



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO PROFISSIONAL EM SEGURANÇA PÚBLICA,**  
**JUSTIÇA E CIDADANIA**

**ALMIR PEREIRA DE JESUS**

**DESCRIMINALIZAÇÃO DE DELITOS PATRIMONIAIS NÃO**  
**VIOLENTOS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA E RACIONAL À LUZ**  
**DA TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Salvador  
2015

**ALMIR PEREIRA DE JESUS**

**DESCRIMINALIZAÇÃO DE DELITOS PATRIMONIAIS NÃO  
VIOLENTOS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA E RACIONAL À LUZ  
DA TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Segurança Pública.

Orientador: Prof. Dr. Júlio Cesar de Sá da Rocha.

Salvador  
2015

J58 Jesus, Almir Pereira de.

Descriminalização de delitos patrimoniais não violentos: uma abordagem crítica e racional à luz da teoria do direito penal mínimo / por Almir Pereira de Jesus. – 2015.

58 f.

Orientador: Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

1. Segurança pública. 2. Descriminalização. 3. Crime contra o patrimônio.

I. Universidade Federal da Bahia

**ALMIR PEREIRA DE JESUS**

**DESCRIMINALIZAÇÃO DE DELITOS PATRIMONIAIS NÃO  
VIOLENTOS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA E RACIONAL À LUZ  
DA TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 18 de dezembro de 2014.

**Banca Examinadora**

**Julio Cesar de Sá da Rocha — Orientador** \_\_\_\_\_

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP,  
São Paulo, Brasil.  
Universidade Federal da Bahia

**Elmir Duclerc Ramalho Júnior** \_\_\_\_\_

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá,  
Bahia, Brasil.  
Universidade Federal da Bahia

**Ivone Freire Costa** \_\_\_\_\_

Doutora em Sociologia Econômica e das Organizações pela Universidade Técnica de Lisboa,  
Lisboa, Portugal.  
Universidade Federal da Bahia

Este trabalho dedico a meus filhos – todos – especialmente a João Guilherme Pereira de Jesus, meu caçula, objeto constante das minhas preces e pleitos ao Supremo Criador no sentido de que possa, em futuro que almejo ser breve, poder expressar verbalizando, em alto e em bom som, de forma compreensível a todos, com força e jovialidade próprias de sua tenra idade, todos os seus desejos e aspirações de criança.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por minha vida, pela vida dos meus familiares, dos meus filhos e amigos. Sem a certeza de que Deus está presente em todas as coisas nada seria possível.

Agradeço a minha esposa Jaqueline pelo incentivo constante a continuar e perseverar na busca da conclusão deste Mestrado.

Agradeço a tantos quantos me incentivaram a melhorar e a me aperfeiçoar na carreira que abracei.

Agradeço, por fim e em especial, ao meu pai, Alberto Pereira, por ser um exemplo de caráter e de honestidade em o qual busquei me inspirar para poder nortear o meu procedimento e dar um sentido digno à minha vida pessoal e profissional.

JESUS, Almir Pereira de. **Descriminalização de delitos patrimoniais não violentos**: uma abordagem crítica e racional à luz da teoria do direito penal mínimo. 58 f.: il. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

## RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a descriminalização de delitos patrimoniais praticados sem violência, tendo como alicerce a imprescindibilidade do Direito Penal como ultima ratio assentado nas máximas garantias constitucionais. Em seguida, investigar os princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da ofensividade, da insignificância, da legalidade e dos direitos humanos para assegurar o conceito prático do Estado Democrático de Direito em todas as suas diretrizes. Este recorte para pesquisa visa indagar sobre a possibilidade de diminuição da intervenção do Direito Penal como contributo a uma política eficiente de segurança pública.

**Palavras-chave:** Crimes patrimoniais não violentos. Descriminalização. Segurança Pública.

JESUS, Almir Pereira de. **Decriminalization of Non-violent crimes involving heritages: a critical and rational approach in the light of the minimum criminal law theory.** 58 f.: il. 2015. Dissertation (Master) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2014.

### **ABSTRACT**

This paper intends to analyze the decriminalization of non-violent crimes involving heritage and it has as basis the indispensability of the criminal law as *ultima ratio* confirmed on the highest constitutional guarantees. Mainly on the human being dignity, minimal intervention, offensiveness, insignificance, legality and the human right principles to ensure the practical concept of the democratic State governed by the rule of law in all its guidelines. This first task for a research intends to inquire about the possibility of decrease of the criminal law intervention as a contribution for an efficient public security policy.

**Keywords:** Non-violent crimes involving heritages. Decriminalization. Public security.



## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Figura 1** – Gráfico da evolução da população carcerária de 1990 a 2012.....19
- Figura 2** – Gráfico da evolução da população nacional de 1990 a 2012.....20
- Figura 3** – Gráfico da evolução da população nacional de presos provisórios e condenados de 1990 a 2012.....20
- Figura 4** – Gráfico comparativo acerca da incidência dos crimes na população nacional.....21

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art.	Artigo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPB	Código Penal Brasileiro
Depen	Departamento Penitenciário Nacional
DMF/CNJ	Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas
Fig.	Figura
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 POLÍTICA CARCERÁRIA E SISTEMA PENITENCIÁRIO</b> .....	13
2.1 A CULTURA DO APRISIONAMENTO .....	13
2.2 O DILEMA DA “GARRAFA DAS MOSCAS” .....	15
2.3 A ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE OS PRESOS PROVISÓRIOS E CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO .....	17
2.4 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL.....	19
2.5 O PAPEL DA MÍDIA NA ELABORAÇÃO DAS LEIS PENAIS.....	23
<b>3 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS</b> .....	27
3.1 OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL.....	27
3.2 LEI E ORDEM: BROKEN WINDOWS THEORY E TOLERÂNCIA ZERO.....	28
3.3 ABOLICIONISMO.....	32
3.4 MINIMALISMO PENAL.....	34
3.5 GARANTISMO.....	37
<b>4 DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS</b> .....	39
4.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	39
4.2 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL.....	40
4.3 TIPICIDADE CONGLOBANTE.....	42
4.4 POR QUE DESCRIMINALIZAR CONDUTAS TÍPICAS DE ALGUNS CRIMES PATRIMONIAIS.....	43
4.5 O ALCANCE DA DESCRIMINALIZAÇÃO: QUAIS TIPOS PENAS DESCRIMINALIZAR PREVISTOS NO TÍTULO DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO?.....	46
4.6 O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES PATRIMONIAIS NÃO VIOLENTOS NO SETOR DA SEGURANÇA PÚBLICA .....	47
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	51
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	53
APÊNDICE A – Projeto de Lei de iniciativa popular: descriminalização de tipos penais crimes patrimoniais não violentos.....	57

# 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o meio de controle social que, de forma mais invasiva, interfere na vida em sociedade, haja vista sua restrição à liberdade individual através do controle punitivo estatal que, por sua vez, há que observar certos limites, sob pena de inadequação ao Estado social e Democrático de Direito.

A tutela penal, nessa linha, não deve alcançar todos os bens jurídicos, mas aqueles que se apresentem fundamentais ao livre desenvolvimento humano. Porém, nota-se uma tendência expansionista do Direito Penal, devido ao uso indiscriminado de instrumentos punitivos como resposta meramente simbólica aos conflitos sociais.

De acordo com o penalista português Jorge de Figueiredo Dias (1983), o legislador, seduzido pelo uso do aparato das sanções criminais para os mais diversos fins de política social, deu ênfase ao fenômeno intitulado hipercriminalização.

Verifica-se, então, a real necessidade de revisão e reversão dos sistemas penais atuais, a fim de que não se torne o Direito Penal simbólico e contradizente com o Direito Penal Moderno, garantista e humanitário, e, como tal, ter a sua subsidiariedade relevada para curvar-se à validade da lei e não a sua vigência.

Exsurge a necessidade de estudar acerca das iniciativas descriminalizantes existentes, visando expurgar os tipos penais com pouca ou nenhuma significância penal, a exemplo de alguns crimes patrimoniais que não acarretem lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos claramente definidos e merecedores de proteção, ou, ainda que acarretem, possam ser contidos por outros meios extrapenais.

Atualmente questionam-se os resultados das ações do setor da segurança pública, por conta do alto índice de criminalidade e violência no país, fortalecendo a necessidade de novas formas de pensar acerca deste fenômeno visando uma gestão política voltada para a segurança na sociedade, tornando-a mais eficiente.

Nesse contexto, objetiva-se no presente trabalho, fundando-se em princípios, na política criminal, na tutela do bem jurídico material e anseios da população, analisar acerca da possibilidade de descriminalização de alguns tipos penais descritos no Título dos Crimes Contra o Patrimônio, com enfoque nos delitos praticados sem violência ou grave ameaça.

Busca-se, dessa forma, prestigiar a dignidade da pessoa humana que se estende a todos sem distinção, bem como ao caráter subsidiário do Direito Penal, e, por derradeiro, poderá promover uma seleção das demandas de fato relevantes construídas pela própria sociedade,

otimizando o seu atendimento na área da Segurança Pública e dos operadores do direito, para que mantenham a sua preocupação e foco em crimes que verdadeiramente assolam a sociedade.

Assim, para atender ao objetivo proposto, inicia-se o presente trabalho científico com a análise do sistema penitenciário como um todo, destringindo acerca da cultura do aprisionamento, suas consequências e as fragilidades do sistema penal, demonstrando dados da população carcerária através de gráficos e estatísticos contextualizando com o papel da mídia na elaboração das leis severas e formação de uma cultura punitivista.

Em seguida, serão avaliados os aspectos políticos e filosóficos fundamentais que condicionaram o processo histórico dos movimentos de política criminal existentes e dos princípios atinentes ao Minimalismo, com significativo consenso doutrinário.

Por derradeiro, com o auxílio das discussões apresentadas no curso da presente investigação, busca-se a construção de um modelo que se mostre idôneo a representar, sem pretensão de esgotamento do tema, um núcleo de argumentos comuns articulados pelos princípios minimalistas que desencadeiam na possibilidade de descriminalização de alguns delitos patrimoniais não violentos à luz da teoria do direito penal mínimo como contributo a uma política eficiente de segurança pública, não abarcando outros tipos penais previstos na legislação.

## 2 POLÍTICA CARCERÁRIA E SISTEMA PENITENCIÁRIO

### 2.1 A CULTURA DO APRISIONAMENTO

Etimologicamente (a + pris(ão) + ar), aprisionar quer dizer fazer com que (alguém) fique preso; prender (alguém), colocar (alguém) em cárcere; encarcerar (alguém). Significa, destarte, tornar (alguém) cativo ou fazer com que fique preso, prender, aprisionar um bandido, colocar em cárcere, encarcerar, possuindo como sinônimos apresar, capturar, encarcerar e enclausurar<sup>1</sup>.

Uma política criminal fincada tão somente no aprisionamento, sem a possibilidade de aplicação de penas alternativas à reclusão, além de ineficaz e sem perspectiva plena de recuperação dos internos, acarreta consequências criminógenas deletérias, revelando-se a principal delas no momento em que o aprisionamento consolida o *status* de delinqüente do agente do delito, obrigando-o, sem lhe dar alternativas, a assumir, em caráter definitivo, uma carreira criminosa dentro do ambiente carcerário. Isto nada mais é do que o avesso da ressocialização.

García-Pablos de Molina (2002) destaca que a prisão acaba por potencializar e eternizar a desviação, além de firmar o *status* de delinqüente, gerando estereótipos e etiologias que supostamente pretende-se evitar, culminando em um círculo vicioso.

Não se pretende afirmar que a prisão é um mal a ser eliminado. Longe disso. A prisão, para a grande maioria dos crimes – notadamente aqueles cometidos com violência ou grave ameaça – continua sendo necessária ao controle da violência e da criminalidade, tanto sim por ser perceptível que as polícias efetuam, rotineiramente, uma diversidade de prisões a partir das quais o Órgão do Ministério Público, cumprindo sua função institucional, denuncia e, conseqüentemente, deflagra, todos os dias, centenas de ações penais sendo que, na maioria delas, pugna pela manutenção do agente na prisão que tem sido mantida pelos Juízes ou tem decretado as prisões preventivas requeridas.

Estas unidades prisionais, por sua vez, devem apresentar um quadro funcional qualificado e comprometido com as reais transformações nas políticas de Segurança Pública a fim de demonstrar que os direitos humanos não são regalias aos reclusos, mas parte do processo de recuperação de vidas. As Unidades Prisionais devem ser espaços onde o interno cumpra sua pena com dignidade e respeito de forma a prestar serviços à sociedade. As penas

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/aprisionar>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

aplicadas sobre os delitos que o indivíduo praticou não podem, de maneira alguma, representar uma vingança da vítima sobre o culpado.

Relevante pontuar, de outra banda, que prender em demasia influencia – e bastante – a formação de carreiras criminosas, com evidentes prejuízos para a sociedade. O aprisionamento desmedido e desvairado faz com que o agente, com o tempo, assuma uma nova imagem de si mesmo, reenquadrando-se e aceitando-se, de forma definitiva, como criminoso ou delinqüente.

Afora isso, o aprisionamento imoderado ou desmedido contribui, decisivamente, para incrementar o problema da superlotação das cadeias e presídios que, por sua vez se desdobra em deterioração das unidades prisionais, em falhas e fissuras na gestão do sistema carcerário e na quase inexistência de assistência, moral, jurídica e de saúde (física e mental) do custodiado.

