



**ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**KLEBER MOREIRA RODRIGUES**

**A EXECUÇÃO PENAL A PARTIR DO PARADIGMA DO DIREITO PENAL  
MÍNIMO**

**FORTALEZA-CE**

**2013**

**KLEBER MOREIRA RODRIGUES**

**A EXECUÇÃO PENAL A PARTIR DO PARADIGMA DO DIREITO PENAL  
MÍNIMO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Penal da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Processo Penal.

Orientador: Prof. Ms. Michel Pinheiro.

**FORTALEZA-CE**

**2013**

---

R696a      Rodrigues, Kleber Moreira.  
A execução penal a partir do paradigma do direito penal mínimo/ Kleber  
Moreira Rodrigues – 2013.  
48f.; 30cm

Monografia (especialização) – Escola Superior de Magistratura do Estado  
do Ceará

Curso de Especialização em Processo Penal, Fortaleza, 2013.

Área de Concentração: Direito Processual Penal.

Orientação: Prof. Ms. Michel Pinheiro.

1.Criminalidade . 2. Execução Penal . 3. Direito Penal Mínimo.

CDD 341.43

---

**KLEBER MOREIRA RODRIGUES**

**A EXECUÇÃO PENAL A PARTIR DO PARADIGMA DO DIREITO PENAL  
MÍNIMO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Penal da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Processo Penal.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Ms. Michel Pinheiro (Orientador)  
Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

---

Prof<sup>ª</sup>. Esp. Aline Lima de Paula Miranda  
Faculdade Fanor/ Devry

---

Prof<sup>ª</sup>. Me. Ana Cristina Batista Luz  
Universidade Estácio de Sá

Ao meu filho Pablo Casimiro, que me dá força para lutar por dias melhores.

À minha noiva Michelle, pelo apoio incondicional e pelas horas de atenção diante das minhas angústias.

A Deus e ao Espírito Santo, por me ajudarem e me iluminarem nas horas mais difíceis, e pela nossa parceria nas horas mais felizes.



## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Michel Pinheiro, por aceitar a árdua tarefa de orientação e a quem devoto a mais sincera admiração.

Aos professores Aline Miranda e Ana Cristina, por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia.

“Não temos que fazer do Direito Penal algo melhor,  
mas sim fazer algo melhor do que o Direito Penal.”  
(Gustav Radbruch)

## RESUMO

A pesquisa tem o objetivo de analisar como vem sendo discutida atualmente a questão do Direito Penal e da Execução Penal no Estado brasileiro, tendo como parâmetro de observância uma visão minimalista do Direito Penal. O tema suscita calorosas discussões alimentadas, sobretudo, por interpretações divergentes de alguns setores da sociedade civil. De um lado, os que acreditam ser o Direito Penal a principal arma contra o crescimento da criminalidade, defendendo uma atuação mais repressiva por parte do Estado. Antagônicos a essa visão, estão os que defendem que o Estado não tem legitimidade para punir, tendo em vista não cumprir sua função social. Entre as duas correntes, surge o Direito Penal Mínimo, que defende uma atuação equilibrada do Estado na busca por soluções para o problema da criminalidade, apostando em um Direito Penal que respeite seus princípios constitucionais, procurando soluções alternativas para o combate à violência e, principalmente, que ande de mãos dadas com um Estado Social.

**Palavras-chave:** Criminalidade. Execução Penal. Direito Penal Mínimo. Princípios constitucionais penais. Meios alternativos de combate à violência.

## **ABSTRACT**

The research aims to analyze as is currently being discussed the issue of the Criminal Law, and Criminal Enforcement of the Brazilian state, having as parameter compliance minimalist vision of Criminal Law. The issue raised heated discussions fueled mainly by differing interpretations of some sectors of civil society. On the one hand, those who believe are criminal law the main weapon against the growth of crime, advocating a more repressive action by the state. Antagonistic to this view, are those who argue that the state has no legitimacy to punish in order not fulfill its social function. In between the two streams, there is the Minimum Criminal Law, which advocates a balanced role of the state in search for solutions to the problem of crime; betting on a criminal law that respects constitutional principles, seeking alternatives to combat violence and mainly that goes hand in hand with a social state.

**Keywords:** Crime. Criminal Enforcement. Minimum Criminal Law. Constitutional principles of criminal. Alternative means of combating violence.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E OS MOVIMENTOS POLÍTICO CRIMINAIS DA ATUALIDADE</b> .....	16
<b>2.1 Breves comentários sobre a Execução Penal no Brasil</b> .....	16
<b>2.2 Movimentos político-criminais da atualidade</b> .....	18
<i>2.2.1 Movimento da Lei e Ordem</i> .....	19
<i>2.2.2 Abolicionismo Criminal</i> .....	21
<i>2.2.3 Minimalismo Criminal</i> .....	24
<b>3 BASE PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO PENAL MÍNIMO</b> .....	26
<b>3.1 Os princípios constitucionais penais</b> .....	27
<i>3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i> .....	27
<i>3.1.2 Princípio da Intervenção Mínima</i> .....	30
<i>3.1.3 Princípio da Legalidade</i> .....	32
<i>3.1.4 Princípio da Individualização da Pena</i> .....	33
<i>3.1.5 Princípio da Responsabilidade Pessoal</i> .....	34
<i>3.1.6 Princípio da Proporcionalidade</i> .....	35
<i>3.1.7 Princípio da Limitação das Penas</i> .....	36
<b>4 FORMAS ALTERNATIVAS DE CONTROLE DA CRIMINALIDADE</b> .....	39
<b>4.1 Meios extrapenais de controle da criminalidade</b> .....	39
<b>4.2 Substitutivos penais às penas privativas de liberdade</b> .....	40
<b>4.3 Alternativa para o inchaço do sistema penal</b> .....	42
<b>4.4 O Direito social e substituição ao Direito Penal</b> .....	42
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	45
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	47

## 1 INTRODUÇÃO

Presencia-se, todos os dias, uma crescente onda de violência que aterroriza a população brasileira, gerando um sentimento de insegurança que atinge todas as camadas da população.

Paralelamente, o Estado procura soluções que possam controlar esse avanço, contudo os mecanismos utilizados para a repressão ao crime se mostram insuficientes. Nesse contexto, é importante lembrar que a maior parte da sociedade civil, influenciada pelos meios de comunicação, clamam por uma aplicação mais rigorosa do Direito Penal.

Nos últimos anos, vêm sendo discutidas, de forma incessante, políticas que possam controlar o crescimento da criminalidade. As discussões travadas apontam para a aplicação de forma mais firme do Direito Penal, que se expressa na criação de novos tipos penais, na aplicação com maior ênfase da pena privativa de liberdade e na elevação das penas impostas. Essa aplicação mais firme do Direito Penal é defendida pelos que militam a favor do Movimento de Lei e Ordem, conforme demonstrado por Rogério Greco, na obra *Direito Penal do Equilíbrio*.

A visão de Direito Penal Máximo pode ser observada, também, no âmbito da Execução Penal. Apesar de a Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei das Execuções Penais (LEP), mostrar-se um diploma legal observador dos principais documentos internacionais sobre a matéria, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, na realidade, repara-se um desrespeito aos preceitos previstos na LEP.

O Brasil figura, no plano internacional, como um dos principais violadores dos direitos humanos. Observa-se um problema de eficácia social, ou seja, existem as garantias, no entanto não se efetivam no plano prático. Podem-se mencionar diversos institutos na LEP, tem-se, por exemplo, o art. 11 que prevê as formas de assistência prestadas ao preso provisório ou definitivo, porém é fato incontestável que mencionados direitos, tais como o trazido pelo referido artigo, estão previstos apenas no plano legal.

Para os defensores do Direito Penal Máximo, o Direito Penal é imprescindível para controlar o crescimento da criminalidade. Outra linha de pensamento totalmente antagônica a mencionada, defende o fim do Direito Penal, por entender que esse ramo do Direito pátrio apresenta mais efeitos negativos do que positivos.

Entende-se que a busca por uma solução eficiente para a criminalidade deve ter, como foco principal, uma atuação equilibrada do Direito Penal. A visão do minimalismo

penal defende uma mudança no paradigma do pensar a violência. Tendo em vista que o Direito Penal somente atuaria como *ultima ratio*, aplicar-se-ia um Direito Penal “Mínimo”, o Estado, portanto, interviria minimamente através do Direito Penal, com máximas garantias constitucionais. O debate sobre o tema é acirrado, já que o Estado vem pautando sua política de segurança pública a partir de uma visão maximalista.

O Direito Penal brasileiro está assoberbado de diplomas legais, observa-se, todos os dias, o surgimento de novos tipos penais, e as penas privativas de liberdade são cada vez mais severas e longas, contudo, os índices de violência insistem em aumentar. Para os que defendem o Direito Penal Mínimo, o Estado deve apostar em outros meios para controlar a violência, tais como os meios extrapenais de controle da criminalidade, substitutos penais das penas privativas de liberdade, adotar um sistema prisional que respeite mais o aspecto ressocializador da pena, e, principalmente, substituir o Estado Penal pelo Estado Social.

Obviamente, em alguns casos seria necessária a atuação do Direito Penal, entretanto buscar-se-ia a aplicação de um Direito Penal que respeitasse os princípios constitucionais penais, pautado no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante dessas considerações, buscou-se desenvolver uma pesquisa monográfica para responder aos seguintes questionamentos: quais as bases da política criminal, e, de Execução Penal implantada no Estado brasileiro, tendo como parâmetro de observância o Direito Penal Mínimo? Como a maior utilização dos princípios constitucionais penais, em respeito a uma visão minimalista do Direito Penal, poderia influenciar o Direito Penal e a Execução Penal? Que outras estratégias de política criminal alternativas poderiam ser efetivadas em substituição a pena privativa de liberdade?

