em que se tenha comprovada a culpabilidade do agente. Nesse diapasão, possui algumas medidas que devem ser adotadas positivamente³⁰⁵, como a descriminalização de ações insignificantes ou não reprováveis, viabilizando a aplicação de penas alternativas.

De outro modo, o movimento de "Lei e ordem", altamente punitivista, preconiza um maior número de leis incriminadoras com o escopo de reduzir a criminalidade e intensificar a utilização do Sistema Repressivo. Como resultado dos veementes discursos, predomina a adoção da política criminal radical - hard control - , do recrudescimento das penas, da supressão de garantias, do endurecimento da execução e da tipificação inflacionária de novas condutas desviantes. Esquecendo que a pena privativa de liberdade objetiva a recuperação do infrator e não somente mantê-lo à margem da sociedade, afastando-o do convívio social.³⁰⁶ A ideologia da "law and order", não rechaça o crime, não garante uma ordem social justa, mas produz efeitos contrários à ressocialização, objetivados com as intervenções punitivas, porquanto elas estigmatizam aqueles que são a elas submetidos e contribuem para a consolidação de carreiras criminais através do etiquetamento.

Querer combater a delinquência somente com o Direito Penal é querer eliminar a infecção com analgésico: os micróbios continuam se desenvolvendo no organismo agravando o quadro da enfermidade. Por mais que se demonstre que o Sistema Penal (quando não conjugado com políticas públicas sociais preventivas), é incapaz de cumprir as suas finalidades de prevenção e ressocialização, a voz daqueles que clamam por mais punição, pela implementação do movimento de "Lei e Ordem", têm cada vez mais ressonância.³⁰⁷

³⁰³ FERRAJOLI, 2002, p. 31-32.

³⁰⁴ ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 67-68.

³⁰⁵ ALMEIDA, 2004

³⁰⁶ JACOBS, JAMES B. and KIMBERLY POTTER., 1998

³⁰⁷ CARDOSO, 2004

Enfim, é imperioso investir na prevenção primária, que ataca a raiz do problema, despontando a inelutável necessidade de o Estado, de forma célere, implantar os direitos sociais (saúde física e mental, educação, trabalho, previdência equânime, moradia e qualidade de vida) progressiva; juntamente com uma conscientização moral-espiritual coletiva, atribuindo a fatores exógenos a etiologia delitiva, em que pese sejam instrumentos preventivos de médio e longo prazo. Quantos aos modelos de reação ao crime, é preciso focar no modelo dissuasório do direito penal clássico, no qual a repressão ocorre por meio da punição ao agente criminoso, mostrando a todos que o crime não compensa e gera um castigo exemplar, seja para políticos, empresários, banqueiros, ladrões, traficantes, corruptos, elitizados ou marginalizados. Ademais, ainda acredita-se na eficácia do modelo ressocializador, o qual intervém na vida e pessoa do infrator, não apenas lhe aplicando uma punição, mas também lhe possibilitando a reinserção social. Aqui a participação da criminologia e da sociedade é relevante para a ressocialização do detento, prevenindo a ocorrência de estigmas e dando uma chance para que o infrator se arrependa e se reedueque antes que ocorra o chamado etiquetamento.³⁰⁸

Por conseguinte, enquanto a Polícia Militar prende pequenos traficantes, usuários de drogas e malfadados ladrões fazendo um trabalho de “enxugar gelo” ou “tapar o sol com peneira”, os verdadeiros algozes do povo brasileiro - infiltrados nos Poderes Executivo e Legislativo - que sugam os cofres públicos com ardilosos esquemas de corrupção, lavagem de capitais e outros delitos contra administração pública, sistema financeiro, dentre outros contra a ordem tributária e administração da justiça, não são enfrentados com a devida velocidade, atenção e determinação dos agentes atuantes no sistema penal responsáveis pela persecução criminal, os quais não conseguem recuperar o erário usurpado nem extirpar os maus gestores da administração pública.