É, portanto, falacioso o argumento utilizado por alguns setores da sociedade de que o sistema é ineficaz ou que fomenta a impunidade. Pelo contrário, o sistema já deu bastante mostra de que é eficaz, desde que se represente legítimo e cumpra a real função da pena. O fato de a criminalidade aumentar não é uma deficiência ou falência, mas sim a política criminal baseada no aprisionamento, como se perceberá a seguir.

A Carta Política Pátria, em diversos de seus textos normativos, enfatiza que a prisão do indivíduo é exceção, sinalizando, de forma clara e indubidosa, que o cerceamento ou restrição que se opuser ao sagrado direito de livre locomoção do indivíduo, dentro do território nacional, em tempos de paz, somente pode ocorrer em situações de flagrante delito – casos em que a prisão deixa de ser exceção para ser uma obrigação do Estado - ou, excepcionalmente por ordem escrita (e fundamentada) de um Juiz de Direito, nas situações em que o suposto agente do delito não possa livrar-se solto, quer em razão da afiançabilidade do suposto delito, quer pela não concorrência dos motivos determinantes da prisão cautelar, quer por razões de política criminal.

A Constituição da República Federativa do Brasil contempla, portanto, um sistema de garantias fundamentais objetivando proteger os direitos fundamentais do indivíduo, estabelecendo uma área de indisponibilidade no que tange a decisões de política criminal, imposto a que o direito penal deva observar e cumprir tais garantias.

Da leitura do art. 5º do referido texto constitucional alude-se a liberdade como postulado fundamental do Estado Democrático de Direito. O que se nota, na prática, no entanto, é uma torrencial produção de leis penais impulsionadas, por vezes, pelo clamor popular como se a violência fosse resolvida pelo uso indiscriminado do direito penal.

Em nome de uma proposta de segurança pública leis penais arbitrárias e supressoras de garantias fundamentais legitimam o uso desmedido da força estatal por conta desse medo social. Em nome de uma segurança social, enfim, legitimam-se práticas que ofendem direitos fundamentais. Assim, ainda que o texto da Constituição da República de 1988 tenha objetivado estabelecer um direito penal e um processo penal garantista, o que se percebe é o descompasso entre o direito constitucional e o direito penal.

Na prática, o que se vê na rotina forense é o avesso: Juízes investidos de jurisdição criminal quando se defrontam com situações de flagrância delitiva, olvidam dos mandamentos constitucionais e elegem, ilegal e arbitrariamente, a prisão cautelar como regra quando o correto seria considerar a prisão cautelar a *extrema ratio*, daí advém, em grande parte, a problemática das superlotações dos presídios e das cadeias em nosso país, sobre a qual será tratada adiante neste trabalho.

O certo é que a sanha do aprisionamento, ainda presente em parte considerável dos Juízes Criminais atuantes no país gerou um problema sem solução: o nascimento de verdadeiras organizações criminosas que atuam de dentro do sistema prisional.

Há Juízes – e não são poucos – que, para dar vazão a seu desejo de aprisionar pessoas, sequer fundamentam suas decisões, contrariando o princípio fundamental pelo qual é nula a decisão carente de fundamentação. Leva tempo a correção ou desfazimento dos efeitos desses atos imotivados e quando isso ocorre, os efeitos malévolos do encarceramento indevido já se produziram no indivíduo. Tais efeitos, não raras vezes, são irreversíveis.

## 2.2 O DILEMA DA “GARRAFA DAS MOSCAS”

O Prof. Álvaro Pena Pires (1999, p. 50) escreveu certa feita:

Construímos, em matéria penal, uma verdadeira *garrafa para moscas*. Essas garrafas foram utilizadas para fazer certas experiências e serviram para elucidar de alguma maneira como reagimos, do ponto de vista do conhecimento, em algumas circunstâncias. Tais garrafas tinham uma larga abertura em forma de funil, dando a aparência de segurança às moscas que se aventuravam no gargalo sempre mais estreito do recipiente. Uma vez no bojo da garrafa, a única maneira de a mosca poder sair era servir-se do mesmo conduto estreito pelo qual entrara. Porém, vista de dentro, ele lhe parecia ainda mais estreito e perigoso do que o espaço no qual ela se encontrava prisioneira. Então ela procurava a saída onde esta não estava, no caso, no espaço aparentemente mais aberto e mais seguro do fundo da garrafa e acabava por morrer na garrafa, mesmo que a saída não estivesse arrolhada.

Prossegue o eminente mestre afirmando que:



Seria necessário, em tal situação, convencer a mosca de que a única solução para seu dilema era, de fato, aquela que parecia a menos apropriada e a mais perigosa: era preciso retomar o caminho inverso, aventurar-se no gargalo estreito da garrafa para reconquistar sua liberdade. Porém o que aconteceria com nossa esperança de nos libertarmos se todas as soluções que imaginamos sempre levam a mesma coisa? Uma das heranças da modernidade – que se tornou contraproducente hoje – é exatamente esta *garrafa das moscas* em matéria jurídica. O direito é representado aqui de uma maneira dicotômica: um direito civil voltado para o mundo privado e doméstico ou para interesses privado em litígio e um direito criminal voltado para o mundo privado público e os interesses da coletividade, com exclusão dos interesses das partes. O primeiro é imaginativo, flexível e criador: escuta a queixosa, aceita a negociação e a mediação entre as partes, partilha o meu e o seu buscando a justiça e a equidade, pode impor reparações e invoca prescrições de diversos tipos. O segundo é primo pobre da família: mal equipado e limitado do ponto de vista das decisões possíveis para resolver os conflitos, foi atribuída a ele a simples função de distribuir o mal e de pagar na mesma moeda. Insatisfeitos com este papel, debatemo-nos no fundo da garrafa para fazer outra coisa, mas cada vez que nos voltamos para o gargalo da garrafa para sair, voltamos rapidamente para o fundo e recomeçamos a imaginar soluções que reforçam muito mais as paredes dessa garrafa que nos sufoca. Eis o paradoxo.

Metaforicamente, é assim que a sociedade se encontra: dentro da garrafa das moscas, existe uma saída, mas não se sabe, ou aparenta não saber, pois sempre que se pensa em adotar alguma medida para aplacar a violência e a criminalidade – cada vez mais crescentes – ao invés de buscar a saída pelo gargalo da garrafa – descriminalização de certos tipos penais, restrição no uso da prisão preventiva, ampliação das medidas alternativas, abolição da limitação quantitativa da pena (mínimo e máximo), aplicação do direito penal mínimo, aplicação do princípio da insignificância etc, opta-se, sempre, pela comodidade da prisão (ou punição com pena restritiva da liberdade) sem olvidar as conseqüências nefastas que sempre acompanham o encarceramento e o confinamento de pessoas em ambientes não raras as vezes degradantes e, por esta razão, desumanos.

Basta apontar que o Ministério da Justiça estuda, há mais de 10 anos, mudanças na forma de responsabilização de agentes de determinados crimes contra o patrimônio, objetivando minimizar o atual rigor penal àqueles crimes em que não haja violência ou grave ameaça a pessoas, como o são, por exemplo, os crimes de furto e estelionato, intencionando introduzir o perdão para tais crimes, com o propósito de extinguir, pelo perdão judicial, a punibilidade do agente.

A medida, caso fosse concretizada, já seria de grande avanço e repercussão social e criminal. A sua implementação esbarra no temor reverencial que os governos tem da reação popular. Melhor saída, para o governante, que os juristas debatam sobre maioria penal aos 16 (dezesseis) anos, aumento da quantidade de pena para todos os crimes, restrição dos direitos e garantias fundamentais etc. Em suma: melhor é ficar na comodidade do fundo da garrafa.

Eis o dilema.

### 2.3 A ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE OS PRESOS PROVISÓRIOS E CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Devido a essa cultura deveras punitivista inserta na sociedade brasileira, acusados e condenados nos crimes ditos de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles praticados sem violência ou grave ameaça contra a pessoa continuam a compor parcela significativa do sistema prisional brasileiro, convivendo diariamente com traficantes, homicidas, estupradores e latrocidias, em prisões superlotadas e desumanas, ambiente este que só contribui para que se familiarizem e aperfeiçoem no universo da criminalidade.

E ainda quando retornam ao convívio em sociedade, nas páginas policiais dos jornais são frequentes as notícias destes indivíduos que são levados para execuções primárias e, quando os corpos são encontrados, verifica-se a existência dos registros ou passagens em Delegacia, como se estas pessoas devessem ser eliminadas.

Acerca do assunto, destaca Ivone Freire Costa (2005, p. 88) em sua obra:

Os grupos de extermínio consideram natural eliminar os que classificam como marginais, reincidentes, ou aqueles ferreteados de *pé de chinelo, nóia*, enfim, os que sujam a barra de determinados lugares, como aqueles que praticam pequenos furtos, arrombam casas residenciais e comerciais, e ainda vendem ou consomem craque. Esses tipos não se intimidam com a ação policial, são pertinazes, obstinados e dão trabalho à Polícia, afastam clientes do comércio e abusam da sorte. Diante de tantos incômodos, o que lhes resta é a eliminação, quando possível, o desaparecimento definitivo.

Em entrevista ao juiz Edmar Fernando Mendonça<sup>2</sup>, lotado na 2ª Vara de Execuções Penais do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, datada de 7 de agosto de 2014, ao ser indagado acerca de algumas das soluções para a superlotação do sistema carcerário brasileiro, dentre estas a melhor utilização das penas alternativas, avaliou:

Concordo em parte com essa opinião. Primeiro porque a legislação ainda tem um rol de condutas típicas que podem ser diminuídas, para que algumas delas sejam punidas com sanções administrativas ou, ainda, com alternativas penais. Contudo, para reduzir a superlotação carcerária, o ideal é que se disseminem as Varas ou Centrais de prisão em flagrante, a fim de ser adotado o mais rápido possível o Pacto de San Jose da Costa Rica em nosso País. Com isso, o preso em flagrante será ouvido de imediato pelo juiz em audiência de custódia, e, com o conhecimento do fato, das provas e do preso, para facilitar a necessidade de manter a prisão ou soltar o preso, evitando, assim, a sua entrada indevida no sistema carcerário. Isso seria uma revolução, pois permitiria uma gestão carcerária, com planejamento de curto, médio e longo prazo, a fim de reduzir os custos, retomar para o Estado o domínio da segurança interna e garantir as ações de reintegração social.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29261-aspectos-legais-das-penas-alternativas-serao-debatidos-em-forum-nacional>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

Acresce afirmando o mencionado Magistrado<sup>3</sup>:

Urge redefinir os crimes contra o patrimônio, os delitos de fraude e o tráfico de drogas, por exemplo, pois existem muitas situações em que a prisão é desnecessária. Creio que em algum tempo será possível pensar que um preso de bom comportamento e conduta carcerária, no curso da execução penal, possa obter a modificação da sua pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, após uma revisão criteriosa do juízo da execução. Seria uma espécie de “gatilho” e não parte do sistema progressivo de regime. Esta pode ser uma opção bem inteligente para aquela situação em que a pessoa praticou um único delito de gravidade média, foi preso, solto para responder em liberdade o processo e, anos depois, é julgado e condenado exatamente quando a sua vida mudou, está toda organizada: estudou, empregou-se, constituiu família e agora lhe bate à porta uma ordem de prisão. Geralmente, isso ocorre nos crimes patrimoniais. É um desarranjo, um trauma doloroso para a família e para a sociedade. Precisa ser revista essa situação.

O juiz Douglas Martins, coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, ao aludir acerca do crescimento populacional carcerário, afirma que o aumento no número de prisões está atrelado ao anseio da sociedade, por acreditarem que com mais prisões as ruas estarão seguras. Prossegue assinalando<sup>4</sup>:

A sociedade encara a segurança pública como uma soma de dois fatores: mais policiais nas ruas e mais presos nas cadeias. Só que não é assim. A sociedade deseja que as pessoas presas estejam nas piores condições possíveis e não cobram um sistema mais humanizado. Os governantes não dão atenção a essas pessoas e terceirizam as penitenciárias para as facções, e aqueles que estão presos por crimes de menor potencial acabam virando soldados das facções.

Nesse contexto os apenados são, em regra, lançados aos cárceres sem qualquer critério de classificação, em razão da visível deficiência de vagas disponíveis no sistema prisional. Prosseguem mantidos na ociosidade não obstante terem assegurados o direito ao trabalho, a receber estudo, educação e tantos outros, em total contrariedade aos preceitos de um tratamento digno e humano.

Com a real constatação de que a pena de prisão se torna incapaz de devolver o condenado ao convívio social considerado normal e reabilitado, sob o manto da lei e da moral, a sua ressocialização torna-se utópica.

Conquanto um dos problemas que mais aflijam a sociedade brasileira atual seja qual providência a ser tomada com relação àquela pessoa que agiu de forma ilícita, o ideal seria

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29261-aspectos-legais-das-penas-alternativas-serao-debatidos-em-forum-nacional>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-07-03/sistema-prisional-brasileiro-tem-quase-240-mil-pessoas-alem-da-capacidade.html>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

que a forma através da qual o infrator é punido apresente-se eficaz, a pena ser justa e o objetivo alcançado, isto é, a recuperação do condenado após o cumprimento da sanção imposta.