Parte-se do pressuposto de que, atualmente, o Estado vem aplicando um Direito Penal Máximo, visto como uma espécie de guardião da ordem social. O Estado acredita que a solução para conter o crescimento da violência é a aplicação do Direito Penal de forma mais rigorosa, que se expressaria na criação de novos tipos penais, na elevação das penas impostas, no afastamento das garantias processuais e na aplicação da pena privativa de liberdade de forma mais presente.

Por sua vez, não se observa qualquer indicativo de que, com essa forma de atuação estatal, tenha-se atingido resultados satisfatórios, apenas presídios superlotados, índice de reincidência criminal altíssimo e população amedrontada, dado ao assustador aumento da criminalidade.

A justificativa para esta pesquisa monográfica tem assento na calorosa discussão acerca de qual deve ser a forma de atuação do Estado diante da crescente criminalidade e qual

sua influência na Execução Penal. Deve o Estado utilizar apenas o Direito Penal ou buscar formas alternativas para a questão criminal, que não somente a aplicação da pena privativa de liberdade, a criação de novos tipos penais ou mesmo o aumento das penas aplicadas. O Direito Penal Mínimo pode e deve ser visto como uma possível solução para o crescimento da criminalidade na sociedade brasileira, tendo como nortes a observância dos princípios constitucionais penais, a recuperação do egresso do sistema penal e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Tem-se como objetivo geral analisar como vêm sendo discutidas atualmente a questão do Direito Penal e a da Execução Penal no Estado brasileiro, tendo como parâmetro de observância uma visão minimalista do Direito Penal, como forma de se pensar em mudanças estruturais na aplicação da pena privativa de liberdade, na tentativa de buscar soluções eficientes que resolvam o problema da criminalidade.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são estudadas através de pesquisa bibliográfica mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, de publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na Internet, que abordem, direta ou indiretamente, o tema em análise. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, por ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. A abordagem é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio. A pesquisa é descritiva, detalhando, explicando, classificando e esclarecendo o problema apresentado; e exploratória, uma vez que procurará aprimorar idéias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

Pretende-se, então, verificar a pertinência do tema abordado, considerando a sua repercussão social e a necessidade de se buscar soluções eficientes no âmbito da Execução Penal, tendo o Direito Penal Mínimo se apresentado como uma real possibilidade de se mudar o paradigma.

Para fins didáticos, a presente monografia divide-se em três capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir:

O primeiro capítulo aborda a Execução Penal no Brasil, a partir de breve apresentação dos movimentos político-criminais que propõem pensar o Direito Penal. Apresenta-se, neste capítulo, os conceitos do Movimento da Lei e Ordem, do Abolicionismo Criminal e do Direito Penal Mínimo.

Prossegue o estudo com a análise dos princípios constitucionais penais, que são vistos como base de orientação do legislador ordinário e do operador do direito para a adoção de um sistema de controle penal voltado para o Direito Penal Mínimo.

Por fim, o terceiro capítulo é dedicado, exclusivamente, à apresentação de formas alternativas de controle da criminalidade, contrapondo-as com a necessidade de aplicação da pena privativa de liberdade.

Ao final, expõem-se as derradeiras considerações deste estudo, refletindo sobre a importância do Direito Penal Mínimo no plano da Execução Penal, e no combate à violência.

## 2 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL E OS MOVIMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS DA ATUALIDADE

### 2.1 Breves comentários sobre a Execução Penal no Brasil

A política para o controle da criminalidade historicamente adotada no Brasil, sempre teve no Direito Penal seu principal foco de atuação. Em um dado momento, a história do Direito Penal no Brasil regeu-se pela legislação portuguesa, posteriormente, por legislação genuinamente brasileira.

Inicialmente, as políticas punitivas eram baseadas nas ordenações manuelinas e filipinas que possuíam um caráter intensamente repressor. O Direito Penal, na fase do Brasil Colônia, tinha função intimidativa, não existiam regras penais e processuais claras e seguras. As camadas dirigentes instrumentalizavam a lei para eliminar os inimigos ou encobrir o enriquecimento ilícito, assim continuavam desfrutando das benesses do poder.

O doutrinador Luiz Flávio Gomes *et al* tece considerações a respeito das características desse momento da história do Direito Penal no Brasil afirmando que:

Esse aberrante Direito penal exteriorizou-se no Brasil por meio das Ordenações Afonsinas, Manuelinas, Sebastiãoicas e, particularmente, do Código Filipino – Livro V das Ordenações do Reino – (1603 a 1830), que possuía, dentre outras, as seguintes características: (a) desumanidade; (b) crueldade; (c) desigualdade; (d) arbitrariedade, (e) violação do princípio da igualdade, da proporcionalidade etc.<sup>1</sup>

Em 1830, após a independência, os ideários ordenativos ficaram de lado, passando-se a construção de uma legislação adequada à nação brasileira, principalmente para afastar o domínio dos colonizadores e a sua opressão.

Somente com o Código Penal, em 1890, passou-se a adotar um regime penitenciário de caráter correccional, com fins de ressocializar e reeducar o detento, e aboliu-se definitivamente a pena de morte. Já no ano de 1984, foi estabelecida a Lei nº 7.210/84, que passou a cuidar da execução das penas, prevendo inúmeros direitos e deveres aos apenados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) trouxe, como principal preocupação, o princípio da humanidade, ou seja, a dignidade da pessoa humana, presente em inúmeros fundamentos trazidos pelo artigo 5º desta carta, como proibição da tortura e respeito à integridade física e moral.

---

<sup>1</sup> GOMES, 2007, v. 1, p. 157.

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que o Direito Penal sempre desempenhou papel importante no controle social e, atualmente, tem surgido como a principal solução para o problema da violência.

No que se refere ao plano da Execução Penal, não se pode perder de vista qual era o verdadeiro espírito do legislador brasileiro quando da criação da Lei nº 7.210/84. Um diploma legal complexo, inspirado por modernas técnicas de ressocialização do indivíduo preso, trazendo a reflexão sobre o contraste entre esse sistema e a realidade de sua aplicação.

A Lei de Execução Penal é excelente em termos de direitos garantidos aos apenados, pois nela há previsões que contemplam desde o espaço nas celas à assistência que o preso necessita. No entanto, presencia-se um total abandono por parte das autoridades responsáveis pela organização e pela manutenção do sistema prisional, tornando o que deveria ser um instrumento de ressocialização em uma verdadeira escola do crime.

É imprescindível que não se perca de vista que, mesmo no momento em que o indivíduo perde a liberdade pelo cometimento de um crime, ele continua a ter direitos estabelecidos, intrínsecos do ser humano. Deve-se mudar a consciência social, no que diz respeito ao tratamento dado aos apenados, não que o preso deva ter regalias que o cidadão comum não possua, mas uma política de inclusão, que trata o preso como preso, mas em primeiro lugar como ser humano.

Torna-se importante mencionar que a CF/88, no inciso XLVII, veda de forma expressa a pena de morte, salvo no caso de guerra declarada, bem como a prisão perpétua. Desta feita, todos os apenados mais cedo ou mais tarde retornarão ao convívio social, oriundos de um sistema penal falido, que não cumpriu sua função ressocializadora. O Brasil, segundo dados da BBC Brasil, possui a 4ª (quarta) maior população carcerária do mundo e o déficit de 200 (duzentas) mil vagas.<sup>2</sup>

Com cerca de 500 mil presos, o Brasil só perde em números para os Estados Unidos (2,2 milhões), China (1,6 milhão) e Rússia (740 mil). Um problema que só cresce, sem que se possa visualizar, por parte dos órgãos estatais responsáveis pela política penitenciária, mudanças reais. Unidades superlotadas, péssimas condições de higiene, falta de assistência psicossocial, ausência de classificação e de separação dos presos por delitos cometidos, mistura de presos provisórios (sem julgamento) com presos definitivos (condenados) e falta de assistência judiciária são apenas alguns dos problemas existentes.

---

<sup>2</sup> KAWAGUTI, Luis. Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e déficit de 200 mil vagas. **BBC Brasil**, São Paulo, 29 de Maio de 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529\\_presos\\_onu\\_1k.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_1k.shtml)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

Ademais, faltam programas efetivos de assistência ao egresso, programas de trabalho que possibilitem a reinserção social. É importante ressaltar que o Brasil adota a Teoria Mista ou Eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização; pretende, portanto, integrar socialmente o condenado ou internado. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Outro aspecto importante a ser tratado refere-se à natureza jurídica da Execução Penal. Renato Marcão, mencionando Ada Pellegrini Grinover, afirma que:

Na verdade, não se nega que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estaduais: o judiciário e o executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.<sup>3</sup>

A Execução Penal, como mencionado, é uma atividade complexa, no entanto, apesar da intensa atividade administrativa, possui natureza jurisdicional. Desta feita, conclui-se que, na Execução Penal, presencia-se a sujeição aos princípios e às garantias constitucionais.

## 2.2 Movimentos político-criminais da atualidade

É incontestável o crescimento da violência na sociedade brasileira. Uma criminalidade que não escolhe classe social, etnia, credo: todos, indistintamente, de alguma forma acabam sendo vítimas dessa barbárie urbana. Observa-se as mais absurdas cenas de violência, desde os crimes praticados pelas camadas mais humildes, aos crimes praticados pela elite econômica, o fator é: vive-se atualmente um “boom” na criminalidade.