³⁰⁸ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo. Saraiva, 2012.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida no presente trabalho abarca uma análise multidisciplinar, sobre a criminalidade envolvendo todo o contexto fático-jurídico, sob a perspectiva de diferentes áreas do direito, da criminologia, sociologia, antropologia, história, psicologia forense dentre outras. Protelar a resolução do imbróglio criminal, ou acreditar que a solução passa exclusivamente pela justiça, só contribui para o descrédito das instituições. Já aceitar que o problema é derivado exclusivamente da dinâmica excludente da economia capitalista, e que nada pode ser feito até que outra forma de organização da produção e distribuição de riquezas seja implantada no Brasil, só contribui para a aceitação passiva das políticas de um “*welfare state*” mínimo e repressão máxima.

É imperioso reconhecer os limites do Estado para garantir o monopólio da violência legítima. O desenvolvimento da criminalidade organizada (incluindo drogas e armas) coloca em questão a possibilidade de garantia da ordem pública. A falência da capacidade de resposta do sistema penal, vítima de uma evidente sobrecarga e a ilegitimidade daí decorrente - porquanto não desempenhada de maneira satisfatória as funções preventivas -, tem levado os chamados movimentos de lei e ordem a pedirem sempre mais do mesmo, ou seja, se o remédio não funciona, vamos aumentar a dosagem. Em virtude dos clamores por mais segurança, propõe-se, doravante, o combate à impunidade e à anomia; o aumento de penas como dispositivo de contenção; a supressão de garantias em nome da eficiência; a busca de alternativas como a segurança privada, que minam ainda mais a capacidade de uma resposta democrática, pois para defender o recrudescimento da persecução penal, são esquecidas conquistas históricas e pilares fundamentais de uma sociedade democrática. Ademais, a defesa dos direitos humanos passa a ser, enganadamente, tachada como a “defesa de bandidos”.

Insta salientar que, em uma sociedade desigual, injusta, egoísta e individualista em que as relações não são pautadas pelo princípio da isonomia, mas por apadrinhamentos e favoritismos, o criminoso é visto sempre como o “outro”, aquele que não está ao abrigo da lei, e deve ser submetido à violência estatal. Por isso, não há maior preocupação com os abusos de autoridade cometidos pela Polícia Militar, cujas funções foram sempre vinculadas ao controle das “classes perigosas”, e não às garantias fundamentais da maioria. Nesta esteira, o sistema

prisional é uma diabólica escola do crime em um verdadeiro inferno, que não choca a maioria, porquanto é exatamente isso o que se espera: a expiação dos condenados, a punição do corpo e da alma dos depositários das mazelas sociais.

Partindo do cotejo analítico supramencionado, verifica-se que a desordem é fonte da delinquência e deve ser rigorosamente combatida. No entanto, o que se convencionou chamar de "Direito Penal Mínimo" peca ao considerar como dignos de proteção pela norma apenas ações que configurem atos de violência grave, atuando apenas repressivamente. A "broken windows theory" e a "operação tolerância zero" são muito mais políticas de prevenção, do que propriamente política repressiva. Com efeito, não se deve supervalorizar os direitos individuais em prejuízo aos direitos da maioria de levar uma vida dentro de mínimos padrões de ordem. Assim, políticas públicas elaboradas em parceria por prefeituras, agências policiais e associações não-governamentais, têm apostado em mecanismos de redução das oportunidades para a "vida bandida", priorizando a prevenção. Programas de redução do consumo de álcool e de drogas, trazem resultados efetivos na redução da violência e da criminalidade de uma forma geral.

Verificou-se que as propostas têm sido direcionadas para alguns pontos: diminuição da idade de imputabilidade penal, aumentar a pena máxima para 50 anos; acabar com as figuras do concurso de crimes e do crime continuado, obrigar os presos ao trabalho em obras públicas; fim do foro privilegiado, diminuição no número de recursos para rechaçar a morosidade, execução da condenação com a decisão de 2º grau de jurisdição, penhora dos bens dos corruptos após a sentença condenatória de 1º grau; obrigar que as propostas dos candidatos sejam registradas em cartório, e, no caso de não cumprimento o político se torne inelegível; tornar os graves delitos que envolvem verbas públicas hediondos, inafiançáveis, insuscetíveis de liberdade provisória, anistia ou indulto, e, para os mais revoltados, a alteração da Carta Magna para permitir a adoção da prisão perpétua e da pena de morte, etc. Verifica-se uma preocupação vinculada à idéia de que os crimes acontecem em virtude da impunidade ou porque as penas são brandas.