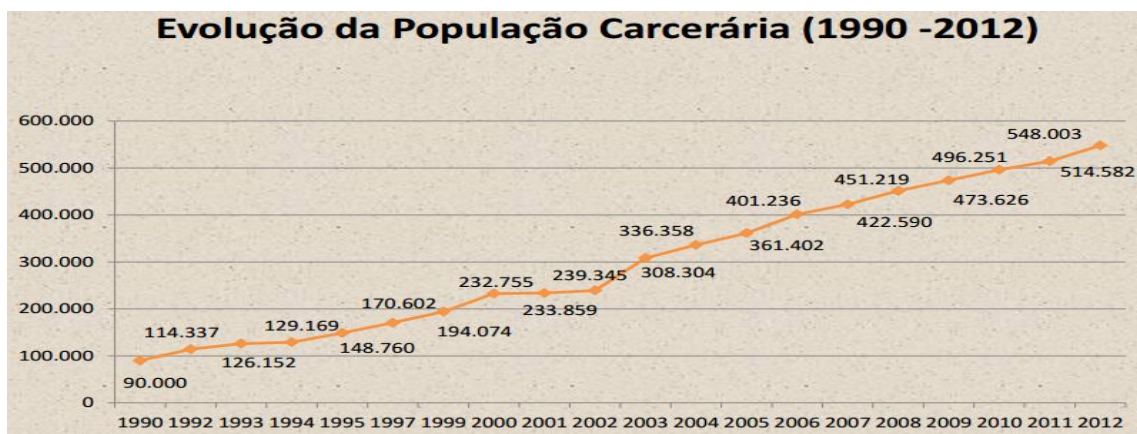
Porém o que se vê no Brasil são instituições penitenciárias conhecidas como verdadeiras faculdades para o crime que em nada contribuem com a redução da criminalidade, com aplicação de penas equivocadas e que não cumprem o seu papel. A partir dessa realidade, surge a necessidade de reanálise do sistema punitivo brasileiro visando o indivíduo que pratica o crime considerando de menor potencial ofensivo e a desnecessidade da custódia em razão da possibilidade de medidas alternativas à prisão.

#### 2.4 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

Segundo levantamento feito pelo Instituto Avante Brasil<sup>5</sup>, com dados fornecidos pelo InfoPen Estatística, do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população carcerária cresceu nos últimos 23 anos em 508%, e em 77% nos últimos 10 anos, sendo que, nesse mesmo período, a população nacional cresceu em 31%.

No ano de 2012, a taxa de presos foi de 283 por cem mil habitantes, considerando uma população de 193.946.886 habitantes estimada pelo IBGE para o ano de 2012, isto é, o crescimento da população carcerária foi muito maior, pois, ao passo que a população cresceu 1/3, a população carcerária mais que sextuplicou, como demonstram os gráficos abaixo (Fig. 1 e 2):

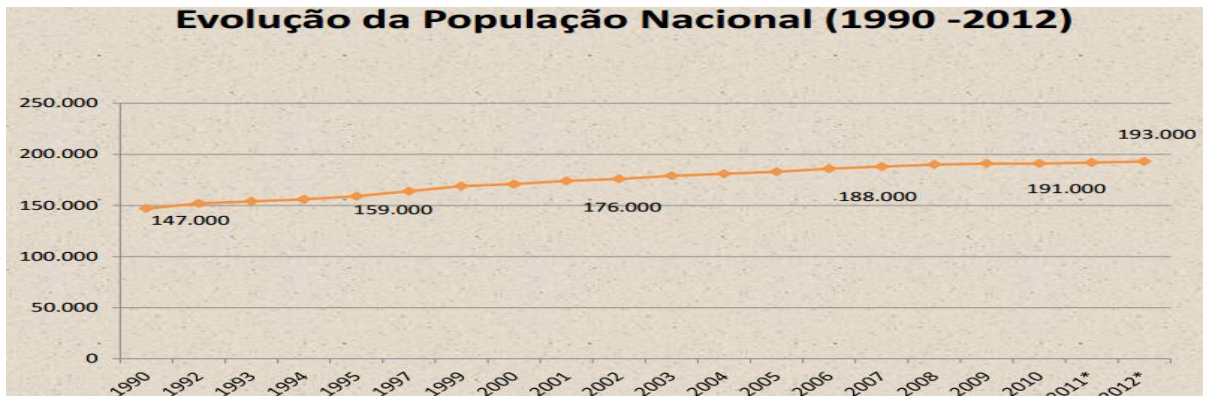
**Figura 1** – Gráfico da evolução da população carcerária de 1990 a 2012



Fonte: Depen.

<sup>5</sup> Disponível em: <www.amazonaws.com/staticsp.atualidadesdodireito.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2014.

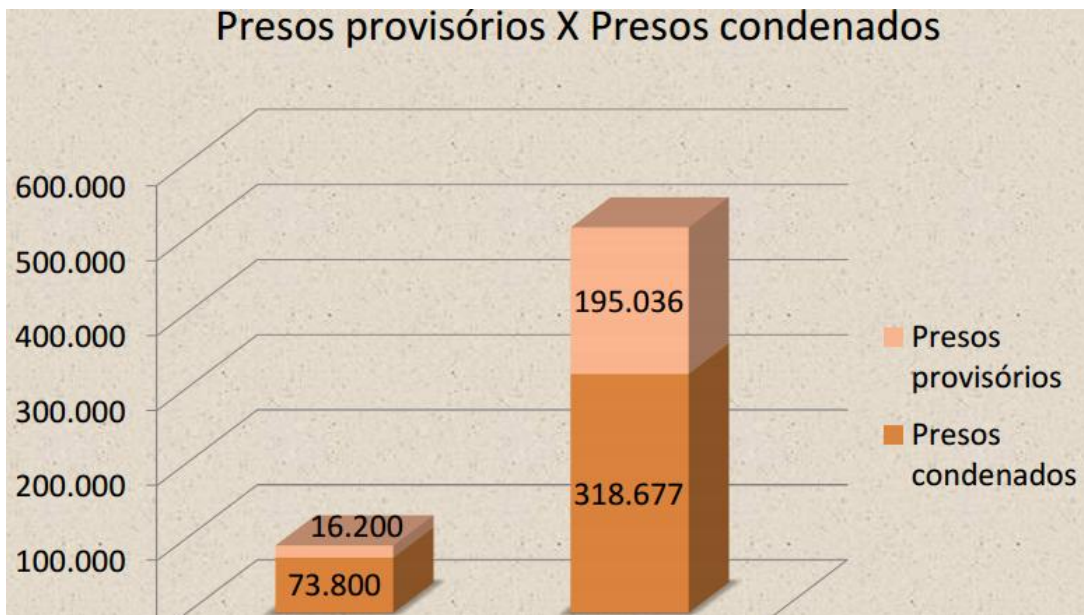
**Figura 2** – Gráfico da evolução da população nacional de 1990 a 2012



Fonte: Depen.

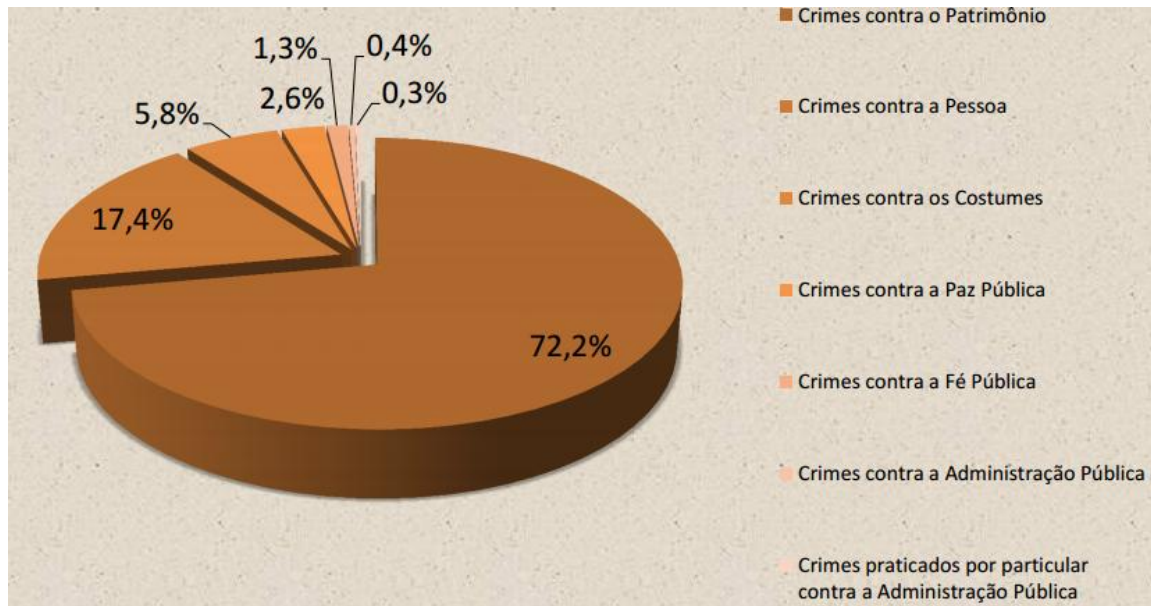
Ainda de acordo com dados fornecidos pelo Instituto Avante, com o auxílio dos órgãos supracitados, do ano de 1990 até 2012 o número de presos provisórios cresceu em 12 vezes, enquanto o de presos condenados aumentou em 4 vezes, de acordo com os gráficos a seguir (Fig. 3 e 4):

**Figura 3** – Gráfico da evolução da população nacional de presos provisórios e condenados de 1990 a 2012



Fonte: IBGE

**Figura 4** – Gráfico comparativo acerca da incidência dos crimes na população nacional



Fonte: Depen.

Com base nesses dados, constata-se que no Brasil aproximadamente duzentos mil presos são provisórios, sendo grande parte dessa parcela correspondente aos agentes de crimes contra o patrimônio não violentos.

Em 5 de junho de 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou dados sobre nova população carcerária<sup>6</sup>, informando que é de 711.463 presos, levando em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Para realizar o levantamento mais atual, o CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados e do Distrito Federal.

Assegurou o supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ), Conselheiro Guilherme Calmon que até então a questão carcerária era discutida em dados que precisavam ser revistos, pois se desconsiderava a quantidade de pessoas em prisão domiciliar no cálculo da população carcerária.

Complementou ainda o coordenador do DMF/CNJ, juiz Douglas Martins, ainda nesta entrevista, que a porcentagem de presos provisórios ocasionava uma visão distorcida em alguns estados acerca do trabalho dos Juízes Criminais e da Execução Penal, pois, enquanto estes Magistrados, garantistas, concediam prisões domiciliares objetivando a preservação de

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

direitos humanos, o percentual de acusados presos cautelarmente aumentavam no estado.

Com as novas estatísticas, o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres. O novo número também muda o déficit atual de vagas no sistema, que é de 206 mil, segundo os dados mais recentes do CNJ. Continua afirmando o conselheiro Guilherme Calmon<sup>7</sup>:

Considerando as prisões domiciliares, o déficit passa para 354 mil vagas. Se contarmos o número de mandados de prisão em aberto, de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão – 373.991 –, a nossa população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas.

O maior de todos os problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro claramente se refere à questão da superlotação, ao que se observa é um problema que não apresenta uma solução imediata e um dos fatores que se apresenta como causador é o descumprimento dos direitos do preso que são disciplinados pela Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execuções Penais.

Destaque-se a observação apresentada por Sandra Carvalho (2003, p. 26):

A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira é elogiada em todo o mundo, e representa um dos maiores avanços jurídicos de nossa história. O grande desafio das entidades da sociedade civil que atuam nesta área, sempre foi o de reduzir a distância entre o arcabouço legal e o panorama real do sistema penitenciário.

Outro ponto que contribui significativamente para o fator da superlotação é quanto à questão dos presos que já cumpriram sua pena, e não são postos em liberdade, bem como o grande número de presos provisórios que estão nos presídios juntamente com os sentenciados, e, dentre aqueles, os que estão presos em decorrência da prática de crimes patrimoniais não violentos.

A reincidência também colabora no aumento da superlotação, provocada principalmente pela ociosidade dos presos, já que em boa parte dos presídios brasileiros a grande maioria dos encarcerados não trabalham nem estudam, assim ao cumprir sua pena e ser colocado em liberdade, o cidadão está sem nenhuma qualificação profissional, sem estudos, e ainda com o estigma de ex-presidiário, logo retornará ao mundo do crime, por não ter recebido no cárcere a prestação obrigacional do Estado de lhe proporcionar estudo e trabalho.

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

Há que se observar que o problema da superlotação é o maior mal que afeta o sistema carcerário brasileiro, e as autoridades tanto governamentais ou judiciárias não tem atentado para soluções que revertam tal quadro. Assim, na tentativa de acabar com a superlotação devem ser realizadas ações em harmonia com as políticas criminal e penitenciária.

A política criminal estudada em tópicos futuros, pauta-se em evitar o aumento da criminalidade realizando ações junto à sociedade buscando coibir o interesse pelo mundo do crime. A descriminalização dos crimes ditos patrimoniais não violentos, por sua vez, contribuirá de forma significativa não apenas para a superlotação das cadeias, mas também para estancar o recrutamento de novos agentes frente às organizações criminosas criadas dentro dos próprios presídios brasileiros.

## 2.5 O PAPEL DA MÍDIA NA ELABORAÇÃO DAS LEIS PENAIS

Não obstante o reconhecimento do papel positivo da mídia na sociedade, globalizando informações, difundindo e esclarecendo os fatos para a população e incentivando-a a agir da maneira correta, é incontestável o seu poder e influência como formadora de opiniões no cenário do país e, especificamente, do estado.

Uma parte do jornalismo representado pelos veículos televisivos, jornais impressos, emissoras de rádio, dentre outros, canhoneia de forma intimidadora as notícias, aproveitando-se dos horários de pico para falsearem a sua verdadeira intenção, transformando-se em uma pseudo defensora da sociedade, conduzindo massas e ditando regramentos.