O Estado brasileiro busca, através das políticas públicas de segurança implantadas na atualidade, soluções que possam resolver esse lamentável quadro de violência. Contudo, a forma como o Estado vem tratando o crescimento da criminalidade não tem resolvido, de forma eficiente, a questão da violência.

As medidas aplicadas pelo Estado para conter o crescimento da violência são vistas por muitos como paliativas, uma vez que não atuam no cerne do problema. A discussão em apreço é por demais polêmica e tem suscitado calorosos debates, não só em campos acadêmicos e jurídicos, como também na sociedade em geral, a principal interessada.

---

<sup>3</sup> MARCÃO, 2012, p. 32.

Alguns setores defendem que a solução para a criminalidade é a intervenção do Estado de forma mais rigorosa, o chamado Movimento da Lei e Ordem, que prega a aplicação de um Direito Penal Máximo. Contrapondo-se a esta corrente, vê-se o movimento que defende o Abolicionismo Criminal, que prega o fim do Direito Penal, e, entre as duas visões, observa-se o Direito Penal Mínimo, que defende a atuação do Direito Penal somente quando realmente necessário.

Apresenta-se a seguir as principais tendências ou movimentos que se propõem a pensar o Direito Penal na atualidade.

### ***2.2.1 Movimento da Lei e Ordem***

O Movimento da Lei e Ordem tem no Direito Penal uma espécie de guardião da ordem social. Para os seguidores dessa linha de pensamento, a solução para conter o crescimento da violência é a aplicação de forma mais rigorosa do Direito Penal, que se expressaria na criação de novos tipos penais, na elevação das penas impostas, no afastamento das garantias processuais e na aplicação de forma mais presente a pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, torna-se importante ressaltar que a sociedade civil, influenciada pelos meios de comunicação de massa, fortalece o coro em defesa do Movimento da Lei e Ordem, tornando-se, hoje, um dos principais responsáveis pelo fortalecimento do discurso do Direito Penal Máximo. Todos os dias, os telejornais, a imprensa escrita e os programas de jornalismo policial trazem comentários que dizem respeito ao crescimento da violência, ao aumento da criminalidade e, quase sempre, as opiniões convergem para o discurso da necessidade de uma maior atuação do Direito Penal.

Sobre a influência da mídia na defesa do Direito Penal Máximo, Rogério Greco afirma:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudesimento das penas, criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.<sup>4</sup>

Dessa forma, todos acabam sendo induzidos a acreditar ser o Direito Penal a única solução para combater a violência. No entanto, observa-se que mesmo após inúmeras políticas

---

<sup>4</sup> GRECO, 2009, p. 12.

de segurança pública que pregam um maior rigor penal, os índices de violência continuam a aumentar assustadoramente, mostrando o quanto é falho esse tipo de política.

A grande dificuldade na utilização do Direito Penal, como solução para o crescimento da violência, diz respeito à forma de atuação desse ramo do direito pátrio. O Direito Penal age apenas de forma assintomática, não atuando no cerne do problema, mas quando o mesmo já está criado, tardiamente, não resolvendo o problema na sua origem, tornando-se dessa forma uma medida meramente paliativa.

O discurso de necessidade de um Direito Penal mais rigoroso existe apenas para esconder a verdadeira face do problema, a miséria social. Não se deve acreditar ser possível resolver o problema da violência somente com a utilização do Direito Penal. O Estado deve parar com o discurso de que se deve criar um “bom Direito Penal” e procurar algo melhor do que o Direito Penal.

O Brasil apresenta-se ao mundo como uma das nações mais desiguais. Possui uma população imensurável de analfabetos, sem oportunidade de emprego ou renda e pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza, famintos e desafortunados. Acreditar, que, apenas através do Direito Penal, resolverá o problema da criminalidade, é esconder o verdadeiro problema e legitimar um discurso falacioso que esconde a verdade dos fatos.

O próprio Estado brasileiro estimula a violência, a partir do momento em que não desempenha satisfatoriamente seu papel social. Quando o Estado Social é deixado de lado para dar lugar a um Estado Penal, está-se priorizando uma via repressiva, relegando a segundo plano, investimentos em educação, incentivos à cultura, ao lazer e ao esporte, dentre outros direitos sociais garantidos na Constituição Federal de 1988.

A grande verdade é que o Estado não garante, para a maioria da população brasileira, os direitos sociais mínimos, pois, em vez de se preocupar em implantar uma política garantista, voltada para a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, uma política que respeite os direitos sociais previstos no texto constitucional, busca soluções num sistema imensuravelmente repressor, desumano e seletivo.

Uma das principais soluções apresentadas pelos defensores do Movimento da Lei e Ordem, no combate à violência, é a aplicação de forma mais rigorosa da pena privativa de liberdade. As penas privativas de liberdade que já foram, outrora, um marco na história da justiça penal, hoje, não atendem às expectativas da sociedade contemporânea.

É gritante a falência deste instituto penal, pois não existe recuperação do criminoso. O fracasso da pena de prisão, no que tange a seu aspecto ressocializador, é incontestável. Acreditar que a pena de prisão, nos moldes de como ela é aplicada no Brasil, é

solução eficaz no combate à criminalidade, é um retrocesso na história das penas, como visto, e um discurso falacioso para tirar o foco do verdadeiro problema.

É bem verdade que houve época em que se lutou para que a pena privativa de liberdade fosse instituída em substituição às penas cruelíssimas e desumanas que então vigoravam. Hoje, em face da falência dessa pena, urge a necessidade de se aplicar outras, compatíveis com a realidade nacional e com a humanização do Direito Penal.

Atualmente, a pena privativa de liberdade não atende de forma satisfatória as três metas a que se propõe. A meta retributiva é vista hoje quase como uma vingança institucionalizada por parte do Estado. Tornou-se uma tentativa de exclusão do seio social das pessoas que não se adequaram ao sistema vigente, esquecendo que essas mesmas pessoas, muitas vezes, jamais tiveram oportunidade de viver de forma digna e, verdadeiramente inserida em sociedade.

A segunda meta ou função da pena é a preventiva, que tem por objetivo fazer como que a pena privativa de liberdade evite o cometimento de novos crimes. No entanto, observa-se que os índices de violência só aumentam, não havendo dessa forma uma prevenção eficaz, pois não existe, por parte da pena privativa de liberdade, um cunho verdadeiramente didático, e, sim, eminentemente repressivo.

A terceira meta, intrinsecamente ligada à meta acima aludida, é a ressocializadora, talvez seja a que mais vem sendo desrespeitada. O atual sistema penal implantado no Brasil não ajuda na ressocialização do apenado. O tratamento desumano, a promiscuidade no ambiente do cárcere e a falta de políticas públicas que incentivem o retorno do egresso ao seio social podem ser apontados como fatores que influenciam o fenômeno da reincidência criminal.

É fácil perceber o quanto a pena privativa de liberdade vem sendo insuficiente na solução do problema da violência. Observa-se, pelo Estado, a aplicação de um Direito Penal concebido para o mal, para a punição, esquecendo que a função da pena é, principalmente, prevenir e ressocializar, funções que, se melhor aplicadas, poderiam contribuir de forma mais satisfatória para o combate da criminalidade.

### ***2.2.2 Abolicionismo Criminal***

Antagônica à visão do Movimento da Lei e Ordem, observa-se a linha dos que são favoráveis ao Abolicionismo Criminal. Para os defensores da corrente abolicionista, a pena e

o próprio Direito Penal possuem efeitos mais negativos que positivos; advogam, por isso mesmo, pela eliminação total (presente e futura) de qualquer espécie de controle “formal” do delito, que deve dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos.

As posturas abolicionistas não reconhecem justificção alguma ao Direito Penal e propugnam pela sua eliminação, considerando, como aludido, que as vantagens proporcionadas por ele são inferiores ao custo do mal ocasionado. Destarte, a meta do abolicionismo é, portanto, o desaparecimento do sistema penal, mas isso não significa abolir todas as formas coercitivas de controle social.

A sociedade conta com inúmeras formas não penais de solução de conflitos: reparação civil, acordo, perdão, arbitragem. Com o desaparecimento do sistema punitivo estatal, surgiria, na visão dos abolicionistas criminais, a possibilidade de se abrir um convívio mais sadio e dinâmico, trilhando caminhos de uma nova justiça. Buscar-se-ia, com o abolicionismo criminal, a não intervenção do Estado na solução dos conflitos, deixando que a própria sociedade encontre mecanismos eficazes e menos repressivos, capazes de alcançar a paz social.

Para os abolicionistas criminais, um dos grandes problemas do Direito Penal refere-se à análise isolada dos acontecimentos, como se fosse um “*flash*”, dando pouca importância para o contexto biopsicossociológico que ocasionou o cometimento do delito. O Direito Penal, na visão dos abolicionistas, preocupa-se apenas em analisar o fato delituoso isoladamente, excluindo todo o contexto gerador do crime, como, por exemplo, a análise do criminoso, da vítima, o estudo dos fatores internos e externos que influenciaram a prática delituosa etc.