Estudos têm mostrado que a prevenção geral possui um efeito muito pequeno. É preciso atentar para o fato de que a punição é um recurso extremo para situações não solucionáveis de outra forma pelo ordenamento jurídico, pois a ação punitiva é um recurso último, a ser utilizado com a força suficiente para servir de resposta contra o crime, mas atentando para a moderação necessária para garantir

civilidade da atuação Estatal. Não se pode olvidar que o sistema possui distorções que devem ser corrigidas e um evidente exemplo é a dissociação entre o que a lei prevê e a realidade do regime aberto. Sob esse prisma, assevera-se que há uma sensação de impunidade corrente entre aqueles que cometem crimes - junte-se a isso a pressão sobre a juventude no sentido de que o crime é a solução mais rápida para a demanda/consumo capitalista e tem-se um quadro propício para a vida bandida.

É necessário mais lucidez e menos emoção nos debates: a solução deve ser encarada como um desafio para longo prazo, sendo que as medidas imediatas, destinadas a amenizar os problemas, não podem impedir a evolução do sistema. No que tange às políticas públicas, trata-se de: aumentar o policiamento ostensivo, postos comunitários e o contingente; criar mecanismos eficientes de fiscalização para prevenir a corrupção; repensar a legislação e a reestruturação do sistema executivo. Adentrando na seara das políticas públicas de caráter social, seria oportuno criar comissões comunitárias de discussão para os problemas locais; desenvolver programas educativos voltados para jovens, aproveitando-se os colégios como meios integrativos; repensar os parâmetros da educação familiar, através de campanhas engajadas para reestruturar o papel das escolas, etc. Todavia, essa pauta não assegura soluções, como nenhuma medida isolada garantiria; mas tais medidas, poderiam inverter o atual panorama, racionalizando sistema. A política de controle rigoroso sobre o armamento, viabilizada pelo Estatuto, é salutar fator de redução das oportunidades para contendas fatais, e já traz bons resultados, diminuído o número de internações por ferimentos causados por armas. A derrota da proibição à comercialização de armas no referendo não impede que se dê prioridade ao controle sobre o porte ilegal de armamentos.

No tocante à segurança pública, os especialistas ressaltam: a melhor preparação das polícias para atuar democraticamente é uma exigência impreterível que tem sido incorporada pelos Planos Nacionais de Segurança. As experiências de policiamento comunitário, a criação de uma base curricular policial unificada, incorporando os direitos humanos; as técnicas de mediação de conflitos, o investimento em inteligência para atuar contra o crime organizado e o combate à corrupção, são questões incorporadas à agenda dos gestores que devem ser cobradas e fiscalizadas por todos.

Quanto funcionamento da justiça penal, as altas taxas de impunidade, a morosidade da justiça, as condições de superlotação do sistema prisional, ainda exigem um enfrentamento mais efetivo que deve ter como ponto de partida a crítica à expansão punitiva. Juntamente com o garantismo e a preocupação permanente com os direitos do indivíduo frente ao poder punitivo, é preciso investir nas novas possibilidades de tratamento do delito como a criação dos Juizados Especializados. A ampliação do espaço de mediação no interior destes, pautada na perspectiva de Justiça Restaurativa, incorporando profissionais de outras áreas e rompendo com a burocracia, quando concretizada, tem trazido resultados salutareos.

No que tange às políticas “anti-encarceramento”, para que sejam efetivas, devem, inexoravelmente, ser acompanhadas de mecanismos para a aplicação e o controle das alternativas ao cárcere, podendo ter como referência o trabalho desenvolvido pelo Setor Psicossocial da Vara de Execução de Porto Alegre - pioneiro na constituição de uma rede de acompanhamento dos prestadores de serviço à comunidade. Aliadas a políticas de redução dos danos causados pelo cárcere, apostando na melhoria das condições carcerárias e nas políticas de acolhimento ao reeducando, permitem vislumbrar uma ressocialização adequada.