Os meios de comunicação, então, acabam sendo, para a grande maioria, os únicos meios que transmitem a realidade social local, nacional e internacional, formando a opinião pública e franqueando a informação de forma tendenciosa, havendo nítida carga valorativa na seleção das notícias e preferências das matérias transmitidas ao público, estereotipando certas situações, gerando enfoques e comportamentos perante fatos veiculados.

Neste turno a Mídia, e é aí que reside a preocupação, transmutou-se numa espécie de “legisladora penal”, transmitindo fatos delituosos corriqueiros e, principalmente, os célebres através dos meios de comunicação acabando por provocar no cenário nacional imediatas alterações na lei penal, muitas leis, inclusive, criadas e intituladas com os nomes das próprias vítimas, em sua grande maioria precipitadas, desastrosas e totalmente fora do contexto da política criminal.

A título exemplificativo cite-se os casos Doka Street e Ângela Diniz, Carolina Dieckmann, Daniela Perez, Roberto Medina, a Chacina de Diadema, o assassinato de Liana



Friendbach e Felipe Caffé, a morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, Maria da Penha, além das irrupções criminosas dos presos midiáticos Beira-Mar e Marcola, evidenciam como a pressão da mídia faz com que os legisladores modifiquem ligeiramente a lei penal.

O fato é que, mesmo sem qualquer legitimidade, a Mídia exerce poderes que extrapolam a ordem constitucional, ao manipular a massa selecionando noticiários e transmitindo informações, muitas das quais julgam e condenam sumariamente indivíduos, impondo um comportamento social supra constitucional.

Quando se trata de limites relacionados à intimidade, à vida privada, à honra e às garantias constitucionais, estas são diariamente desrespeitadas, embora não só a Constituição Federal como leis ordinárias já tragam há muito limites à atividade dos meios de comunicação.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) estabelece com um dos direitos dispensados ao preso condenado a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, instituindo, no artigo 198, ser defeso ao integrante dos órgãos de execução penal e ao servidor a divulgação de ocorrência perturbadora da segurança e disciplina dos estabelecimentos penais, e a exposição do preso, durante o cumprimento da reprimenda, a inconveniente notoriedade.

A referida lei federal é violada rotineiramente em rede local e nacional pela Mídia que ridiculariza cotidianamente os indivíduos encarcerados numa verdadeira diversão, em flagrante atentado à dignidade humana.

A verdade é que os meios de comunicação mais acessíveis produzem estereótipos de fatos e de crimes. As campanhas reproduzidas pelos próprios indivíduos que transmitem a informação sempre atribuem a falha do aparelho estatal às leis que julgam serem benevolentes aos intitulados bandidos, que tem em seu favor uma Constituição que lhes garante direitos humanos, utilizando-se dos jargões bastante disseminados da “impunidade total”, da “polícia que prende e o juiz que solta”, dos “menores de idade que cometem atos infracionais e saem graças ao Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Salienta a autora Ivone Freire Costa (2005, p. 91):

A cultura da violência estabelece códigos extremamente cruéis. Se a própria vítima, seus familiares e amigos sofrem com a violência que os atinge diretamente, a vizinhança e mesmo a opinião pública mais geral vão se sentir mais aliviadas e tratam de justificar a dura sentença, argumentando que *marginal tem que morrer mesmo*. Essa forma disseminada de pensar e de sentir, ainda que desesperada, traumática, opera como reforço do campo de impunidade que encobre, não investiga e, mercê disso, estimula o extermínio a título de justiça e seus executores como justiceiros.

Ao expressar suas próprias opiniões durante os procedimentos criminais, a Mídia acaba transmudando estas opiniões em verdadeiras sentenças penais condenatórias antes mesmo de o indivíduo ser denunciado pelo Órgão Acusatório, que se tornam perante a sociedade irrecorríveis e admitem os fatos como consumados pela proliferação de precoces informações, distorcendo a realidade do mundo do crime.

Ao telespectador apenas são franqueados aqueles delitos os quais interessam à Mídia, sendo os demais tipos penais completamente esquecidos, por não servirem de interesse aos detentores dos grupos de comunicação ou ainda que vão de encontro aos seus interesses pessoais. Fábio Martins Andrade (2007, p. 104), com base em pesquisa realizada pelo ILANUD expõe:

[...] parte-se da hipótese de que também o crime é apresentado pela televisão de forma parcial e distorcida, enfatizando determinadas modalidades desse comportamento em detrimento de outras; apresentando os autores bem como suas vítimas, ora como heróis, ora como vilões; dando maior destaque ao momento da descoberta do crime do que à sua explicação, sobrevalorizando a gravidade do ocorrido mesmo quando, na prática o no contexto onde ocorre, tal gravidade se dilui (ILANUD. Revista do ILANUD nº 13: Crime e TV. São Paulo: ILANUD, 2001.) (...) No entanto, a mídia seleciona, sintetiza, reformula, os acontecimentos em função das regras de mercado, da ideologia e das rotinas de trabalho que lhe são próprias (Ibidem), p. 12). Exemplificando os pesquisadores destacam que, em 1998, a Associação Nacional de Televisão à Cabo, tornou pública uma pesquisa levada a cabo ao longo de 3 anos em que se verificou 1) 40% do personagens maus não são punidos e 2) 40% dos personagens violentos são dados como positivos. Esse levantamento se baseou em 10.000 horas de programação das 6h00 às 23h00. Ele demonstrou que os programas violentos totalizaram 61% do total e, mais ainda, comprovou que houve um aumento das temáticas consideradas violentas pela televisão. Em 1996, elas representariam 53% da programação que vai ao ar das 18h00 às 21h00. Atualmente já seriam 67%. Segundo George Gerbner, da Escola de Comunicações da Universidade da Pennsylvania, as crianças americanas passariam em média 27 horas por semana diante da TV e, até atingir os 18 anos, teriam visto cerca de 40.000 assassinatos e 200.000 outros crimes violentos (Ibidem p. 21).

Decididamente, é de se concluir que os crimes mais veiculados pela Mídia não são os que mais ocorrem, mas selecionados criteriosamente, banalizando os meios comunicativos a miséria humana de forma sensacionalista e tendenciosa. Esta propagação proposital de um fato subsumido a determinado tipo penal, sobretudo quando envolve um caso criminal célebre, choca o leitor/telespectador, e neste grupo incluem-se os legisladores, que acabam por criarem leis ligeiramente.

Relata Gilberto Thums (2005, p. 23) em sua obra:

A escolha dos bens jurídicos que serão objeto de tutela penal deveria ser o resultado de juízos de valor pronunciados pelo legislador, atuando como representante da vontade popular. Esses juízos de valor, todavia, sofrem influência das mais variadas

ordens. Desde o clamor social, manipulado pela mídia, maximizando fatos isolados, até o explícito interesse de grupos econômicos ou políticos.

É de grande relevo salientar que, por óbvio, o poder da Mídia não poderia ser responsabilizado por todos os desastres da sociedade. No entanto, a sua importância dentro do Estado Democrático de Direito é irrefutável, constituindo a liberdade de expressão um princípio fundamental em uma sociedade livre, pluralista, justa e solidária, até porque o comportamento do ser humano é resultado do conhecimento que ele absorve, e este se dá principalmente através dos meios de comunicação.

Inaceitável, portanto, a perpetuação de práticas desrespeitosas à dignidade humana, sendo primordial sempre resgatar o fato de que ninguém perde a qualidade de ser digno por conta do cometimento de um delito, seja qual for e de qual forma tenha sido praticado, tampouco por encontrar-se segregado. De mais a mais, a criação de uma lei não pode estar vinculada ao espetáculo teatral dos meios de comunicação em massa tampouco a partir de uma realidade criminal distorcida, ensejando uma política criminal no âmbito legislativo eminentemente e claramente repressora, devendo o legislador pátrio, portanto, agir com ponderação perante os apelos dos meios de comunicação.

### 3 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS

#### 3.1 OS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

A partir da década de setenta, foram se acentuando, no Brasil, as discussões sobre a mudança de rumos do Direito penal e, na década seguinte, houve uma consolidação acerca da política criminal a ser adotada, bem como de embates sobre a feição dogmática que o Direito penal deveria assumir, constituindo a nova parte geral do Código Penal, consubstanciada pela Lei 7.209/84, e que entrou em vigor em 11 de julho de 1985, o aproveitamento das discussões realizadas.

Poucos anos depois, com a Constituição de 1988, são albergados inúmeros direitos, garantias e princípios de cunho penal, processual e de execução penal, o que representa um reforço, ainda maior, às conquistas carreadas naquele período. No entanto, a mentalidade dos aplicadores do Direito não se abriu para esta nova perspectiva, empobrecendo, sobremaneira, a acomodação ideológica da matéria penal.

Assim sendo a política criminal existe, porém a sua aplicabilidade é quase nula, havendo a necessidade de que seja readequada e colocada em prática, pois, a partir do momento em que existir a aplicação de uma política criminal buscando a redução da criminalidade junto à sociedade, a superlotação carcerária irá reduzir significativamente, porquanto com a redução da criminalidade menor será o número de condenações a penas privativas de liberdade.

Pierangeli e Zaffaroni (2006, p. 117) assim assinalaram:

Se por política se entende a ciência ou arte de governo, por política criminal pode-se entender a política relativa ao fenômeno criminal, o que não seria mais que um capítulo da política geral. Política Criminal seria a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal.

A Política Criminal guia as decisões tomadas pelo poder político ou proporciona os argumentos para criticar estas decisões. Cumpre, portanto, uma função de guia e de crítica.

Podemos afirmar que 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 ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

A partir de estudos que procuraram justificar a base dos movimentos de política criminal, há de se destacar aqueles que foram enfaticamente trabalhados pelos defensores desta nova Escola Criminológica e que encontram síntese precisa no trabalho do professor

Gamil Föppel el Hireche (2004, p. 116):

1. O cárcere não educa – O encarceramento das pessoas, ao contrário do que deveria fazer, embrutece, dessocializa. Não há aprendizado, exercício de atividade laborativa, enfim, não há um processo gradual de reinserção no grupo social. Presos, milhares internos amontoam-se em condições subumanas, lembrando um inferno dantesco. Ao sair do presídio, na maioria das vezes, o indivíduo sai demente, impossibilitado de retornar à normalidade, ou sai revoltado, disposto a ‘retribuir’ à sociedade os seus anos de martírio;
2. Custo de manutenção dos presídios - Com o que se gasta para sancionar condutas, poder-se-ia investir na formação das pessoas e evitar que estas enveredassem pelo mundo da marginalidade (em conformidade, assim, com o modelo de prevenção primária);
3. Seletividade – O sistema penal seleciona suas vítimas nas classes mais humildes da sociedade. Estas, originariamente, possuem problemas familiares, financeiros e, ainda que se afastando do determinismo mesológico de Hipolit Taine, estão mais propensas a delinquir;
4. As Cifras ocultas – Este pensamento revela que, de todos os ilícitos cometidos, pouco chegam a ser sancionados. Há muitos inquéritos que não seguem adiante, muitas denúncias que não são oferecidas e muitos processos que chegam, ao final, a sentenças absolutórias. Os poucos condenados seriam os ‘escolhidos’;
5. Estigmatizante – O egresso carregará, para o resto de sua vida, as marcas de ter sido preso. Sua vivência social será sempre prejudicada, para ele será muito mais difícil conseguir um emprego, retornar à escola, enfim retornar a sua vida normalmente. Cria-se nas pessoas a falsa idéia de que o egresso significa um perigo constante, que a qualquer momento poderá voltar a delinquir;
6. Violação dos direitos humanos – Em nome do Direito Penal, tortura-se, humilha-se, mata-se. É uma violência institucionalizada e ‘legitimada’, por todos aqueles que compõe a classe mais abastada da sociedade e pretendem ver eternizada sua dominação;
7. Consequencialidade – O Direito Penal age nas conseqüências e não nas causas do problema;

Surgiram, assim, os movimentos da Lei e Ordem e Direito Penal do Inimigo, e os movimentos deslegitimadores da pena, a saber o minimalismo penal, o abolicionismo penal e o garantismo penal, os quais serão analisados a seguir.

### 3.2 LEI E ORDEM: BROKEN WINDOWS THEORY E TOLERÂNCIA ZERO

A reestruturação do capitalismo em meados dos anos 70 e grandes transformações que se deram nos países ocidentais, surgindo novos mecanismos de controle social, trouxe a tona diversas teorias antigarantistas, dentre estas, um modelo neoconservador da ordem, que teve a sua origem nos Estados Unidos na década de 60, intitulado Movimento Lei e Ordem (*Law and order*), antagônico ao abolicionismo penal analisado no tópico seguinte, difundindo um discurso de que o direito penal deve ser máximo e eficaz que, nas palavras de Rogério Greco (2009, p. 12), faz “a sociedade acreditar ser o Direito Penal a solução de todos os males que a afligem”.

Com a difusão de notícias sobre o aumento da criminalidade, se alcançaria o controle social, pois alimentaria a insegurança na população, que, por sua vez, passaria a exigir uma resposta imediata estatal, por meio da elaboração de leis mais severas, criação de novos tipos penais e recrudescimento das penas, retirando, assim, o caráter de aplicabilidade do Direito Penal tão somente em *ultima ratio*.