Outra crítica feita pelos abolicionistas funda-se no pressuposto de que o Direito Penal quase sempre recai sobre a parte mais débil e sobre os extratos econômicos mais desfavorecidos da sociedade. O Direito Penal não castiga de forma igualitária as infrações penais e os sujeitos ativos do crime, pois o Direito Penal é seletivo, escolhe, de forma sutil, quem e como punir. De acordo com Rogério Grego, o Direito Penal tem seu público-alvo:

Nem todas as pessoas farão parte de sua ‘clientela’. Aqueles que militam nessa seara podem testemunhar, com segurança, que o direito penal tem cor, cheiro, aparência, classe social, enfim, o Direito penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas, pré-escolhidas para fazer parte do show.<sup>5</sup>

Outra crítica apresentada pelos que advogam pelo fim do Direito Penal diz respeito à pena de prisão. Para os abolicionistas criminais, a pena privativa de liberdade não é

---

<sup>5</sup>GRECO, 2009, p. 6.

útil, e despersonaliza e dessocializa o preso, não existindo recuperação. Assim, as penas de prisão mais marginalizam o apenado do que o recuperam. As penas seriam perdidas, porque implicam um sofrimento inútil, não atingindo o objetivo maior da pena privativa de liberdade, que é recuperar o condenado.

Defendem os abolicionistas que as penas privativas de liberdade de curta duração deveriam ser substituídas pelas restritivas de direito. Já as penas de longa duração deveriam ser aplicadas levando em consideração não apenas a meta retributiva ou punitiva, mas, principalmente, as metas preventiva e ressocializadora, objetivando recuperar os apenados, o que evitaria, significativamente, o grave fenômeno da reincidência criminal.

Contudo, advogar a abolição do Direito Penal pode ser um nobre desejo, mas um tanto quanto utópico para sociedade atual. É muito digno de elogios o raciocínio abolicionista, mas existem situações para as quais não se imagina outra alternativa que não a aplicação do Direito Penal.

Agora, é importante mencionar que o Abolicionismo Criminal apresenta inúmeras possibilidades que poderiam ser utilizadas para mudar o paradigma do pensar o Direito Penal. Luiz Flávio Gomes afirma, com maestria, que:

[...] vemos o abolicionismo com ‘reservas’, mas mesmo assim é possível fazer ‘bom uso’ dele, sem ser abolicionista. Suas teses, no mínimo, possuem grande fundo ‘ético’. No que diz respeito à desconexão do sistema, por exemplo, vejamos uma situação que bem se ajusta ao caso: pela Súmula 554 do STF, o pagamento do cheque sem fundos antes do recebimento da denúncia obsta o prosseguimento da ação. Extingue-se, em consequência a punibilidade.<sup>6</sup>

Acontece que a legislação penal pátria ainda está extremamente impregnada de uma visão do Direito Penal Máximo. Observam-se algumas mudanças importantes, significativas, mas ainda isoladas. O Direito Penal brasileiro deve buscar implantar o que os abolicionistas chamam de “civilização dos conflitos penais”, que seria a resolução dos conflitos pela não ingerência estatal, sempre que for possível. Os postulados abolicionistas foram atendidos, pelo menos em parte, no Brasil, pela Lei nº 9.099/95 como se verá em capítulo próprio.

Talvez, futuramente, tenha, na nossa legislação penal, uma forte influência abolicionista, mas não se pode esquecer que os problemas vão bem além da questão penal. Tem-se que resolver os problemas sociais, objetivar a construção de uma sociedade mais igualitária, menos repressiva e, principalmente, mais humana.

---

<sup>6</sup>GOMES, Luiz Flávio *et al.*, 2007, p. 274.

### 2.2.3 *Minimalismo Criminal*

Do sopesamento das duas correntes apresentadas, surge uma linha moderada, que propugna por um Direito Penal “Mínimo”, isto é, mínima intervenção, com máximas garantias.

Para a corrente minimalista, o Direito Penal deve intervir como *extrema ratio*, ou seja, quando não houver possibilidade de atuação através de substitutos penais. A finalidade do Direito Penal seria a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Como o ramo mais duro do direito, o Direito Penal só deve ser aplicado em último caso, quando não for possível resolver de outra forma.

A sociedade brasileira reivindica soluções rápidas para a questão da criminalidade. Uma tendência político-criminal que tenha o Direito Penal Mínimo como parâmetro de observância buscará uma aplicação equilibrada do Direito Penal, respeitando sua base principiológica. Conforme leciona Rogério Greco:

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

A finalidade, portanto, de um Direito Penal do Equilíbrio é evitar a aplicação desnecessária e cruel do mais forte de todos os ramos do ordenamento jurídico, com todas as suas sequelas, que por todos são conhecidas, a exemplo da estigmatização do egresso, da dificuldade de sua reinserção ao convívio em sociedade, da sua marginalização, pois que a prisão, ao invés de ressocializar, corrompe o condenado.<sup>7</sup>

Conforme observado, uma das características mais marcantes do Direito Penal Mínimo é a observância dos princípios constitucionais penais, tendo, como central e orientador de todos os outros, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para os que defendem uma aplicação minimalista criminal, o Direito Penal deve ser visto apenas como um meio de ação do qual a sociedade dispõe para lutar contra a criminalidade. Existem diversos outros modos de tentar uma solução que não através do Direito Penal. O Estado poderia lançar mão de meios extrapenais, menos devastadores e severos para conter a violência, entre os quais podem ser mencionados: uma boa política social; medidas no âmbito do Direito Civil (reparação de dano, ressarcimento por enriquecimento ilícito); medidas no âmbito do Direito Administrativo (multas, sanções disciplinares, privação de concessões), dentre inúmeras outras desprovidas de caráter penal.

---

<sup>7</sup>GRECO, 2009, p. 24.

Como observado, o Direito Penal só se faria presente quando não fosse possível solucionar através de outros ramos do Direito, quando fosse realmente necessário. Buscar-se-ia, primeiramente, soluções menos lesivas, por exemplo, as medidas instituídas na Lei nº 9.099/95, tais como: a composição civil extintiva de punibilidade a que aludi o artigo 74, a transação penal prevista no artigo 76, a suspensão condicional do processo, previsão do artigo 89.

O Direito Penal Mínimo pode ser visto como um vetor para o surgimento de uma nova política criminal. Rogério Greco fala da adoção do Direito Penal Mínimo:

A adoção verdadeira de um Direito Penal Mínimo, pautado na teoria garantista apregoada por Luigi Ferrajoli, em um Estado Constitucional de Direito, fará com que o legislador observe atentamente os direitos fundamentais consagrados em nosso texto constitucional, bem como nos tratados e convenções internacionais que digam respeito aos direitos humanos, com plena aplicação em nosso ordenamento jurídico.<sup>8</sup>

Como observado, o sistema penal brasileiro carece da observância de seus princípios gerais, que deveriam nortear tanto o legislador na criação dos tipos penais, como servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correta interpretação.

O Brasil, constituído como um Estado Democrático de Direito, deve pautar sua política criminal observando os princípios constitucionais penais que fixam os “infranqueáveis” limites do direito de punir do Estado, quais sejam: a) dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c) legalidade; d) individualização da pena; e) responsabilidade pessoal; f) proporcionalidade; g) limitação das penas.

O Direito Penal Mínimo configura, destarte, uma das mais destacadas tendências da política criminal moderna. Como visto, não consiste em acabar com o Direito penal, senão minimizar sua utilização para resolução dos conflitos penais.

Inicia-se, no próximo capítulo, uma análise mais pormenorizada dos argumentos trazidos pelos defensores do Direito Penal Mínimo, como forma de se criar uma mudança no pensar o Direito Penal e o processo de Execução Penal pátrio, objetivando assim, a busca por soluções para a questão do crescimento da criminalidade na sociedade brasileira.

---

<sup>8</sup>GRECO, 2009, p. 2.

### 3 BASE PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Como visto, muito se tem debatido sobre qual a solução para a crescente onda de violência que amedronta a sociedade. A todo instante, o discurso do Direito Penal Máximo tenta fazer a sociedade acreditar que, mediante o recrudesimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.

Com efeito, observa-se que, apesar do Estado ter direcionado sua política de segurança pública para aplicação de um Direito Penal Máximo, a violência continua a aumentar. O Estado tem que pensar rapidamente em soluções eficientes para a questão da criminalidade, que vão além do Direito Penal, que atinjam o campo social e que tragam mudanças significativas.

O Direito brasileiro, no qual se inclui o Direito Penal, é meramente simbólico, falacioso, existindo apenas no plano legal. Maura Roberti, mencionando Marcello Cerqueira, dá exemplos históricos acerca do que seria um direito simbólico, ao relatar que:

A Constituição Imperial, de fato, trazia a declaração dos direitos e garantias individuais do cidadão em seu bojo, embora a maioria da população permanecesse escravizada e sem cidadania. A Carta também iria assegurar a liberdade de expressão, mas desde que a favor do Imperador e do governo, pagando com a vida muitos os que imaginaram contar com direito que a lei assegurava. [...] As torturas foram abolidas na Carta mas praticadas continuamente nas senzalas: [...]. Era a face cruel do regime que a ideologia liberal que parecia inspirar a lei não conseguia esconder.<sup>9</sup>

O Direito Penal, como não poderia deixar de ser, retrata o momento histórico e cultural da sociedade brasileira. Seus fundamentos são retirados dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos presentes em uma sociedade capitalista e imensuravelmente desigual. Não há como pensar uma mudança na realidade penal brasileira, sem levar em consideração todos os fatores sociais que corroboram o aumento da criminalidade.