Noutro giro, alguns juristas defendem que utilizar a pena privativa de liberdade para indivíduos que não apresentam uma ameaça concreta à sociedade, além de ser punição desarrazoada, é uma dura punição para o contribuinte, porquanto se mantém na prisão um infrator que não é perigoso, a um custo altíssimo. Advogam que, além de pagarmos caro para manter o preso, esses homens e mulheres que cometem pequenos delitos estão se transformando em pessoas piores, e, quando extramuros, provavelmente se envolverão em empreitadas mais graves. Asseveram que é uma política equivocada, que aposta no recrudescimento da legislação e tem depositado nas celas um número de prisioneiros muito superior àquele que o Sistema suporta, pois isto significa mais gente na cadeia, por mais tempo, e o aumento de encarceramento não está diminuindo as taxas de criminalidade.

Já para os criminosos do colarinho branco, a pena privativa de liberdade realmente é a melhor escolha para punir tais infratores, pois ocorrerá um grande abalo social em sua imagem quando estiver realmente “atrás das grades”, momento em que terá tempo para refletir sobre as conseqüências de sua prática delitativa. É a idéia norte-americana da pena curta de prisão, a qual tem mais eficácia do que a pena de multa

nos delitos econômicos. As penas pecuniárias não são óbices para tais criminosos, pois sempre terão condições de saldarem-nas; já nas privativas de liberdade, eles deverão pagá-las com o próprio corpo, estando sujeito a todas as formas de humilhações do cárcere, o que, se não reeducá-lo moralmente, pelo menos permitirá que seja feita uma reflexão sobre os efeitos de sua atitude anti-social.

Defende-se o recrudescimento das penas e das multas para esses criminosos que, na maioria das vezes, tudo tinham para viver bem melhor que a maioria sob o império da lei, mas a ganância e o egoísmo fizeram que escolhessem o crime para enriquecerem ilicitamente, privando milhões do mínimo necessário para garantir a dignidade da pessoa humana, visto que o dinheiro movimentado ilicitamente no mercado financeiro, a lavagem de capitais e a lesão ao erário causada pela corrupção nas instituições, impedem a implementação de políticas para diminuir a desigualdade social e a construção de escolas e presídios mais eficientes, o que contribuiria para a prevenção da criminalidade de uma forma geral. Ou seja, garantias constitucionais e processuais conjugadas com as brechas da lei; as “rapozas” dos tribunais e a cultura do jeitinho brasileiro juntamente com a impunidade; o apadrinhamento e os favoritismos; a desigualdade odiosa; a morosidade da justiça; o sistema político e penal, não podem servir de manto protetor para aqueles que cometem graves delitos econômicos, muitas vezes fazem parte da política e do Governo, privando milhões que dependem da estrutura fornecida pelo Estado, das mínimas condições para uma vida digna.

Para sustentar o encarceramento dos criminosos que cometem crimes econômicos, empresarias e no meio político, especialistas verificaram que para estes delinquentes, dispensáveis são as preocupações com a sua reeducação moral-espiritual, uma vez que são pessoas já inseridas na sociedade e muitas vezes detentoras de importantes cargos públicos, educadas e com ocupações lícitas na maioria dos casos. Outros, em razão da dificuldade da dogmática jurídico penal em construir tipos criminais adequados, e da dificuldade de produção probatória, sobretudo nos crimes em grandes corporações e do fracasso da ressocialização em virtude dos elevados índices de reincidência, defendem a pena de prisão como mera retribuição, independente da culpa ou, em função de uma simples censura objetiva do fato, ao estilo da doutrina dos “just deserts”. No que tange à multa como alternativa de pena a ser aplicada, especialmente em relação à criminalidade econômica, é imperioso atentar não apenas o dano social, mas também a vantagem

obtida, a fim de que a sanção pecuniária a ser aplicada seja minimamente eficaz quanto a sua capacidade de inibir a prática delitiva.

Algumas alternativas à prisão parecem ter melhor atendido às finalidades da pena, tanto em relação à criminalidade comum no que tange aos “*White-collar crime*”. São as penas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade e multas. Algumas construções teóricas em torno da responsabilização penal da pessoa jurídica têm apontado as vantagens de uma nova dogmática que, sem desprezar a responsabilidade do indivíduo, pune a empresa ou corporação sob o argumento de que, nas empresas ou nas corporações, o papel do indivíduo perde relevo ante os anseios empresariais.