Uma justificativa para a adoção do “Direito Penal de Emergência”, ligado à ideia de urgência, seria que o perigo iminente, aliado ao aumento da pobreza e concentração de riqueza por poucos, transformando a população em vítimas potenciais e passando a legitimar a prática da punição ou até mesmo o extermínio preventivo dos supostos agressores.

Mas a principal característica deste segmento ideológico é a redução de garantias, ou relativização destas, propagando-se a máxima repetida por muitos em momentos de revolta contra o sistema: “direitos humanos para humanos direitos”. Assim, o indivíduo possui seus direitos e garantias individuais até que cometa uma conduta desviante, perdendo-os caso isso ocorra, ficando sujeito à opressão Estatal.

O efeito da cultura emergencial é a admissão de um Direito Penal simbólico que incute medo na população, transformando-o em fundamento para as correntes extremistas de política criminal, que pressionam o Congresso Nacional a elaborar estas leis penais, escritas e aprovadas às pressas, como aconteceu no Brasil na década de 90, com a publicação da lei dos crimes hediondos, após a forte pressão da sociedade, com o incansável apoio da mídia. Sobre o assunto, afirma Alberto Silva Franco (1994, p. 10):

A função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos individual ou coletivo, de insegurança.

Dentre essas correntes extremistas, o segmento mais radical é o chamado direito penal do inimigo de Guntehr Jakobs, e a teoria norte-americana das janelas quebradas ou tolerância zero, tendo estas últimas resultadas de estudo de cientistas americanos, publicado na revista *Atlantic Monthly*, os quais colocaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a criminalidade aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando sua ruína trazendo pânico e pavor.

Em resumo, esses estudiosos objetivavam estabelecer uma relação entre os pequenos delitos e os grandes, ou seja, um prédio abandonado pode ficar anos abandonado sem que haja

nenhum ato de vandalismo. No entanto, se quebrada uma de suas janelas sem que seja rapidamente consertada, certamente em pouco tempo o prédio estará tomado por vândalos, fazendo uma relação com a criminologia, a quebra de uma vidraça seria um pequeno delito, que se não combatido a tempo traz uma situação de abandono e descaso Estatal o que atrairia delitos de maior gravidade e estes atrairiam mais delitos graves e assim formar-se-ia um ciclo sem fim.

Entretanto, abrangida repressão, por si só, é incapaz de combater a criminalidade e garantir a ordem social, apresentando uma aparente tranqüilidade, conforme preconiza Zaffaroni (2005, p. 24):

[...] vende-se a ilusão de que sancionando leis que reprimam desmesuradamente aos poucos vulneráveis e marginados que se individualizam, e aumentando a arbitrariedade policial, ao legitimar, direta ou indiretamente, todo gênero de violências, inclusive contra quem objeta o discurso publicitário, obter-se-á maior segurança urbana contra o delito comum.

Nas palavras de Salo de Carvalho (2005, p. 95) revela ser perceptível:

[...] uma nítida simetria entre as propostas político-criminais propugnadas pelo MLO e as oferecidas pelos defensores da ‘Tolerância Zero’, baseadas no incremento da repressão penal. Todavia, enquanto estes primam pela repressão à criminalidade de rua e bagatelar, entendendo a intolerância como o único mecanismo de prevenção do caos e da desordem social, aqueles reivindicam alta punibilidade às ofensas dos bens jurídicos interindividuais, sobretudo os delitos contra a pessoa e o patrimônio.

O Direito Penal do inimigo, de outra banda, parte do pressuposto de que aquele que persiste, prossegue em transgredir a norma penal, violando o bom convívio social, deve ser considerado inimigo e ser afastado definitivamente do meio social. Nesta linha intelectual, deve-se aplicar o direito penal clássico, no caso do cidadão, unicamente às pessoas que não persistem em delinquir e o direito penal do inimigo aos reincidentes, pois, segundo Jakobs (2005, p. 30), “o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma [prevenção geral e negativa], e o Direito Penal do Inimigo combate o perigo”.

Esta teoria defende, assim, que a sociedade se encontra em guerra, sendo os bons contra os maus, e que o Estado deve agir preventivamente com a finalidade de prevenir o caos eliminando os inimigos da sociedade, para que eles não a dominam e, por meio da segregação, atuar antes da conduta delitativa, sendo aplicado ao “inimigo” o tratamento mais drástico possível, por não merecer qualquer garantia constitucional ou legal, pois um inimigo não é um sujeito de direitos. Continua o penalista alemão Jakobs (2005, p. 42):

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã. Como já se tem indicado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos.

Percebe-se que o intitulado Direito Penal do Inimigo é uma negação ao Direito uma vez que ao cidadão há supressão parcial ou total de suas garantias individuais, admitindo-se essa aplicação até mesmo fora de um Estado de Exceção, bastando a periculosidade do agente. O Direito Penal do Inimigo é a expressão de um Direito Penal do Autor. Explicando ainda o conceito de inimigo, Jakobs (2005, p. 138), expõe o seguinte:

[...] aquele que pretende ser tratado como pessoa deve dar em troca uma garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Se não existir essa garantia ou se ela for expressamente negada, o direito penal passa a ser uma reação da sociedade ante o ato de um de seus membros para ser uma reação contra um inimigo. Isso há de implicar que tudo está permitido, a incluir uma ação desmedida; ou melhor, é possível que ao inimigo seja reconhecida uma personalidade potencial, detal modo que na luta contra ele não se pode ir além do necessário.

Cancio Meliá assevera que o Direito Penal do Inimigo resulta da incorporação do punitivismo, sustentando a ideia de que, com o aumento da pena, estará solucionada a criminalidade, e de que Direito Penal seria simbólico atuando apenas como mecanismo de identidade social. As críticas deste doutrinador foram sintetizadas pelo professor Damásio de Jesus a seguir<sup>8</sup>:

- a) O Direito Penal do Inimigo ofende a Constituição, pois esta não admite que alguém seja tratado pelo Direito como mero objeto de coação, despido de sua condição de pessoa (ou de sujeito de direitos).
- b) O modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade.
- c) O fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do Inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente, i.e., como uma categoria válida dentro de um sistema jurídico.
- d) Os chamados "inimigos" não possuem a "especial periculosidade" apregoada pelos defensores do Direito Penal do Inimigo, no sentido de praticarem atos que põem em xeque a existência do Estado. O risco que esses "inimigos" produzem dá-se mais no plano simbólico do que no real.
- e) A melhor forma de reagir contra o "inimigo" e confirmar a vigência do ordenamento jurídico é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou "cidadão").

<sup>8</sup> Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/10836/direito-penal-do-inimigo> >. Acesso em: 20 nov. 2014.



f) O Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do direito penal do fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos (ou a "atitude interna" do autor).”.

A opção pela criminalização de todas as condutas vai de encontro ideologicamente às tendências do minimalismo penal, com a mitigação das garantias fundamentais e com violação do devido processo legal, aplicando-se a chamada “justiça” retributiva. Assim, o crescimento do direito penal nos últimos trinta anos nas sociedades ocidentais modernas representa o retrocesso e abandono de direitos que não deveriam ser sacrificados.

Nos Estados Unidos já existiam leis que criminalizavam pequenas condutas baseadas muitas vezes apenas no modo de vida do agente, o que caracteriza, conforme já dito, um verdadeiro Direito Penal do autor. Vê-se aqui a criminalização de condutas muitas vezes de bagatela, atos de preparação e até mesmo de cogitação, essa antecipação do *jus puniendi* se caracteriza muito arriscada uma vez que uma condenação criminal é extremamente estigmatizante, podendo aniquilar a vida de uma pessoa, que poderá entregar-se definitivamente ao mundo do crime.

Tal política criminal eleva a população carcerária, desvinculando a pena cada vez mais do propósito de ressocialização e o sentimento de segurança seria pra apenas alguns e por pouco tempo, enquanto a maioria da população continuaria a viver sob o medo, e, em momento posterior, medo do próprio sistema que a qualquer momento pode criminalizar seu modo de vida.

### 3.3 ABOLICIONISMO

A tese abolicionista, por sua vez, é formada por pensadores comprometidos com a dignidade da pessoa humana, entendendo ser o Direito Penal direcionado a classe mais pobre, desempregada e marginalizada, propondo a supressão do sistema penal, substituindo-o por outras formas de solução dos conflitos, que não a repressora.

Extrai-se assim que, além do caráter retributivo, repreendendo-se a conduta, preventivo, evitando que o infrator não volte a delinquir, ou que outro agente, baseando-se na punição deste, também não cometa algum delito, tem também o caráter ressocializador.

Por ser considerado o Direito Penal um dos principais ramos do ordenamento jurídico, uma vez que, por meio de suas sanções se coloca em jogo a liberdade de um indivíduo, encontrado as sanções penais seus limites em princípios constitucionais, porém inúmeras

vezes tais princípios são desrespeitados, surge a crítica dos abolicionistas, deixando cada vez mais claro a tendência Brasileira em substituir o Estado Social pelo Estado Penal.

Nesta linha intelectual o que motivou grandes doutrinadores a aderirem ao movimento supracitado foram as chamadas cifras negras, que representam a porcentagem de infrações penais que não chegam ao conhecimento das autoridades, ou quando chegam não são investigadas ou quando investigadas não são solucionadas, acabando por selecionar quais infrações serão punidas efetivamente, o que gera uma incredibilidade no sistema penal.

Acerca da tese aqui tratada. Os autores Zaffaroni, Slokar, Alagia e Nilo Batista (2003, p. 648), doutrinam o seguinte:

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiensen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault.

Na concepção de Rogério Greco (2010, p.8), tais autores são indubitavelmente comprometidos com a dignidade da pessoa humana e chegaram a tal raciocínio diante da irracionalidade do sistema penal. De um lado tem-se infrações de bagatela sendo punidas severamente, de outro temos crimes de colarinho branco impunes, são exemplos claros da injustiça do sistema, passando a destacar em sua obra que:

A crueldade do direito penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra, a seleção do que deve ou não ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade dos cidadãos resolverem, por meio dos outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo e etc), os seus conflitos interindividuais levaram um grupo de autores a raciocinar, definitivamente, com a tese abolicionista.

Desde o nascimento da norma surge a crítica abolicionista, questionando-se os critérios, quem serão os destinatários de suas sanções e qual a real necessidade de se proibir aquela conduta. Posteriormente se questionará qual destas condutas será realmente investigada e até mesmo quais serão efetivamente punidas.

Para os que defendem a tese abolicionista, deve-se primordialmente respeitar-se o Princípio da Dignidade da pessoa humana, pois o sistema não é capaz de cumprir seus

objetivos e tampouco é racional, devendo ser desfeito, propondo assim meios alternativos de solução de conflitos através de outros ramos do Direito. Entretanto, por mais honrado que seja o pensamento abolicionista, seus próprios seguidores não encontram alternativas para determinadas situações, a não ser a aplicação do Direito Penal, pois, a título de exemplo, como deixar sob a tutela do Direito Civil um caso de latrocínio?

### 3.4 MINIMALISMO PENAL

O chamado Direito Penal mínimo ou minimalismo penal é uma vertente intermediária das correntes supracitadas, quais sejam do abolicionismo penal e o movimento da lei e ordem, baseando-se em alguns princípios, sendo os principais deles o princípio da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social, da proporcionalidade, da culpabilidade e da legalidade.

Anuncia que o Direito Penal deveria sofrer uma diminuição em seu campo de atuação, isto é, passasse a se preocupar com as lesões mais sérias aos bens especialmente tutelados pelo Direito, solucionando-se crimes menos graves pela via cível ou ainda administrativa, a depender do caso concreto.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 12):

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade significa a exigência de constituir o direito penal a *ultima ratio*, vale dizer, a última opção legislativa para reger e compor conflitos, aplicando sanções.

A paz social não se consegue simplesmente pelo direito da força (penal), mas pela força do conjunto de regras vigentes em sociedade (ordenamento jurídico). Por isso, paralelamente ao princípio da intervenção mínima, deve-se destacar o princípio da fragmentariedade, demonstrativo de ser o direito penal um dos fragmentos do ordenamento jurídico. Não deve ser considerado mais importante deles, nem o mais utilizado. Afinal, caso se eleja o fragmento *direito penal* como o ramo principal para disciplinar as relações sociais, todos os conflitos naturalmente existentes em comunidade tornar-se-iam casos de polícia, valendo a utilização da violência estatal e dos instrumentos mais graves de sanção, como a prisão.

Ainda como pressuposto de sua validade, esta Teoria procura demonstrar que nas chamadas condutas não lesivas aos bens mais importantes e realmente carecedores de uma tutela penal, existem outras formas de inibição e/ou controle social do indivíduo, como a família, a Igreja, a comunidade local e a Escola, não sendo, portanto, necessária a intervenção do Direito Penal nesses casos. Rogério Greco (2009, p. 24) assim descreve:

O Direito Penal do Equilíbrio tem como ponto central, orientador de todos os outros que o informa, o princípio da dignidade da pessoa humana. O Homem aqui, deve

ocupar o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da paz social, deverá somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

Mas é Ferrajoli (2002, p. 84-85) quem traça um paralelo entre direito penal máximo e mínimo:

[...] a certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.

Há consenso de que apenas bens juridicamente relevantes devam ser tutelados pelo Direito Penal, posto que a utilização de um direito que restringe a liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume. E é aí que reside o cerne do presente estudo, no que tange à possibilidade da descriminalização quanto a alguns crimes patrimoniais não violentos.

Surge assim a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que a tutela penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica. Além da verificação a respeito do grau de importância do bem, isto é, sua dignidade, deve ser analisado se a ofensa causou um abalo social que justifique a intervenção penal.