Toda essa discussão aplicada à Execução Penal tem como papel fundamental aproximar o ideal normativo da realidade prática. Não diferentemente dos demais ramos do direito pátrio, na Execução Penal se observa um distanciamento entre o que prevê os dispositivos legais referentes à Execução Penal e o que é aplicado na realidade. Como já mencionado, a Lei nº 7.210/84 pode ser considerada como uma boa lei, principalmente se

---

<sup>9</sup> ROBERTI, 2001, p.118.

interpretada com outros dispositivos legais como o Pacto San José de Costa Rica, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens etc.

A observância aos princípios constitucionais na Execução Penal vem da sua própria natureza jurídica, apesar da intensa atividade administrativa possui natureza jurisdicional. Desta feita, conclui-se que, na Execução Penal, presencia-se a sujeição aos princípios e às garantias constitucionais.

Isso posto, passa-se ao exame de alguns princípios que fundamentam o Direito Penal Mínimo como uma nova possibilidade de criar uma mudança no paradigma do pensar o Direito Penal e a Execução Penal.

### **3.1 Os princípios constitucionais penais**

A principal característica do Direito Penal Mínimo é o respeito aos princípios constitucionais penais. Para entender a importância dos princípios para a ciência do Direito, torna-se importante citar a magistral conceituação dada por Miguel Reale:

Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são ‘verdades ‘fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*.<sup>10</sup>

Como observado, os princípios para o Direito devem ser vistos como uma fonte imprescindível de análise. Os sistemas legais não são suscetíveis de cobrir todo o campo de experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, impossíveis de serem vislumbradas, sequer, pelo legislador. Diante dessas lacunas, surge a possibilidade de se aplicar os princípios do direito.

Para o Direito Penal, os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário e o operador do direito para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal Mínimo e garantista.

#### ***3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana***

O princípio da dignidade da pessoa humana tem por base histórica o cristianismo. Surge da necessidade de tratar de forma igualitária todos os homens, fossem eles livres ou

---

<sup>10</sup> REALE, 2007, p. 303.

escravos, demonstrando a essência daquele verdadeiro cristianismo personalizado na pessoa de Jesus.

Para o direito pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser visto como uma limitação do poder punitivo estatal, que não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. Desta feita, ficam proibidas as penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e de maus-tratos nos interrogatórios policiais, além de criar a obrigação, por parte do Estado, de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e de recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados.

As aludidas garantias trazidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana têm previsão na nossa Carta Magna e em legislações internacionais. Prevê a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:  
[...]  
III – a dignidade da pessoa humana<sup>11</sup>

No plano interno, inúmeros são os dispositivos constitucionais que servem de apoio para a construção do referido princípio: a proibição da tortura, assim como a do tratamento cruel, desumano ou degradante (CF, art. 5º, III); o respeito à integridade física do detento (CF, art. 5º, XLIX); a individualização da pena (CF, art.5º, XLVI); e a vedação da aplicação de pena de natureza cruel e degradante (CF, art. 5º, XLVII).

Já a base internacional do princípio reside na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê no art. V que: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que alude no seu art. 10.1: “Toda pessoa privada da sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana”; e por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu art. 5º traz que: “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Como observado, são abundantes os institutos legais que prevêm o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, ainda se observa atualmente exemplos grotescos de desrespeito ao princípio em apreço. Alguns dos mais festejados doutrinadores do Direito Penal pátrio vê no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) uma forma de retrocesso

---

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir da cominação de uma punição cruel e desumana, portanto, teoricamente, inaplicável no Brasil.

Prevê, o Regime Disciplinar Diferenciado, o isolamento celular do apenado por 360 dias, prorrogável por igual período. Na lição de Cezar Roberto Bitencourt:

Com efeito, o regime disciplinar diferenciado – instituído pela Lei n. 10.792/2003 – viola o objetivo ressocializador do sentenciado, vigente na sociedade contemporânea desde o Iluminismo. A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu primeiro artigo, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Constituição Federal [...] o regime disciplinar diferenciado constitui o exemplo mais marcante e mais recente na legislação brasileira de violação do princípio de humanidade da pena, não passando de forma cruel e degradante de cumprimento de pena; representa, na verdade, autêntica vingança social, e tem o castigo como o único objetivo, desprezando por completo a recuperação social, primado declarado da pena privativa de liberdade.<sup>12</sup>

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, institutos como o RDD devem ser declarados inconstitucionais, pois atentam contra a um princípio constitucional.

São inúmeros os exemplos que ferem o princípio da dignidade da pessoa humana. Veja-se, o que ocorre, via de regra, no sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como os da superlotação carcerária, dos espancamentos e da ausência de programas de reabilitação.

Está longe ainda de alcançar o sistema ideal, isto é, um sistema penal e penitenciário totalmente humanizado. Por isso, deve-se buscar a implantação, por parte do Estado, de políticas de segurança pública que respeitem verdadeiramente o ser humano, que tenham, no princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio orientador de todos os outros. Tudo na tentativa de se criar uma sociedade mais humana e menos violenta, como forma de melhor conter a criminalidade.

---

<sup>12</sup> BITENCOURT, 2008, p. 18.

### 3.1.2 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser observado como se fosse o coração do Direito Penal Mínimo. Para a boa análise do princípio da intervenção mínima, devem-se observar dois enfoques diferentes, a saber:

O primeiro busca uma análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas. Procura-se, nesse enfoque, entender a própria finalidade do Direito Penal, que, para o Direito Penal Mínimo, é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Partindo dessa visão, somente os bens de maior relevo é que merecerão a atenção do legislador penal. Percebe-se, com clareza, que a primeira vertente do princípio da intervenção mínima gira em torno, especificamente, da teoria do bem jurídico, que prega a proteção apenas dos bens de interesse coletivo ou social que gozem de importância para o Direito Penal.

O segundo enfoque surge quase como uma complementação do primeiro. Diz que o Direito Penal deve ser aplicado de forma subsidiária, tendo em vista a drasticidade de sua intervenção, permitindo, assim, ancorar-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, espera-se que outros ramos do ordenamento jurídico, com primazia, procurem fazer a proteção dos bens jurídicos, somente sendo necessária a intervenção do Direito Penal quando esses outros ramos demonstrarem que são ineficazes ou insuficientes à sua proteção.

O Direito Penal, para os defensores do princípio da intervenção mínima, deve ser entendido como a *ultima ratio* de intervenção do Estado, mostrando seu caráter subsidiário, devendo atuar somente quando os demais ramos do Direito se revelarem incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

A aplicação do princípio da intervenção mínima vem sendo a todo instante desrespeitada pelo legislador pátrio que cria tipos penais de forma indiscriminada. Na verdade, pelo menos em nosso país, a sociedade, cansada de presenciar atos atrozés que lhe causam repugnância, busca, cada vez mais, a tipificação de comportamentos até então considerados indiferentes para o Direito Penal como forma de controle da violência.

Ocorre que essa prática vem gerando o que muitos estudiosos chamam de “inflação legislativa”, que muitas vezes conduz ao descrédito e à desmoralização do Direito Penal. Rogério Greco, a seu turno, criticando a criação descontrolada de tipos penais, aduz:

[...] a criação exagerada de tipos penais (incriminadores) fará com que o Direito Penal se ocupe de proteger bens que não têm importância necessária por ele exigida,

nivelando-se aos outros ramos do ordenamento jurídico, mesmo sendo as suas penalidades as mais estimatizantes; já os adeptos das teses maximalistas aduzem que a sociedade deve valer-se desse meio forte de imposição de terror, que é o Direito Penal, a fim de tentar evitar a prática de comportamentos em tese a ela danosos ou perigosos, não importando o *status* que goze o bem que com ele se quer proteger. Para os maximalistas, o Direito Penal teria um papel educador, isto é, mediante a imposição de suas graves sanções, inibiria aquele que não está acostumado a tender às normas de convivência social a praticar atos socialmente intoleráveis, mesmo que de pouca ou nenhuma importância.<sup>13</sup>

Como visto, deve-se selecionar de forma criteriosa quais os bens jurídicos que serão protegidos, pois somente aqueles realmente importantes merecerão a proteção do Direito Penal. Destarte, mesmo o bem tendo sido considerado relevante, se outros ramos do ordenamento jurídico puderem, com eficiência, fazer a sua proteção, não haverá a necessidade da intervenção radical do Direito Penal.

Um flagrante do desrespeito ao princípio da intervenção mínima pode ser observado na Lei nº 9.605/98. De forma magistral Rogério Grego descreve:

Vejamos a hipótese da criação de tipos penais incriminadores pela Lei nº 9.605/98 que, em tese, podem ser praticados pelas pessoas jurídicas. O *catup* do art. 54 do mencionado diploma legal proíbe a conduta de *causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora*, punindo o infrator, se pessoa física, com uma pena de reclusão que varia entre um e quatro anos e multa.

A pessoa jurídica que pratica tal infração penal, obviamente, não poderá ser submetida à mencionada pena de reclusão, em face da sua peculiar natureza mas tão-somente às penas determinadas pelo art. 21 da Lei. 9.605/98, vale dizer : I – multa; II – restritiva de direito; III – prestação de serviços à comunidade.

À primeira vista, podemos até ceder à tentação de se levar a efeito a punição, por meio do Direito Penal, de uma pessoa jurídica, pelo fato de que o dano ambiental por ele produzido tem repercussões sérias e importantes no meio ambiente, patrimônio de todos. Queremos afirmar, portanto, que o bem juridicamente protegido pelo art. 54, por exemplo, da referida Lei, ou seja, o meio ambiente, é de relevada importância, razão pela qual o primeiro raciocínio necessário à criação do tipo penal incriminador estaria preenchido.