Diante do exposto, a criminalidade só poderá ser prevenida de forma eficiente através de investimentos sociais consideráveis para reduzir a desigualdade social, estimular a geração de empregos e propiciar crédito fácil para o desenvolvimento de pequenos negócios; estimular programas educacionais e de lazer que mantenham os jovens longe das drogas e das oportunidades da bandidagem, além de ações que reforcem o engajamento de todos no embate. Um país com uma população imensa de pobres e excluídos sociais, precisa investir em educação de qualidade, saúde física e mental, moradia digna, saneamento básico e geração de empregos. Programas emergenciais de renda mínima, bolsa-escola, capacitação profissional e facilitação do crédito para a população menos abastada precisam ser estimulados.

Só um maciço esforço de resgatar a dívida social o mais rápido possível, aliado a uma revisão do nosso modelo tanto preventivo quanto de execução penal - pautada pela reeducação e inserção no mercado de trabalho dos egressos -, incluído um combate à corrupção nas instituições que garanta a eficiência na fiscalização das verbas públicas e ressarcimento rápido ao erário; a moralização política no país conjugada com investimentos em educação para a conscientização dos eleitores; uma divisão mais equânime da carga tributária que diminua ainda mais as disparidades sociais e salariais; uma divisão mais justa do Produto Interno Bruto e dos lucros capitais dos 5% mais ricos e das grandes corporações do país, nos permitirá vislumbrar um país menos injusto e violento.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da insignificância no direito penal. **Revista jurisprudencial do tribunal de alçada criminal de São Paulo**. SP. 1988.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O princípio da insignificância e a tutela de bens jurídicos difusos. 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>> Acesso em: 31 out. 2012.

AIETA, Vânia Siciliano et al. **A indução e a analogia no campo do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 9, Fascículo 4. Coimbra: Coimbra, out./dez. 1999.

ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris, v.13, n.13. September. 2000

ALMEIDA, Gervan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALVES, Cléber. Acesso à justiça, estado de direito e consolidação democrática na América Latina: o papel da defensoria pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALVES, Francisco de Assis. **Supremacia dos princípios constitucionais fundamentais**: princípios fundamentais constitucionais. São Paulo: Lex, 2005.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais - da legalidade à culpabilidade**. IBCCRIM. N.º 24

ANDRADE, Luiz Antônio Botelho; SILVA, Edson Pereira da. O que é vida? **Ciência Hoje**. vol. 32, n. 191, mar. 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. abr./jun. 1996.

_____. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. **Criminologia de la liberación**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987.

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 15 out 2012.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. Paris: Dalloz, 1997.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. 5. ed. Madrid, Rubí Artes Gráficas, 1984

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. A teoria criminológica do *labelling approach*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, 8, ago. 2007.

ARENDR, Hannah. **Da violência**. Tradução Maria Drummond. Disponível em: <www.4shared.com>. Acesso em: 13 maio 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, José Alfredo Oliveira de. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BETTIOL, Guiseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona, Bosch, 1976

BOYDELL, C., & CONNIDIS, I. **A social systems approach to criminal justice research**. In N. Larsen. Toronto: Canadian Scholars Press. 1995

BIANCHINI, Alice. **A concepção minimalista do direito penal**. Disponível em: <<http://www.direitocriminal.com.br>>. Acesso em: 3 mar. 2007.

_____. **Lei de Drogas Comentada**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Os grandes movimentos de política criminal na atualidade**: movimento lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo.

_____. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia e ortotanásia**. Teresina. 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br>> Acesso em: 11 set. 2012.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Decisão 45, 187, 253. In: ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Decisão 39, 1, 57. In: ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 14. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELBERT, Carlos Alberto. **La Criminología del siglo XXI en América Latina**, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1999

CALIXTO, Domingos Sávio. **Elementos para uma teoria da vulnerabilidade**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 13 nov. 2010. Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp | Rede LFG

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

Cf. v.g., STF, HC nº 83.191/DF; HC nº 81.641/RS; HC nº 82.324/SP. STJ, REsp. nº 735.881; REsp. nº 512.254; RHC nº 15.422.

CHAVES, Maria Claudia. Os embriões como destinatários de direitos fundamentais. Teresina, 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

CHINELLI, Ana Paula; VITURINO, Robson. Dedo na ferida. **Revista Superinteressante**, São Paulo, v. 208, seção especial, 22 dez. 2004.