Portanto, importunações de pequena monta, ou que causem insignificantes dissabores, são consideradas como desprovidas de relevância penal, ficando, em razão disto, a sua resolução relegada a outros mecanismos formais ou informais de controle social.

A utilização do Direito penal, então, circunscrita às situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado, pode se dar, para solucionar algum problema, através de meios de controle social derivados de outros ramos do Direito, ou, mesmo, de alternativas de controle não formais, evitando-se a aplicação de pena privativa de liberdade.

A busca de fins legítimos, quando realizada por meios ineficazes ou provocadores de custos sociais excedentes, deslegitima a utilização do instituto. A obtenção da finalidade perseguida, portanto, para ser legítima, encontra-se condicionada à própria legitimidade dos meios. O limite da adequação, evidentemente, há que ser constituído por princípios edificados à condição de dignidade da pessoa humana.

É função do Estado, portanto, interferir, o mínimo possível, na vida do cidadão, garantindo-lhe a máxima liberdade. Conquanto, percebe-se a utilização do Direito repressivo,

a ponto de todos e quaisquer problemas que surjam na sociedade virem acompanhados por propostas que remetem ao Direito penal. No Brasil há, pelo menos, duas centenas de leis em vigor que tratam de questões de âmbito penal, o que confirma uma hipervalorização do sistema punitivo.

Em um contexto minimalista e preocupado com direitos e garantias do indivíduo, a criminalização de condutas é dependente de um complexo processo que se guia pelos fins atribuídos ao Direito penal, resultando no entendimento de que o bem a ser tutelado deva ser imprescindível ou fundamental para a sociedade ou o indivíduo, consagrado pelo princípio da proteção de bens jurídicos relevantes, que concebe ao Direito penal um caráter fragmentário.

Desta feita, as condutas a serem criminalizadas não de ofender ou colocar em perigo bens ou valores fundamentais para a sociedade ou o indivíduo, em homenagem ao princípio da ofensividade, excluída de qualquer possibilidade de incriminação aquelas ofensas de pequena monta, nas quais subsiste uma escassa danosidade social consagrada pelo princípio da insignificância. Estes princípios, da mesma forma que o anterior, dimanam também do caráter fragmentário do Direito penal.

Segundo a dicção de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 13):

No contexto de intervenção mínima, percebemos a notória presença do princípio da ofensividade, valendo ressaltar que o direito penal não deve ser utilizado para resolver *qualquer* conflito e também deve voltar-se aos *principais* conflitos, realmente ofensivos à sociedade, capazes de gerar desagregação e resultados trágicos, em todos os níveis, se não forem satisfatoriamente contidos. Ilustrando, não se pode nem mesmo supor a eliminação da intervenção estatal penal no cenário do homicídio. A eliminação da vida humana, em particular quando realizada dolosamente, é lesão grave a direito fundamental, com a imposição de força do Estado para impedir a *justiça leiga* e a ausência do processo civilizado de punição.

Continuando, a ofensa, além de grave, deve ser intolerável e a criminalização de determinada conduta que ofenda bens ou valores fundamentais só se justifica se a controvérsia não pôde ser resolvida por outros meios de controle social, menos onerosos, em festejo ao princípio da necessidade, o que caracteriza mais uma vez o Direito penal como sendo subsidiário.

Mesmo à falta de outro meio de controle menos gravoso que possa ser utilizado, o Direito penal deve se mostrar capacitado para alcançar o fim de reduzir as cotas de violência, em atenção ao princípio da adequação e esta capacidade encontra-se condicionada, ainda, pela verificação dos custos sociais e individuais que os instrumentos utilizados acarretam, de forma que um meio, idôneo que seja, quando não puder compensar os custos, não se encontrará legitimado, como preleciona o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse ínterim se, apesar do empenho em se cumprir todas estas exigências, após a criminalização de determinada conduta, concluir-se que a sua inserção no âmbito penal nada concorreu para a diminuição da violência, isto é, foi ineficaz, ou se apresentou uma contribuição diminuta que não compensa os custos provocados por tal intervenção, impõe-se a sua imediata descriminalização.

### 3.5 GARANTISMO

A tese garantista, por sua vez, encontra-se relacionada ao conjunto de axiomas que se dividem em garantias penais e processuais instituídas pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli. A nomenclatura garantista significa proteção naquilo que se encontra positivado, por muitas vezes tratando de direitos, privilégios e isenções que a Constituição confere aos cidadãos, fundando-se não apenas na Lei, mas também em um Estado Democrático de Direito.

Resumidamente, o sistema garantista de Ferrajoli (2001, p. 93-98) é composto por dez axiomas que, representados por equações, visam limitar o arbítrio punitivo do Estado, tanto na cominação, quanto na aplicação da pena, sendo os seguintes:

Garantias penais: *nulla poenas sine crimine* (A1), denominada como princípio da retributividade; *nullum crimen sine lege* (A2), intitulada como princípio da legalidade em sentido lato ou estrito; *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A3) chamada de princípio da necessidade ou economia do direito penal; *nulla necessitas sine iniuria* (A4), traduzida pelo princípio da lesividade ou ofensividade do ato; *nulla iniuria sine actione* (A5), que corresponde à materialidade ou exterioridade da ação; e *nulla actio sine culpa* (A6), que indica o princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal.

Garantias processuais, por seu turno, são compostas pela *nulla culpa sine iudicio* (A7), que reveste o princípio da jurisdiccionariedade em sentido lato ou estrito; pela *nullum iudicium sine accusatione* (A8), que denota o princípio acusatório ou da separação do juiz e acusação; pela *nulla accusatio sine probatione* (A9) que consiste no princípio ônus da prova ou da verificação e, por fim, pela *nulla probatio sine defensione* (A10) que enuncia o princípio do contraditório, também conhecido como da defesa ou da falseabilidade.

Segundo ainda Ferrajoli (2001, p. 21-23), o acolhimento de tais axiomas que, combinados podem expressar até 75 teoremas, revelam o grau de garantismo de cada sistema, pois não basta que as garantias estejam previstas no texto constitucional, mas sim que sejam efetivadas, sendo inadmitida a interferência de qualquer legislação ordinária ou de cunho inquisitorial sobre os direitos fundamentais que delas decorrem.

Tratando-se da questão criminal, raramente os condenados cumprem a reprimenda até o final e, quando o fazem, geralmente, saem mais revoltados ou, ainda, morrem nos presídios.

O recomeçar é uma dificuldade a ser enfrentada, pois a sociedade não os aceita. Apesar de cumprirem toda a reprimenda imposta em bom comportamento, agora estes indivíduos são considerados ex-delinquentes e, por conta deste estigma, são abandonados até mesmo pela família. Sem emprego, sem renda, não possuem muitas alternativas, e voltam para o crime, gerando um ciclo vicioso.

O garantismo rechaça o Estado antiliberal, onde ocorre o abuso do direito de punir, pois a este modelo não interessa uma liberdade selvagem com carência ou ausência de regras e sim um modelo de direito em uma liberdade regrada amparando o bem jurídico que deve ser protegido.

Assim sendo, a tese garantista é considerada um direito penal mínimo, e ambas se complementam, em outras palavras, é o máximo de bem estar para o não delinquente e o mínimo de mal estar para o delinquente, na medida em que deve ser retirada parte de sua liberdade. O direito penal mínimo, como já explanado, exclui a tipicidade das condutas que se encaixam no tipo penal, mas que não violam o ordenamento jurídico por tratar com irrelevância a conduta praticada junto ao bem jurídico tutelado.

## 4 DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

### 4.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância não se encontra expressamente demonstrado na legislação brasileira, no entanto, a doutrina e a jurisprudência têm autorizado a delimitação das condutas tidas como insignificantes, guiado por um direito penal mínimo, fragmentário e subsidiário, e sua natureza jurídica é de uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material.

Incorporado ao Direito Penal pelos estudos de Claus Roxin, tal princípio foi transportado para a seara penal embasado em valores de política criminal que objetivavam a retirada da apreciação da justiça penal os delitos em que a severidade do Direito Penal mostra-se desproporcional.

A tipicidade, como elemento do fato típico, divide-se em formal e material, sendo aquela o juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente e o modelo descrito pelo tipo penal. Esta, por sua vez, é a efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado em razão da prática da conduta legalmente descrita.

O princípio em comento é aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo, na seara dos crimes de médio potencial ofensivo, dos quais o principal exemplo é o furto simples e, em algumas hipóteses, o postulado também incide em crimes de elevado potencial ofensivo, desde que praticado sem violência à pessoa ou grave ameaça, a exemplo do furto qualificado pelo concurso de pessoas.

O site do Supremo Tribunal Federal, na sessão “Glossário Jurídico”, traz um conceito de princípio da insignificância<sup>9</sup>:

#### Princípio da Insignificância (crime de bagatela)

Descrição do Verbete: o princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>>. Acesso em: 20 nov. 2014.



tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Porém, em razão da acentuada subjetividade para avaliação desses vetores diante de um caso concreto, por parte dos julgadores, podem existir situações e circunstâncias diferentes concernentes a um tipo penal e, por essa razão, surgem problemas na aplicação do princípio da insignificância, gerando inúmeras dúvidas e desentendimentos entre os aplicadores da Lei, uma vez que existe uma carga considerável de discricionariedade.

Somando-se a estas dificuldades, ainda incidem outras, uma vez que já entendeu o Supremo Tribunal Federal, em inúmeras oportunidades distintas diante dos casos em concreto, que informações relativas aos antecedentes do autor do fato e à reiteração de condutas também deveriam ser analisados, demandando valoração de ordem subjetiva.

Assim sendo, ainda não há, efetivamente, um consenso entre os ministros dos Tribunais de Superposição sobre os parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância, restando concluir que, acima de tudo, em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais à liberdade e ao da dignidade da pessoa humana compõem a cúpula dos direitos supremos, e, assim sendo, deve-se exercer uma análise criteriosa, bem como a ponderação em respeito à proporcionalidade e à razoabilidade, jamais devendo ser dispensada pelos julgadores, atentando-se principalmente para os crimes patrimoniais não violentos ou cometidos sem grave ameaça.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

Igualmente norteado por uma ideia minimalista, prenuncia o Princípio da Subsidiariedade do Direito Penal que a sua intervenção só se justificaria quando os demais ramos do direito não forem satisfatórios, isto é, quando fracassadas as demais formas protetoras do bem jurídico. É através desse caráter fragmentário, externado por este princípio, que conceitos históricos, culturais, éticos e econômicos de um povo influenciam na interpretação e aplicação correta e adequada dos tipos penais.

Possibilita-se, destarte, também o emprego de princípios como o da Insignificância, acima tratado, a fim de que corrijam situações onde exista um desnível entre as penas cominadas em abstrato pelo legislador e a conduta praticada pelo agente. Tal caráter subsidiário significa que a proteção aos bens jurídicos deve ocorrer de maneira relativa, e não absoluta, isto é, necessitam de proteção da tutela penal apenas as lesões mais graves dirigidas aos bens mais relevantes. Na dicção de Luiz Regis Prado (2011, p. 171):

[...] a função maior de proteção dos bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo o ordenamento jurídico dele se ocupa. O que faz com que só devam eles ser definidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização.

No julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* Nº 27.360-RJ (209/02421-), acórdão lavrado em Brasília e datado de 21 de agosto de 2012, o objeto de impetração diz respeito à verificação de existência de justa causa para a ação penal, visto que prejuízo oriundo e suposto furto de energia elétrica teria sido ressarcido à concessionária. Busca-se, aqui, o reconhecimento de raciocínio analógico entre a extinção da punibilidade promovida nos crimes fiscais e previdenciários:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº27.360-RJ (209/02421-). RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. RECORRENTE: ROSEANE CONSIDERA DA FONSECA. ADVOGADO: FERNANDO CÉSAR DA CONCEIÇÃO. RECORRIDO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. EMENTA: PENAL EPROCESUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. VÍTIMA. EMPRESA CONCESIONÁRIA. RESARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO FORMALIZADO DA DENÚNCIA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.1. O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais.2. In casu, pago débito de energia antes do oferecimento da denúncia, resolvido está o ilícito civil, não se justificando a persecução penal.3. Recurso provido para, reformando acórdão recorrido, trancar ação penal n. 04217-96.208.19.068 (208.068.0425-2), da 2.ª Vara da Comarca de Rio das Ostras/RJ.

O argumento da defesa é o de que haveria espaço para se promover o alargamento das disposições ligadas aos crimes fiscais e previdenciários. Entretanto, a Ministra Relatora Maria Thereza De Assis Moura pautou-se no Princípio da Subsidiariedade, segundo qual o Direito Penal deve ser visto como *ultima ratio*. Entendeu que a persecução penal em testilha fere o princípio da intervenção mínima, mormente em conta a faceta da subsidiariedade.

Nessa esteira, este princípio é analisado sob o prisma de que o Direito Penal deve ser visto como uma “reserva”, trocando em miúdos, o Direito Penal será acionado apenas quando os demais ramos do direito não forem competentes para tutelar os bens juridicamente relevantes para a vida em sociedade.

A ideia de subsidiariedade deve ser entendida, portanto, como algo secundário, no sentido de que qualquer mecanismo de tutela deve ser aplicado para a proteção de bens

jurídicos relevantes. Deste modo, o Direito Penal será validado nos casos onde não houver mais meio para a solução da lide penal. Portanto, para que o Direito Penal seja acionado e venha proteger o bem jurídico relevante, se faz necessário que todos os meios extrapenais tenham fracassado na tentativa de sua tutela. Justificando-se, assim, a utilização do direito penal como meio de tutela.