Contudo, de acordo com o enfoque minimalista, não só a importância do bem permite a criação da figura típica, mas, além de tal aferição, mister se faz que, ainda em plano abstrato, o legislador chegue à conclusão de que os outros ramos do ordenamento jurídico, caso tentem protegê-lo, sozinhos, sem a intervenção do Direito Penal, não terão sucesso.

Na hipótese em estudo, ou seja, sobre a necessidade de chamar o Direito Penal a intervir, nos casos de crimes ambientais, a fim de se responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, entendemos que o princípio da intervenção mínima, sob a vertente da subsidiariedade, foi brutalmente violado.

Isso porque, como é cediço, o Direito Administrativo, mediante o seu poder de polícia, pode proteger, como muita mais rapidez e eficácia, o meio ambiente, sem que se faça necessária a presença do Direito Penal. As penas previstas pela Lei Ambiental, quase em sua totalidade, podem ser aplicadas também pelo Direito Administrativo, via poder de polícia, tanto na permissão inicial pra instalação de

---

<sup>13</sup> GRECO, 2009, p. 66.

uma empresa, quanto na fiscalização de suas atividades após o começo de sua operacionalização.<sup>14</sup>

Com efeito, o que acontece na prática, quando da aplicação do Direito Penal na proteção ao meio ambiente, é que, para chegar à aplicação de multas ou mesmo à interdição de atividade nos crimes praticados por pessoas jurídicas, precisa-se respeitar o *due process of law*, com o necessário contraditório e ampla defesa, tornando imensuravelmente dificultoso a aplicação de uma sanção.

No Direito Administrativo, como regra, primeiro aplica-se a medida necessária para cessar a atividade danosa tendo em vista a característica da autoexecutoriedade do ato administrativo e, somente após as medidas administrativas, é discutida a sua legalidade por meio do Poder Judiciário. Assim, torna-se o poder de polícia administrativo, por exemplo, caso ocorra um dano ao meio ambiente produzido por uma pessoa jurídica, infinitamente mais eficaz e célere do que a utilização do Direito Penal.

Sendo assim, mostra-se necessário uma maior observância ao princípio aludido como forma de se criar uma cultura de despenalização e, assim, buscar a aplicação subsidiária do Direito Penal.

### ***3.1.3 Princípio da legalidade***

Preleciona o princípio da legalidade sobre o controle do poder punitivo estatal, tendo como função precípua, limitar possíveis arbitrariedades cometidas pelo Estado na utilização do Direito Penal.

É inadmissível se pensar um Estado Democrático de Direito que não tenha, como um dos seus princípios norteadores, o princípio da legalidade. Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que, antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

O princípio da legalidade tem previsão constitucional. Ao proteger os direitos e as garantias fundamentais, o artigo 5º, inciso XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ademais, é importante mencionar que não basta na feitura das leis a observância da legalidade de cunho meramente

---

<sup>14</sup> GRECO, 2009, p. 74.

formal, sendo necessário, outrossim, investigar a respeito de sua compatibilidade material com o texto que lhe é superior, vale dizer, a constituição.

De acordo com a concepção material do princípio da legalidade, preconizada por Ferrajoli e chancelada por Nilo Batista, o *nullum crimen nulla poena sine lege* deverá observar quatro vertentes que lhe são inerentes, a saber: a) *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; d) *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.<sup>15</sup>

Apesar da segurança jurídica advinda do brocado acima aludido, alguns institutos legais teimam em contrariar o princípio orientador do direito pátrio. A Lei nº 10.792/2003, já mencionada anteriormente quando se tratava do princípio da dignidade da pessoa humana, também se apresenta contrária ao princípio da legalidade. Cezar Roberto Bitencourt, dissertando sobre a Lei nº 10.792/2003, diz:

[...] a Lei n. 10.792/2003, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. A tipificação legal exige que a norma contenha a descrição hipotética de comportamento proibido com alguma precisão, como forma de impedir o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma punição sem uma correspondente infração penal. É intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como ‘alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal’ ou ‘recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação’ (art. 50, §§ 1º e 2º), sem declinar que ‘tipo de conduta’ poderia criar o referido ‘alto risco’ ou caracterizar ‘suspeitas fundadas’, como sugere aquele diploma legal.<sup>16</sup>

Inadmissível pensar uma lei que traga conceitos tão vagos e imprecisos. Considerando, enfim, a boa segurança jurídica, deve-se respeitar o princípio da legalidade, devendo ser observado como um dos princípios basilares de um Estado intitulado como Democrático de Direito.

### **3.1.4 Princípio da individualização da pena**

Compete ao princípio da individualização da pena, no enfoque proposto pelo Direito Penal Mínimo, determinar a sanção correspondente a cada infração penal. Importante mencionar que o princípio da individualização da pena ocorre em três fases distintas:

---

<sup>15</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 307.

<sup>16</sup> BITENCOURT, 2008, p. 2-3.

A primeira fase, chamada de cominação, é quando o legislador, após eleger os bens importantes e necessários ao convívio social, dá início a um trabalho de individualização, determinando a importância de cada bem, sendo que, neste caso, a pena, grosso modo, corresponde ao preço de cada infração penal, tendo por finalidade proteger determinado bem.

A segunda fase corresponde à aplicação da pena. Merece ser frisado que, em um Estado Democrático de Direito, quem dita a importância do bem a ser protegido pelo Direito Penal não é o juiz, mas, sim, o legislador. A lei estipula os limites a serem respeitados pelo juiz que, no caso concreto, considerando a importância do bem, mediante um trabalho consciente e fundamentado de individualização, encontrará a pena justa ao caso concreto, não podendo, contudo, jamais fugir às orientações legais.

A última fase da individualização das penas ocorre durante a sua execução. Prevê os artigos 5º e 6º da Lei de Execução Penal que:

Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal, sendo que a classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação, que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.<sup>17</sup>

Apesar de ser um princípio expresso no texto constitucional, conforme se verifica no inciso XLVI do artigo 5º, assim redigido: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes [...]”, observa-se a existência de desrespeito ao princípio da individualização da pena.

O sistema penitenciário é um exemplo claro de desrespeito ao princípio da individualização da pena. De nada vale a LEP determinar a classificação do condenado para fins de individualização se, na prática, sua pena é cumprida com outros condenados com classificação diversa da sua, com antecedentes e com personalidades diferentes, em um ambiente promíscuo, dessocializador, que estimula a corrupção do caráter e, não, o arrependimento e a correção.

### ***3.1.5 Princípio da responsabilidade pessoal***

Ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da responsabilidade pessoal, conhecido também como princípio da pessoalidade ou da

---

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Instituiu a Lei de Execução Penal. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

intranscendência da pena, determina que nenhuma pena poderá ultrapassar a pessoa do condenado. Tal princípio, de foro constitucional, impede, à primeira vista, que a pena seja aplicada ou cumprida por quem não praticou a infração penal.

A Carta Maior, abrigando expressamente o princípio da responsabilidade pessoal, assevera no inciso XLV do seu art. 5º:

Nenhuma pena passará da pessoa da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.<sup>18</sup>

Em que pese à força da determinação constitucional, existem situações que acabam ferindo o princípio aludido. Nesse sentido, Rogério Greco apresenta situações onde o princípio da responsabilidade pessoal é ferido, a saber:

Inicialmente, sob o aspecto informal, o princípio perde a sua natureza absoluta, pois sabemos que quando alguém é condenado, segregado temporariamente do convívio familiar, a pena estende o seu raio de ação àquelas pessoas que, embora não tivessem praticado o delito, sentem a força penal em razão da separação daquele que, por exemplo, mantinha a subsistência da família [...] Os parentes de forma geral, mesmo sem qualquer relação de dependência financeira com aquele que praticou a infração penal, sofrem emocionalmente com sua prisão.<sup>19</sup>

Sendo assim, fica evidente o dano ocasionado pela pena privativa de liberdade, principalmente, a de longa duração, devendo, em determinados casos, ser mais interessante a aplicação das penas restritivas de direito. A pena de prisão só deve ser aplicada quando for realmente necessária, e, ainda, uma pena breve que ajude na recuperação do apenado.

### ***3.1.6 Princípio da proporcionalidade***

Sem dúvida, está-se diante de um dos princípios basilares do Direito Penal Mínimo. Desde meados do século XVIII, inúmeras discussões são travadas sobre a necessidade da aplicação de penas proporcionais. O princípio da proporcionalidade defende a premissa de que a pena aplicada seja proporcional à gravidade do delito.

A parte final do artigo 59 do Código Penal prevê: “que as penas devem ser aquelas necessárias e suficientes para a reprovação e a prevenção do crime”. Deve-se ter muito cuidado com a aplicação exagerada da pena privativa de liberdade, pois são inquestionáveis os efeitos nefastos da pena de prisão. A pena tornou-se um castigo inútil, pois

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>19</sup> GRECO, 2009, p. 105-106.

não pune verdadeiramente, não intimida o cometimento de novos crimes e, muito menos, ressocializa o apenado. Merece destaque, por oportuno, o alerta de Michel de Foucault quando afirmava que a prisão “em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes [sic] perigosos.”<sup>20</sup>

Assim, devem-se pensar outras soluções que não apenas a pena privativa de liberdade. As penas restritivas de direito poderiam ser vistas como uma solução, bem como a aplicação de penas privativas de liberdade de curta duração. Em nossa legislação penal, tem-se a hipótese do chamando perdão judicial, que em última análise, corrobora a tese de que nem sempre a pena se faz necessária, mesmo diante do fato de ter o agente praticado uma conduta típica, ilícita e culpável.