COELHO, Edihermes Marques. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CONY, Carlos Heitor. **A Justiça será feita**. Publicado na Folha de São Paulo. Disponível em: <http://direitoecultura.blogspot.com/2007/05/justia-ser-feita.html>. Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG

CREDENDIO, Jose Ernesto. **PAC da segurança não freia homicídios**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br> Folha de São Paulo, 25 jul 2010. Cotidiano. Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp - IPAN - REDE LFG.

COELHO, Milton Schmitt. Eutanásia: uma análise de princípios éticos. Teresina, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 10. nov. 2012.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

COPETTI, André (Org.). **Criminalidade moderna e reformas penais**: estudos em homenagem ao prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CUELLO CONTRERAS, Joaquin. **El derecho penal español**: curso de iniciação. 2. ed. Madrid: Civitas, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

David CIENFUEGOS SALGADO, **Política Criminal y Justicia Penal**, Elsa G. De Lazcano, 2007

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Fins da pena criminal**: repressão ou prevenção? Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2013.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisões provisórias e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIP, Ricardo. **Crime e castigo**. Campinas: Millenium, 2002.

Direito penal: **o princípio da insignificância no STF**. Disponível em: www.jus2.uol.com.br. Acesso em: 2.5.2012. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. São Paulo: Forense, 2004.

ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia Latino-Americana**. São Paulo: LTr, 2000.

Entrevistas. Disponível em: www.observatoriodeseguranca.org. Material da 3ª aula da **Disciplina Política Criminal**, ministrada no Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp - IPAN - REDE LFG

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria do garantismo penal. Tradução Perfecto Andrés Ibanéz et al. Madri: Trotta, 1995.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Leis penais especiais e a sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: RT

FREITAS, Jayme Walmer. **Visão abreviada da Lei 9.099/95**. Disponível em: <<http://www.jusvi.com>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

GAUER, Gabriel J. Chittó & GAUER, Ruth M. Chitó (Orgs.) **A Fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Luiz Flavio. Brasil: duas décadas de populismo penal. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG

_____. **A mídia acredita no populismo penal**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 29 out. 2012.

_____. **Cultura punitivista contribui para o aumento da violência**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 9 dez. 2012.

_____. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais: volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Nova lei de drogas: retroatividade ou irretroatividade? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1235, 18 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 2 ago. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Gest, Ted. **Crime and Politics: Big Government's Erratic Campaign for Law and Order** (New York: Oxford University Press, 2001)

GUZ, MANOELLA. **Bem jurídico penal difuso e coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010

GUIMARÃES, Issac Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e definições**. Curitiba: Juruá, 2000.

HASSEMER, Winfried. **¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?**. La Teoría del Bien Jurídico. Hefendehl (Org). Madrid: Marcial Pons, 2007

HOLTHER, Leo Van. **Direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

HIKAL, Wael, **Introducción al estudio de la criminología**, 2ª ed., Porrúa, México, 2011.

_____. “Criminología **Espacial. Las conductas antisociales y delincuenciales fuera de la Tierra, Derecho y cambio social**, núm. 25, año VIII, Perú, 2011.

HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal**. Conversações abolicionistas. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernot de. **Penas perdidas: sistema penal em questão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luan, 1981.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**. RJ: Revista Forense, 1955.

IPEA analisa pobreza e miséria por regiões e estados. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 25 jan2013.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Tradução Joaquin Contreras e Jose Luis Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. Sobre a teoria da pena. In: LOPES, Maurício (Org.). **Estudos de direito penal**. Barueri: Manole, 2003.

JACOBS, JAMES B. AND KIMBERLY POTTER. **Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics** (New York: Oxford University Press, 1998).

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

J. BRAITHWAITE, V. BRAITHWAITE, M. COOKSON & L. DUNN. **Anomie and Violence: Non-truth and Reconciliation in Indonesian Peacebuilding**. 2010

JONES, M. ‘Repeat Victimisation: Crime Prevention and Detection’, British Journal of Criminology. 2002

KRÜGER, Jürgen. **Hirnforschung und Willensfreiheit**, in: Inhalt PM, Nr. 420, 2004

LAROUSSE. **Grande Dicionário Larousse Cultural de Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão: Tomo I**. Tradução José Higino. Campinas: Russel, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei n. 9.099/95 - juizados especiais criminais e da jurisprudência atual.** 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Aury. **A Instrumentalidade Garantista Do Processo Penal.** Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>> Acesso em: 02 Nov 2012

_____. **fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade constitucional.** Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG

LOTKE, Eric. A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 24, tradução Ana Oliveira,

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** Campinas: Millennium, 1999.