#### 4.3 TIPICIDADE CONGLOBANTE

O termo conglobante decorre da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral e não apenas ao ordenamento penal. Os principais defensores desta teoria são os penalistas Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli e a estruturação desta teoria parte da relação entre três conceitos distintos: o bem jurídico, a norma e a lei.

A tipicidade, nesta doutrina, exige para a ocorrência do fato típico a correspondência formal entre o que está escrito no tipo e o que foi praticado pelo agente no caso concreto - tipicidade legal ou formal - e ainda que a conduta seja anormal, ou seja, violadora da norma, entendida esta como o ordenamento jurídico como um todo, isto é, o civil, o administrativo, o trabalhista, etc. - tipicidade conglobante.

O fato típico pressupõe que a conduta esteja proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, globalmente considerado. Assim, quando algum ramo do direito, civil, trabalhista, administrativo, processual ou qualquer outro, permitir o comportamento, o fato será considerado atípico.

No bojo de um sistema normativo não se pode conceber, nas palavras de Zaffaroni (2011, p. 472), “que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar de ‘ordem normativa’, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas.”.

A análise da conduta pautada na doutrina da tipicidade conglobante requer a violação efetiva de um bem jurídico, ou ao menos, a exposição deste a perigo concreto. No dizer de Zaffaroni (2011, p. 487) “fica claro que a afetação do bem jurídico é um requisito da tipicidade penal, mas não pertence à tipicidade legal, apenas a limitando”. Continuando, o mencionado doutrinador leciona:

[...] a afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano ou lesão e de perigo. Há dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto em quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja

de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória. Há afetação do bem jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo. Estas duas formas de afetação dão lugar a uma classificação dos tipos penais em tipos de dano e tipos de perigo.

Neste passo, surge a atipia conglobante como sustentáculo à aplicação do já destrinchado princípio da insignificância, na medida em que, por esta tese, a conduta do agente apenas se revestirá de relevância típica quando, a despeito de sua previsão na norma penal incriminadora, restar antinormativa, além de lesar materialmente o bem jurídico protegido. Em não se verificando esses elementos diremos que houve a exclusão, no caso concreto, da tipicidade material da conduta.

Nessa linha a noção da insignificância é produto da comparação que se faz da norma com todo o ordenamento, não sendo possível a percepção da existência da relevância se for submetida à análise apenas a lei penal isoladamente

Assim, o que se propõe é a análise conglobada do tipo penal, já que este método poderá conduzir a descaracterização da tipicidade penal, o que, de plano, implica consequências de utilidade prática, tendo em vista que, identificando-se determinada conduta como atípica, por ausência de enquadramento material, evita-se, de pronto, o início, ou se já deflagrada, a continuidade da persecução criminal, que culminaria, neste último caso, com a imposição de uma pena ao réu.

O princípio da insignificância, assim sendo, revela-se como um desmembramento da “tipicidade conglobante” onde a tipicidade da conduta, quando não lesiva ao bem jurídico tutelado, irá levar à exclusão do crime e conseqüentemente a um desafogamento dos processos na justiça visto que a análise do fato será feita diretamente em seu nascedouro.

#### 4.4 POR QUE DESCRIMINALIZAR CONDUTAS TÍPICAS DE ALGUNS CRIMES PATRIMONIAIS

O sistema penal, compreendido pelas instituições que operacionalizam o controle penal, a saber as teorias e leis, as ciências penais e políticas criminais, legitima e delinea, direcionando a mecânica de controle social na mídia e nas universidades, atuando na construção e reprodução no campo do saber, da cultura e do senso comum punitivo que é instituído na sociedade.

A questão da descriminalização decorre do mesmo discurso utilizado para a questão da criminalização, posto que discute acerca da legitimidade e necessidade de controle jurídico na

esfera penal pelo Estado, para que não se torne este uma fonte autônoma de disfunções, em outras palavras, num fator criminógeno.

Entender a deslegitimação do sistema penal vigente, demonstrada na prática e na teoria, explicita que esse sistema e a prisão revelam múltiplas incapacidades, reduzida a neutralização e extermínio frequente, conforme já dito alhures, entendendo que uma inovadora relegitimação está em formação, e que incute novas práticas discursivas na sociedade, não mais voltadas para o espetáculo midiático e o medo do inimigo enraizado em massiva escala.

Isto é, o sistema penal reproduz ainda a visão maniqueísta numa relação de adversidade entre o autor e a vítima e numa visão expiatória da pena como castigo pelo mal, fortalecendo essa relação polarizadora na sociedade, além de não cumprir as funções reais que legitimam sua existência, ou seja, a proteção dos bens jurídicos, o combate e prevenção à criminalidade, através da função da pena e fornecimento de segurança jurídica aos acusados e pública a sociedade. E não poderá cumprir porque esse modelo tem como função real a construção seletiva da criminalidade e a fabricação de criminosos, reproduzindo desigualdades sociais.

Ademais, a extensão dos danos só abarca um número reduzido de fatos, como revelam as cifras ocultas, confirmando que a intervenção do sistema penal vigente é simbólica quando deveria ser instrumental, não protegendo todas as pessoas e nem apresentando efeito positivo acerca dessas pessoas envolvidas no conflito.

Diante do quadro apresentando por demais criminalizante decorrente das instituições formais de controle, desprovidas de qualquer orientação político-criminal mais humana e consciente dos efeitos da punição, com a tentativa de abolição da cultura punitivista e superando-se a organização ideológica do sistema penal, procura-se desconstruir a própria discursividade penal para substituir a prisão, em determinados casos, por outras formas de controle, nesse processo de transformação institucional e cultural.

Assim, são parâmetros para a descriminalização a dignidade penal e carência penal, a fim de que se efetive a proteção dos direitos, das liberdades e garantias de toda e qualquer pessoa. O bem jurídico dotado de dignidade penal é aquele cuja lesão se revela digna de pena, revelando as limitações impostas ao Estado Democrático de Direito. Lecionam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade o seguinte (1997, p. 406):

O conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentes,

designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo dura irredutível – se bem que historicamente viável – dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade.

A legitimidade da atuação estatal faz-se também necessária com relação à necessária constatação de sua ofensa, isto é, da aptidão lesiva da conduta criminalizada, daí a concluir-se pelo merecimento e aplicação da pena. Esta exigência consubstancia-se, atualmente nos princípios acima elencados, ganhando contornos maiores no princípio da ofensividade.

Outrossim, após análise da dignidade do bem jurídico e merecimento da pena, há de observar-se, ainda, acerca da necessidade de tutela penal. Pertinente transcrever mais um trecho da obra dos autores Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 404):

A dignidade penal constitui apenas a legitimação negativa (Hassemer), sendo suficiente para impor a descriminalização ou contrariar a criminalização *ex novo*, mas não para impor, sequer para legitimar positivamente, a criminalização. Tal se logrará num segundo momento, em sede de carência de tutela.

A necessidade de tutela penal, então, determina que o Direito Penal intervenha apenas quando a proteção aos bens jurídicos não possa ser abarcada por outros meios menos gravosos do que a liberdade individual, se resvalando legítima a intervenção por sua necessidade e excepcional via adequada de tutela do bem contra uma conduta ofensiva.

Desse modo conclui-se pela ilegitimidade da intervenção penal quando alguns bens jurídicos poderiam ser tutelados por meios civis ou administrativos e não o são, frente às exacerbadas penas cominadas no que diz respeito aos crimes contra o patrimônio, restando evidente que o Código Penal resguarda o patrimônio com maior severidade que a própria integridade física.

Tal constatação gera aberrações jurídicas no ordenamento penal como, por exemplo, a punição com até oito anos de reclusão do agente que venha a cometer um crime de furto em concurso de pessoas ou mediante rompimento de obstáculo, pena esta igual à conferida ao agente que comete o delito de lesão corporal gravíssima, com possibilidade de perda de um membro da vítima ou que da lesão resulte deformidade permanente.

Sob o aspecto da tutela penal, um aparelho celular subtraído da vítima pode ser nivelado ao sofrimento de uma deformidade permanente ou a dor decorrente da perda ou inutilização de um membro. É a partir dessas indagações que se faz necessário conferir um tratamento penal adequado, proporcional, isonômico, razoável e humanitário aos crimes

descritos no Código Penal Pátrio.

Estas e outras comparações deixam claro que a avaliação de importância dos bens jurídicos no atual Código Penal está absolutamente equivocada, denotando uma verdadeira afronta aos princípios da igualdade e proporcionalidade. Assim, mudanças devem ser realizadas o quanto antes, tanto no tocante à descriminalização de algumas condutas e aumento do grau de severidade na punição de certos crimes, bem como, por óbvio, com a diminuição de penas e utilização de institutos despenalizadores contendo a intervenção penal.

A via eleita revela-se como uma verdadeira necessidade de sobrevivência do sistema penal brasileiro, uma vez que atualmente as Delegacias de Polícia estão abarrotadas de serviços e os policiais civis estão empregando forças em registro de fatos delituosos de pouca importância ou situações de menor gravidade que poderiam ser resolvidas de maneira diversa através do instituto da descriminalização.

Estes crimes de pouca ou nenhuma relevância para a tutela do Direito Penal, por sua vez, acabam sobrecarregando a Justiça Criminal, dificultando o processamento de crimes com maior gravidade, continuando a permitir a existência de inquérito policial, deflagração da ação penal, prisão em flagrante e, em certos casos, da própria prisão preventiva a esta categoria de delitos, impondo-se, portanto, uma atuação exaustiva do sistema criminal para, ao final, serem aplicados institutos distintos da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, partindo-se do pressuposto, a partir do medo incutido na sociedade, de que é forçoso criminalizar ao máximo e com maior severidade, será necessária uma verdadeira reversão de expectativas, visando a legitimação do sistema penal não sobre um consenso obtido através do medo, mas sobre conceitos de dignidade penal e carência de tutela penal, pressupostos do movimento de descriminalização e, assim, as violações ao patrimônio desprovidas de violência ou grave ameaça serem expurgadas do seio do Direito Penal, conduzindo a um modelo de política criminal descriminalizadora baseada no Direito Penal Mínimo, condizente com a Constituição pátria.

#### 4.5 O ALCANCE DA DESCRIMINALIZAÇÃO: QUAIS TIPOS PENAIS DESCRIMINALIZAR PREVISTOS NO TÍTULO DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO?

Com base em uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, nota-se grande quantidade de tipos penais previstos no Título II – Dos crimes contra o Patrimônio – para os quais uma resposta sancionatória administrativa ou cível parece ser mais dotada de eficiência

e proporcionalidade, a saber: no Capítulo I, os tipos descritos no Art. 155, *caput* (furto simples), Art.155, § 2º (furto privilegiado) e Art. 156 (Furto de coisa comum); no Capítulo III, os tipos descritos no Art. 161 (alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório) e Art. 162 (supressão ou alteração indevida em gado ou rebanho alheio de marca ou sinal indicativo de propriedade).

Continuando, no Capítulo IV, os tipos descritos no Art.163 (dano) e Art. 163, § Único, III e IV (se cometido contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; ou por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima); Art. 164 (pastoreio ilegítimo ou abusivo); Art. 165 (danificar coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico); e Art. 166 (alteração de local especificamente protegido).

No próximo capítulo, o Art. 168 (apropriação indébita); Art. 168-A (Apropriação indébita previdenciária); e Art. 169 (Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza). Prosseguindo, no Capítulo VI, o Art. 171 (estelionato); Art. 174 (Induzimento à especulação); Art. 175 (Fraude no comércio); Art. 176 (outras fraudes: tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento); Art. 177 (Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações); Art. 178 (Emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*; e Art. 179 (Fraude à execução). No capítulo VII e último, o Art. 180 (receptação).

Todos os delitos acima discriminados podem passar para a esfera cível ou administrativa sendo consideradas condutas ilícitas cíveis ou administrativas passíveis de reparação, por conseguinte, via de indenização material (pecúnia) ou imaterial (prestação de serviços comunitários, dentre outros). Embora o presente trabalho abranja os crimes descritos no título de crimes contra o patrimônio, pode-se argumentar, ainda, que outros delitos não violentos elencados no Código Penal Brasileiro podem ser descriminalizados. Mas, quanto ao tema, poderá ser objeto de um novo estudo.

#### 4.6 O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES PATRIMONIAIS NÃO VIOLENTOS NO SETOR DA SEGURANÇA PÚBLICA

Atualmente as políticas de segurança pública interna estão sendo sobrepuidas por conceitos como erradicação da violência, medo da criminalidade e luta contra o crime, constituindo uma política simbólica intencionando a legitimação da repressão por parte do Estado, explorando a insaciável necessidade de segurança propalada pelos políticos e pela



mídia.

Nesse viés, a criminalidade se torna o principal foco da atenção da imprensa e dos órgãos políticos, relegando a segundo plano questões fundamentais como pobreza e ausência de investimentos sociais. No entanto, a tendência é que se amplie o conceito de segurança pública, para abranger, além do direito à segurança, a efetivação dos direitos sociais, culturais e econômicos.

Ademais, é preciso dissociar as ideias de segurança pública e polícia, posto que não se confundem, já que aquela deve começar pela concretização dos direitos à saúde, educação, saneamento básico, emprego, moradia. Somente se pode falar em segurança social quando se encontrem garantidas, pelo menos, as condições mínimas necessárias para uma vida digna. Caso contrário, quaisquer medidas de Política Criminal serão apenas paliativas, uma inútil tentativa de contenção das consequências de Políticas Sociais inexistentes ou ineficazes.