A exemplo do que ocorre nas circunstâncias previstas no § 5º do art. 121 do Código Penal, o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. O instituto do perdão judicial poderia ser estendido para outros tipos penais.

As penas devem ser, portanto, qualitativa e quantitativamente necessárias e suficientes à reprovação e à prevenção dos crimes. Uma pena suficiente é aquela que não é excessiva, desta forma, não se torna contrária ao aspecto ressocializador. Rogério Greco, mencionando Carraca, sobre a pena suficiente, aduz:

Não deve ultrapassar a proporção com o mal do delito. Todo sofrimento irrogado ao culpado além do princípio da pena, que o de dar ao preceito uma sanção proporcionada à sua importância jurídica, é além da necessidade da defesa, que é a de elidir a força moral objetiva do delito, é um abuso de força, é ilegítima crueldade.<sup>21</sup>

Então devem os aplicadores da lei, a partir da análise do caso concreto, aplicar a pena mais adequada à situação fática, uma pena suficiente e necessária à reprovação e à prevenção do crime.

### ***3.1.7 Princípio da limitação das penas***

Surgido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da limitação das penas proíbe a criação e a aplicação de penas que sejam contrárias ao texto constitucional, neste caso, a Constituição desempenha uma função limitadora quando prevê do artigo 5º, inciso XLVII, que:

---

<sup>20</sup> FOUCAULT, 1987, p. 221.

<sup>21</sup> GRECO, 2009, p. 102.

Art. 5.º

[...]

XLVIII - Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XLX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.<sup>22</sup>

O princípio da limitação das penas busca evitar um retrocesso na história. Percebe-se, como visto em capítulo anterior, que a pena privativa de liberdade se mostrava totalmente contrária ao princípio da humanidade, pois tinha por característica principal a busca do sofrimento do apenado, e não sua recuperação. Merece ser lembrada a lição de Ferrajoli que com precisão afirma:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser a violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.<sup>23</sup>

Desta feita, proíbe o princípio da limitação das penas que o legislador ou mesmo o aplicador do direito se utilize de penas cruéis ou degradantes, que desconsiderem a condição humana do apenado, proibindo, assim, penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento, tendo em vista que todas essas penas repugnam o pensamento humanitário.

O principal problema do Direito Penal não é a falta de tipos penais ou de sanções severas para quem desvia sua conduta. Rogério Grego afirma:

Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda. A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade, pois, os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que frequentemente tudo supre em nós, afasta a idéia de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força. A própria atrocidade da pena faz com que tentemos evitá-la com audácia tanto maior quanto maior é o mal e leva a cometer mais delitos para escapar à pena de um só.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 310

<sup>24</sup> GRECO, 2009, p. 116.

Contudo, apesar de ser formalmente proibido cominar penas dessa natureza, informalmente se sabe que a pena privativa de liberdade, mesmo que prevista regularmente tanto em nossa Constituição como na legislação que lhe é inferior, em muitas situações, deve ser considerada como cruel, pois que os condenados, jogados em celas fétidas, sem iluminação, sem as mínimas condições de higiene, sem privacidade, dormindo em pé por faltar-lhe espaço, são tratados como verdadeiros animais, sendo que o Estado, ainda assim, nutre esperança na recuperação deles.

## 4 ALTERNATIVAS À APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como já exaustivamente debatido nos capítulos anteriores, o Estado brasileiro deve pautar sua atuação no combate à criminalidade por outras vertentes, que não apenas através do Direito Penal. As políticas implementadas para a segurança pública devem ter como parâmetro de observância uma atuação mínima do Estado quando da utilização do Direito Penal.

O Direito Penal Mínimo deve ser visto como vetor para o surgimento de uma nova política criminal. Rogério Greco fala da adoção do Direito Penal Mínimo:

A adoção verdadeira de um Direito Penal Mínimo, pautado na teoria garantista apregoada por Luigi Ferrajoli, em um Estado Constitucional de Direito, fará com que o legislador observe atentamente os direitos fundamentais consagrados em nosso texto constitucional, bem como nos tratados e convenções internacionais que digam respeito aos direitos humanos, com plena aplicação em nosso ordenamento jurídico<sup>25</sup>.

Enfim, deve-se construir um Estado que garanta para todas as pessoas, minimamente, todos os direitos e as garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Sendo que, mesmo quando for imprescindível a atuação do Direito Penal, que se faça de forma racional, através de substitutos penais, respeitando sempre a base principiológica que rege um Estado Democrático de Direito, sem esquecer que o nosso principal problema não é penal, e, sim, social.

### 4.1 Meios extrapenais de controle da criminalidade

Como visto, o Direito Penal é apenas um dos meios de ação de que a sociedade dispõe para lutar contra a criminalidade, existindo diversas outras formas de tentar uma solução que não através da via repressiva. O Estado pode lançar mão de meios extrapenais menos devastadores e severos para conter a violência, entre os quais podem ser mencionados como exemplos: as medidas no âmbito do Direito Civil (reparação de dano, ressarcimento por enriquecimento ilícito); medidas no âmbito administrativo (multas, sanções disciplinares, privação de concessões), dentre inúmeras outras desprovidas de caráter penal.

Certo é que o princípio da intervenção mínima, estudado no capítulo anterior, já prevê que o Direito Penal deve ser entendido como a *ultima ratio* de intervenção do Estado,

---

<sup>25</sup> GRECO, 2009, p. 2.

mostrando, assim, seu caráter subsidiário, devendo atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida.

O que significa que o Estado só deve utilizar-se do Direito Penal para combater as condutas mais lesivas à sociedade. O Estado ainda não acordou para o fato de que o Direito Penal somente deve se importar com as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver uma inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo efetivamente quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade.

#### **4.2 Substitutivos penais às penas privativas de liberdade**

Como observado, o Direito Penal só se faria presente quando não fosse possível solucionar as demandas através de outros ramos do direito. E, ainda, quando fosse realmente necessária a aplicação do Direito Penal, buscar-se-iam, primeiramente, soluções menos lesivas, por exemplo, a aplicação das penas restritivas de direito e as medidas instituídas na Lei nº 9.099/95: composição civil extintiva de punibilidade (art.74); transação penal (art.76); suspensão condicional do processo (art.89). Maura Roberti, dissertando sobre a importância dos substitutos penais, com precisão, aduz:

Os substitutos penais constituem medidas de Política Criminal estabelecidas com o objetivo de substituir a pena privativa de liberdade já aplicada, visando evitar ou reduzir os efeitos negativos da pena de prisão, assim como estimular a reintegração social do condenado beneficiado pela substituição.<sup>26</sup>

É inquestionável o fato de que não é possível aceitar o modelo atual de encarceramento. As penas restritivas de direito ou penas alternativas são, nesse contexto, a esperança de que o condenado possa ser tratado com dignidade, cumprindo sua pena com rigor, mas sem o terror que atualmente representa o cumprimento de uma pena de privação de liberdade nos presídios brasileiros.

Por outro lado, não adianta as penas alternativas existirem apenas na lei, é preciso uma maior aplicação por parte dos julgadores e que toda a sociedade possa compreender e colaborar com esta modalidade de punição que busca evitar a impunidade ou revolta pelo excesso de punição daqueles que cumprem pena privativa de liberdade. É preciso acreditar

---

<sup>26</sup> ROBERTI, 2001, p.144.

que uma pessoa que tem a chance de cumprir corretamente uma pena alternativa, mude sua perspectiva de vida, passando a acreditar na vida e na sociedade em que vive.

O artigo 43 do Código Penal brasileiro menciona cinco espécies de penas restritivas de direito, chamadas de penas alternativas ou substitutivas, senão veja:

Art. 43. As penas restritivas de direito são:  
I – prestação pecuniária;  
II- perda de bens e valores;  
III – (VETADO)  
IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;  
V – interdição temporária de direitos;  
VI – limitação de fim de semana.<sup>27</sup>

O objetivo aqui não é aprofundar a descrição de cada modalidade de aplicação da pena restritiva de direito. Contudo, é importante mencionar que as penas restritivas de direito têm papel fundamental na construção de um novo Direito Penal. Elas foram criadas com a intenção de proteger a dignidade daquele que pouco ou nenhum perigo oferece à sociedade.

Da mesma forma, apresentam-se, como substitutos penais, a pena privativa de liberdade e as medidas instituídas na Lei nº 9.099/95: composição civil extintiva de punibilidade (artigo 74); transação penal (artigo 76); suspensão condicional do processo (artigo 89), bem como o instituto da remissão, intitulado nos artigos 126 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todos esses institutos tratam de uma nova corrente criminal intitulada de Justiça Restaurativa, que busca a solução extrajudicial dos conflitos no âmbito penal. Citando Paul McCold e Ted Wachtel, Damásio de Jesus descreve que a justiça restaurativa constitui: “uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, ao invés de punir os transgressores”, afirmam ainda que: “a essência da justiça restaurativa é a resolução de problemas de forma colaborativa”<sup>28</sup>

Registra-se que esse instituto proporciona, àqueles que foram prejudicados por um incidente, a oportunidade de reunião para expressar seus sentimentos, possibilitando, ainda, a reparação dos danos e, muitas vezes, evita a reincidência do autor. A abordagem restaurativa é reintegradora e permite que o transgressor repare os danos causados e não seja mais visto como tal. Trata-se, enfim, de suprir as necessidades emocionais e materiais das vítimas e, ao mesmo tempo, fazer com que o infrator assuma responsabilidade por seus atos, mediante compromissos concretos.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1944. Institui o Código Penal. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>28</sup> JESUS, online.