MARTINS, Juliana Nogueira Galvão. Análise crítica sobre a tipicidade conglobante à luz da teoria de Eugênio Raul Zafaroni e José Henrique Pierangeli. Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- Uniderp |REDE LFG

MARTY, Delmas Mireille. **Droit pénal des affaires.** 1990.

MATTOS, Virgílio de. **Esquerda punitiva, punição e opção ideológica.** Disponível em: <<http://carlosmagalhaes.com.br>> Acesso em: 17 abr. 2012.

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

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no direito penal. **Princípios penais constitucionais.** Salvador:, 2007.

MENDES, Carlos Alberto Pires. O princípio da insignificância e a ínfima quantidade de entorpecente. **Justicia & Poder**, n. 3, 1998

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático.** Barcelona: Ariel, 1994.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal, Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón,**1997

_____. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2006, p. 27.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal parte geral.**S.P. Atlas, 2004

MOLINA, Antonio García-Pablos de; **Direito penal.** São Paulo: RT, 2007.

MAUER, MARC & MEDA CHESNEY-LIND, **Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment**. New York, NY: The New Press, 2002

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY, Déa Carla Pereira. **Opiniões científicas sobre a pena**. Disponível em: <<http://www.fesmip.org.br>>. Acesso em: 9 nov. 2012.

NINA, Daniel. problemas epistemológicos de la criminologia de fin de siglo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo jan./mar. 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo de execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Leis Penais Especiais Comentadas**. SP: Revista dos Tribunais, 2009

NÚÑEZ PAZ, Miguel Angel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. 14, jul./ago. 2006.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PARMA, Carlos. **Reexaminando el derecho penal**. Disponível em: <www.4shared.com>. Acesso em: 15 maio 2012.

PASSETTI, Edson. A atualidade do direito penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo. Saraiva, 2012

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. SP. RT, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Erros freqüentes na aplicação da pena. Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG.

_____. **Funções do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.

RAMÍREZ, Juan Bustos; LARRAURI, Elena. **La imputación objetiva**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

RANGEL DINAMARCO, Candido. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo, Malheiros, 1990.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**. Tradução: Gerônimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: Júlio César Faria Editor, 2001

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **“Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”**. 1984,

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1999.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal** (Tradução de Luis Greco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002

_____. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Filosofia da práxis**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar Crimes – the uncut version**, New York: Vail-Ballou Press, 1983

SANTOS, Alberto dos. **Criminalidade**: causas e soluções. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo**. São Paulo: RT, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. São Paulo: Forense, 1981.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Livre-arbítrio e culpabilidade novamente em questão**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 199, junho 2009. Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp | REDE LFG

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e juizado especial criminal**. São Paulo: Atlas, 1997.

SULOCKI, Victoria-Amália de. **Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança**. Rio de Janeiro, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIRGOLINI, Júlio E. S. **Punto de inflexión en la teoría criminológica**”, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales,abr.-sep./1989,

_____ e GARCIA LOREA, Carlos A. **“La ley penal tributaria”**, **Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales**, año 13, ns. 49 a 52, 1990,

VON FEUERBACH, Anselm. Tratado de Derecho Penal. Tradução: Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeir. Buenos Aires: Hammurabi, 1989

WHEELER, Stanton; MANN, Kenneth e SARAT, **Austin. Sitting in Judgment – the sentencing of White-Collar Criminals**, Yale University Press, 1988.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. **O novo sistema jurídico-penal** (Trad.Luiz Regis Prado). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WILLASCHEK, Markus. **Die freie Wille – Eine Tatsache des praktischen Leben**, in: Forschung Frankfurt 04/2005

WEISBURD, David; CHAYET, Ellen F. E WARING, Elin J. **“White-Collar Crime and Criminal Careers: Some Preliminary Findings”**. 3, July 1990,

ZACKSESKI, Cristina. Sistema penal, política criminal e outras políticas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 172, p. 6-8, mar. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La creciente legislación penal y lós discursos de emergencia**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Porto Alegre, 22 de julho de 2013.