Ivone Freire Costa (2005, p. 185), em sua obra sabiamente ponderou:

Constatou-se não ser a Polícia a única responsável pela segurança pública e que a violência social constitui uma das principais dificuldades da sua atuação, atingindo, muitas vezes, a qualidade do serviço que desempenha. A desigualdade social e o descrédito nas instituições públicas realimentam a insegurança, particularmente dos extratos sociais menos favorecidos economicamente, os quais para se protegerem, criam estratégias de sobrevivência com a participação da Polícia. Esta, por sua vez, sem condições básicas de vida e de trabalho, constrói novos espaços de poder, de controle e de convivência social. Tais interações, além de constituírem um grave problema representam um desafio para a gestão de segurança pública. Essa constatação vai esclarecer uma das hipóteses originais, mostrando uma das múltiplas facetas das funções da Polícia, justamente aquela que traduz a insegurança transmitida à sociedade. Mas, afinal, qual é o papel da Polícia? E, particularmente, que obrigações lhes são atribuídas pelas camadas populares em relação à segurança pública?

A Política Social e a Política Criminal, nessa linha, acabam por se tornarem uma parceria, na medida em que só é possível pensar em segurança pública aproximando-se as duas realidades tão distintas na sociedade brasileira: os extremamente ricos e os extremamente pobres, não havendo mais espaço para pensar na Polícia tão somente como instrumento de políticas públicas discriminatórias.

A flagrante discrepância entre esses dois segmentos acaba transformando a segurança pública em forma de repressão e de contenção da grande massa de excluídos. Fato é que nas grandes penitenciárias pequenos delinquentes vivem encarcerados junto a indivíduos de alta periculosidade, sujeitando-se a estes muitas vezes por questões da própria sobrevivência no cárcere. Assim nascem, não apenas escolas dos crimes, mas verdadeiras universidades da criminalidade, onde a ressocialização resta totalmente inviabilizada, como já explanado.

Sopesar a massa excluída como caso de Polícia tem reforçado as ações repressivas e uso indiscriminado da força policial. Preceitua Ivone Freire Costa (2005, p. 198-199):

A tendência a considerar o fenômeno da violência como normal já mereceu no campo da filosofia política o nome de teoria da naturalização, que precisa ser mais bem debatida e esclarecida, sobretudo quanto ao que ela representa em relação aos interesses das elites e imposição de limites à prática social. A banalização da morte contamina o indivíduo e o assassinato torna-se meio de se resolver os conflitos. A cultura da violência se generaliza e entre as suas múltiplas práticas, está o controle do social de modo mais econômico: eliminando pessoas em lugar de acionar quaisquer outros mecanismos de mediação. Pode-se, assim, falar numa economia política do crime, tanto para o sistema de segurança pública, como para organizações clandestinas do crime organizado, ou até de *matadores profissionais* autônomos a *serviço de seus clientes*.

Ora, ansiar que a Política Criminal, isolada, possa conduzir à sociedade a paz e segurança é atribuir-lhe responsabilidades que não possui, e que pertencem, antes, às Políticas Econômica e Social. Tal desalinho desencadeia, em períodos de grave comoção pública, a edição de leis penais severas para acalmar e satisfazer a população que clama por medidas urgentes.

No entanto, tal atitude não passa de um disfarce para impedir a descoberta dos verdadeiros males que violentam a sociedade: a deficiência ou inexistência de investimentos na área social e o descaso político para com a grande massa de excluídos, parcela significativa da comunidade. A realidade do país demonstra o contrário: que a aplicação dessas penas não é satisfatória ou eficaz ao combate à criminalidade.

Nas discussões a respeito de melhorias na segurança pública, insurge como sugestões a criação de novos tipos penais e o agravamento das penas existentes, quando o melhor caminho seja, em alguns casos, o inverso. É importante que se diga, inicialmente, que não se está a negar a importância e necessidade do Direito Penal, que deverá sempre atuar como *ultima ratio*, impondo sanções penais às condutas que atinjam valores fundamentais.

Como já explanado, as Delegacias de Polícia estão assoberbadas de serviço empregando os seus agentes forças em registros de fatos que não caracterizam delitos ou em investigações de situações de menor gravidade, que poderiam ser resolvidas de maneira diversa a partir do instituto da descriminalização.

Não se está sustentando a impunidade, mas que o controle e serviço policial seja eficaz e concentrado em crimes de considerável gravidade, e a punição justa possa ocorrer com esta espécie de sanção, deixando-se a Polícia Civil e o Direito Penal para a repressão dos comportamentos mais violentos, reservando-se os presídios para as pessoas perigosas.

São medidas similares a estas que desafogarão, ou ajudarão a desafogar, as Delegacias

de Polícia, e permitirão que os policiais se dediquem às investigações da criminalidade organizada e infrações penais graves, a exemplo do tráfico de drogas, homicídios, latrocínios, e roubos, trazendo, consideravelmente, melhores resultados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penal estabelecido foi estruturado em face da criminalidade clássica, sobrelevando bens jurídicos individuais. No entanto, o contexto social atual, com a nova e crescente criminalidade, reclama respostas eficientes, demandando alterações político-criminais que se colocam, notadamente, no campo da causalidade e culpabilidade, surgindo dessa forma como alternativas a necessidade de adaptação e reestruturação do Direito Penal para que se reconheça o seu caráter subsidiário.

Faz-se necessário repensar a tutela dos bens jurídicos, mediante a distinção de transgressões direcionadas ao Direito Penal, com vistas à análise de uma política criminal redutora da violência punitiva e propulsora de uma reforma humanitária no seio do Direito Penal, seguindo um caminho oposto ao condicionado pela lógica emergencial de crescente demanda de segurança pública, evitando-se a criação desmedida de novos tipos penais e agravamento dos existentes, produto da má política criminal que se revela contraditória aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Esse fenômeno da superabundância legislativa acarreta efeitos patológicos no sistema penal, uma vez que o Direito Penal e todo seu aparato repressor passam a ser utilizados para consecução de fins políticos justificados na opinião pública e demanda por segurança, provocada pelos meios de comunicação.

Os investimentos em segurança pública estão muitíssimo aquém do que seria necessário para se começar a pensar em oferecer segurança e a consequência é que o número de encarcerados cresce a cada dia, de maneira estarrecedora sem que haja capacidade do sistema prisional de absorver esses excluídos da sociedade, e ainda o fenômeno da violência produzida, sobretudo, pelos meios de comunicação de massa, faz a sociedade crer que segurança pública o único meio de proteger os bens jurídicos.

A Política Criminal, então, deve ser responsável e pautada em compasso com os Direitos Humanos, sob pena de ser equivocada, inútil e de colocar em risco não só o ordenamento jurídico de um país, mas toda uma segurança social, vez que age para efetivar a tutela dos bens jurídicos, buscando fornecer orientação aos legisladores para que o combate à criminalidade se faça racionalmente, objetivando colocar em prática a Segurança Pública com o emprego de meios eficazes e adequados.

A tendência moderna é a ampliação do conceito de segurança pública para abranger Políticas Sociais eficazes. Não há como dissociar as duas Políticas: Social e Criminal. O

sucesso desta apenas pode ser alcançado ao se trilharem satisfatoriamente os caminhos daquela. Somente através de uma Política Social eficiente se atinge o objetivo da Política Criminal: segurança pública.

Assim sendo, o sistema sancionatório administrativo e cível apresenta-se com uma funcionalidade maior que o Direito Penal, cumprindo asseverar que a atividade sancionatória deverá ser vinculada a específica idéia de legalidade, uma vez que a aplicação das sanções deverá pressupor tipicidade dos comportamentos, além da manutenção das garantias principiológicas.

O instituto da descriminalização, aplicado aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça discriminados no presente trabalho científico, opera-se com fundamento na crise da demasiada criminalização, ou seja, na expansão do Direito Penal e a intervenção penal, atualmente ilegítimas por não preencherem os pressupostos da dignidade e carência penal, merecimento da pena e necessidade de tutela da pena.

Assim sendo, o Direito Penal não deve servir como instrumento de tutela de novos riscos mediante recurso ao tipo de perigo abstrato, originando um simbolismo penal orientado para conseqüências e resultados, violando a confiança da população no próprio ordenamento e no sistema penal, porquanto se vislumbram alternativas como solução, a saber, a modernização do Direito Penal através da descriminalização de certas condutas com a tutela das novas necessidades por outros ramos do Direito.

Nesse passo, a aplicação de um direito penal mínimo pautado nas máximas garantias constitucionais, sobretudo nos princípios discutidos no decorrer do presente trabalho, fundamentado na indispensabilidade do Direito Penal como *ultima ratio*, denota a real possibilidade de diminuição da intervenção do Direito Penal como contributo a uma política eficiente de segurança pública, onde a pena privativa de liberdade tão somente encontre amparo quando os bens jurídicos realmente relevantes sejam violados, em consonância com os próprios ditames de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRADE, Manoel da Costa. **Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológica-racional del delito: Fundamentos de um sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: Bosch, 1995.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei N° 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 set. 2014.

\_\_\_\_\_. IBGE. Estimativas populacionais. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* N° 27.360 - RJ (209/02421-). Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Brasília, 21 ago. 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* N° 107.615/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli, 06 jun. 2011, noticiado no Informativo n° 639 do STF. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, Recurso Especial N° 835.553/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 20 mar. 2007. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CÂMARA, Paulo Sette. Defesa Social e Segurança Pública. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Org.). **A Violência Multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO, Salo. As reformas parciais no Processo Penal brasileiro. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Reformas Penais em Debate**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

COSTA, Ivone Freire. **Política e Sociedade. Gestão de Segurança Pública, Violência e Controle Social**. Salvador: EDUFBA, 2005.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. Jornadas de Direito Criminal**. CEJ, 1983.

**Dicionário online de português**. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/aprisionar>>. Acesso em: 15 set. 2014.

FERNANDES, Waleiska. Aspectos legais das penas alternativas serão debatidos em Fórum Nacional. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília-DF, 7 ago. 2014, 9h46. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29261-aspectos-legais-das-penas-alternativas-serao-debatidos-em-forum-nacional>>. Acesso em: 10 set. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria del garantismo penal**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. Introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

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

LEAL, César Barros. Delinquência Urbana e Segurança Pública. In: LEAL, César Barros; PIEDADE Jr., Heitor (Coord.). **A Violência Multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A segurança pública na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.109, a. 28, p. 137-148. Jan./mar. 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. Comentários à Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1

PIRES, Álvaro Penna. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Sociologias**, Porto Alegre: PPGS/UFRGS, ano 1, n. 1, jan./jun. 1999, p. 64-95.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SABADELL, Ana Lúcia. O Conceito Ampliado da Segurança Pública e as Mulheres no Debate Alemão. In: LEAL, César Barros; PIEDADE Jr., Heitor (Coord.). **A Violência Multifacetada**: estudos sobre a violência e a segurança pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Alcenir Gomes De. Os modernos movimentos de política criminal e sua relação com as teorias da pena. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 15 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25865&seo=1>>. Acesso em: 20 set. 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria Do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THUMS, Gilberto. **Estatuto do desarmamento**: fronteiras entre racionalidade e razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

YABIKU, Roger Moko. Um estudo de caso sobre a progressão de regime nos crimes hediondos: o hc nº 82.959-7 e a imprensa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1022, 19 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8273>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

WACQUANT, Loïc. **A Globalização da "Tolerância Zero"**. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Buscando o inimigo: de Satã ao Direito Penal. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina. **Criminologia e subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo:



Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl PEERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2011.

## APÊNDICE A – Projeto de Lei de iniciativa popular: descriminalização de tipos penais crimes patrimoniais não violentos

Artigo 1º - Este projeto de lei dispõe sobre a descriminalização de condutas que encerram ilícitos patrimoniais não violentos de forma a retirar do âmbito penal alguns tipos penais, passando-os à condição de ilícitos civis e administrativos, tão somente.

Artigo 2º – Para efeito desta lei, considera-se delito patrimonial não violento e passível de descriminalização:

- I - Furto Simples (Art. 155, CPB);
- II – Furto Privilegiado (Art. 155, § 2º, CPB);
- III – Furto de coisa comum (Art. 156, CPB);
- IV - Alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório (Art. 161, CPB);
- V - Supressão ou alteração de marca de animais (CP. Art. 162);
- VI – Dano (Art. 163, CPB);
- VII - Se cometido contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; ou por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (Art. 163, § Único, III e IV, CPB);
- VIII - Pastoreio ilegítimo ou abusivo (Art. 164, CPB);
- IX - Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (CP. Art. 165, CPB);
- X - Alteração de local especialmente protegido (Art. 166, CPB);
- XI - Apropriação indébita (Art. 168, CPB);
- XII – Apropriação indébita previdenciária (Art. 168-A, CPB);
- XIII - Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (Art. 169, CPB);
- XIV – Estelionato (Art. 171, CPB);
- XV - Induzimento à especulação (Art. 174, CPB);
- XVI - Fraude no comércio (Art. 175, CPB);
- XVII - Outras fraudes: tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento (Art. 176, CPB);
- XVIII - Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações (Art. 177, CPB);

XIX - Emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant* (Art. 178, CPB);

XX - Fraude à execução (Art. 179, CPB);

XXI – Receptação (Art. 180, CPB).

Artigo 3º. Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Salvador, 15 de Fevereiro de 2015.