Os substitutos penais devem ser vistos como uma forma mais humana de atuação do Direito Penal, em que autor e vítima são vistos verdadeiramente como sujeitos do processo, tendo autonomia, muitas vezes, para solucionarem suas divergências, possibilitando o surgimento de real apaziguamento social.

### **4.3 Alternativa para inchaço do sistema penal**

Como mencionado nos capítulos anteriores, a Execução Penal é atividade complexa que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Diante dos vários problemas existentes e ora mencionados, chama atenção a atual carência de vagas no sistema penitenciário.

Atualmente, o problema da carência de vagas encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF). Discute-se no STF a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar para presos que adquiriram tempo para progressão para o regime semiaberto e, por carência de vagas ou inexistência de unidade adequada para o cumprimento da pena, continuam em regime mais gravoso.

Caso o STF decida que o preso tem o direito à prisão domiciliar, todos os presos do semiaberto que não tenham vagas específicas poderão cumprir pena em casa. O ministro Gilmar Mendes é relator de recursos que têm “repercussão geral”, quando da decisão tomada pelo Supremo terá de ser adotada por juízes de todos os tribunais.

Este é somente mais um dos inúmeros problemas que retratam a falência do Estado quando trata das questões de política penitenciária. Um Estado que não se organiza para efetivamente gerir políticas eficientes, desrespeita, a todo instante, normas e princípios constitucionais. Está-se diante de um sistema falido, que alimenta a corrupção, os maus tratos, e que, pasmem, ainda se sente legítimo para punir.

### **4.4 O direito social em substituição ao Direito Penal**

Por fim, mas não menos importante, surge a necessidade de o Estado implementar as suas funções sociais previstas no texto constitucional, que, desempenhadas de forma satisfatória, certamente atuam como fator inibidor da prática de infrações penais. O Direito Penal é hoje a ferramenta preferida dos nossos governantes para dar satisfação à sociedade sobre o aumento da criminalidade. O saudoso historiador inglês Eric Hobsbawm, com argúcia, salientou:

Todo observador realista e a maioria dos governos sabiam que não se diminuía nem mesmo se controlava o crime executando-se os criminosos ou pela dissuasão de longas sentenças penais, mas todo político conhecia a força enorme e emocionalmente carregada, racional ou não, da exigência em massa dos cidadãos comuns para que se punisse o anti-social.<sup>29</sup>

É inadmissível para um Estado Democrático de Direito voltar sua política de segurança pública apenas para o âmbito Penal, relegando, a segundo plano, a mudança social. A ausência do Estado Social estimula o crescimento de uma espécie de criminalidade que ocupa lugar de destaque em nossas estatísticas. Quando o Estado se preocupa em punir drasticamente condutas menos lesivas à sociedade, perde o foco das questões bem mais importantes.

O Direito Penal só deve realmente se preocupar com condutas extremamente lesivas à sociedade, atuar quando houver necessidade, tendo ainda em mente que não adianta se preocupar apenas com aquela criminalidade aparente, aquela praticada pelas camadas sociais mais baixas, porque existe uma criminalidade oculta, infinitamente pior, que não diz respeito à ausência do Estado Social. Uma criminalidade organizada, cujos membros intelectuais fazem parte das camadas sociais mais elevadas, que ocupam os noticiários dos jornais, na qualidade de membros respeitáveis e admirados da sociedade.

Formalmente, vive-se em uma democracia social que preconiza serem direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, conforme se verifica pela leitura do artigo 6º da Carta Constitucional. Contudo, é fácil perceber que à maior parte da população não se tem garantido, minimamente, esses aludidos direitos sociais. Portanto, só se reduzirá essa criminalidade, tida como aparente, a partir do momento em que o Estado assuma a sua função social, diminuindo a disparidade econômica existente entre as classes sociais.

Como visto, o direito pátrio é seletivo, pois garante oportunidades para apenas uma parte privilegiada da sociedade. O Direito Penal não é diferente, atua de forma mais frequente nas camadas menos abastadas da sociedade, enquanto os criminosos de colarinho branco dificilmente são alcançados pelo Direito Penal.

É imensuravelmente pior a conduta daquele que desvia dinheiro público da educação, que fraudar uma licitação para compra de remédios, comparada à conduta de quem rouba um aparelho celular, visto que a conduta daquele deveria ser tratada como um crime de

---

<sup>29</sup> HOBSBAWMI, 2001, p.335.

genocídio, pois que, com o seu prejuízo ao erário público, causa a morte de milhares de pessoas. Enquanto o corrupto circula nas boas rodas sociais, o ladrão de celular, que mora na favela, é preso e vai superlotar as desumanas unidades penitenciárias.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na análise e na discussão das questões apresentadas, percebe-se que o Estado, simplesmente através da utilização do Direito Penal, não vem conseguindo conter a criminalidade que tanto aflige nossa sociedade.

Como observado no decorrer deste trabalho, o Estado delegou ao Direito Penal o papel de guardião da sociedade. Ademais, é fato inconteste que o modelo de segurança pública implantado, tendo no Direito Penal a principal arma para conter a violência, não vem obtendo os resultados necessários.

Conclui-se, facilmente, que o Estado precisa buscar uma nova forma de atuação no âmbito da segurança pública e da Execução Penal. Apostar no Direito Penal Mínimo é acreditar que não será apenas através do Direito Penal que se resolverá o problema da criminalidade. Foi exaustivamente exposto que uma visão penal minimalista tem como principal filosofia a aplicação equilibrada do Direito Penal.

No entender daqueles que defendem o Direito Penal Mínimo, este ramo do Direito só deve se preocupar com condutas verdadeiramente lesivas à sociedade, como nos crimes de maior potencial ofensivo, e, mesmo quando imprescindível à utilização do Direito Penal, que se faça respeitando seus princípios constitucionais. A partir do momento em que o Direito Penal se voltar para uma aplicação mais equilibrada, ir-se-á perceber resultados mais satisfatórios quanto à diminuição efetiva dos crimes.

Basta observar os aspectos de reincidência criminal. É assustador o índice de pessoas que cometeram crimes de pequena monta como o furto, por exemplo, a uma bicicleta, e vão parar no desumano sistema prisional e, quando retornam ao convívio social, estão especializados no cometimento de outros delitos mais graves.

O fato é que se torna necessária a aplicação de outras formas de combate à criminalidade, e, quando da utilização do Direito Penal, que se faça de forma equilibrada, respeitando seus princípios constitucionais, buscando alternativas que não sejam tão prejudiciais como a pena privativa de liberdade. O Direito Penal Mínimo, também chamado de Direito Penal do Equilíbrio, deve ser visto como um meio termo entre as correntes do Direito Penal Máximo e do Abolicionismo Criminal.

Diante do quadro de violência vivido atualmente pela sociedade, dificilmente poder-se-ia abrir mão da utilização do Direito Penal no combate à criminalidade. Portanto, é imprescindível pensar um Direito Penal Mínimo, que, a partir de uma atuação harmônica, consiga agir de forma eficiente.

Como observado, é gritante o desrespeito, hoje, aos princípios constitucionais penais. Todos esses fatores acabam corroborando a ineficiência do Direito Penal e, em decorrência disso, o aumento da criminalidade.

Outro fator, que deve ser observado com muita atenção, diz respeito à falta de políticas sociais. Substituir um Estado Social por um Estado Penal só aguça a violência e acentua ainda mais a desigualdade social tão presente em nosso país. O Estado tem que investir em políticas sociais de inclusão: dar acesso à educação a crianças e jovens, oportunidade de emprego ao pai e à mãe de família para que possam viver dignamente, sem esquecer que se deve investir em políticas públicas para os egressos do sistema carcerário. É dever do Estado procurar parcerias que possibilitem a recuperação do apenado, dando-lhe oportunidade de uma ocupação lícita, após o cumprimento da pena.

Acrescenta-se que o Direito Penal Mínimo, como muitos proclamam, não está defendendo ou incentivando a violência e a criminalidade. Pelo contrário, o que se busca são alternativas eficazes que, realmente, possam controlar essas mazelas sociais. Não se pode esquecer que se vive num país de imensuráveis desigualdades, onde somente alguns poucos são providos dos direitos sociais previstos no texto constitucional.

Somente quando apararmos as arestas sociais, diminuindo o desequilíbrio econômico que separa ricos e pobres, construindo, assim, uma sociedade igual para todos, posto previsão da Lei Maior, estar-se-á resolvendo, verdadeiramente, o problema da criminalidade, criando uma sociedade mais justa e humana.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Núbia M. Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 5. ed. Fortaleza: Nacional, 2008.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. 1 v.

BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1944. Institui o Código Penal. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Instituiu a Lei de Execução Penal. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõem sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 de dezembro 1998. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1v.

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

HOBBSAWMI, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

JESUS, Damásio E. de. Justiça Restaurativa no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 819, 30 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7359>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

KAWAGUTI, Luis. Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e déficit de 200 mil vagas. **BBC Brasil**, São Paulo, 29 de Maio de 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529\\_presos\\_onu\\_1k.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_1k.shtml)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no Direito Penal brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.