



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**ÂNGELO MACIEL SANTOS REIS**

**UMA NOVA PROPOSTA DE RESPOSTA (EXTRA)PENAL**  
**AOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO SOB O**  
**PARADIGMA MINIMALISTA**

Salvador  
2015

**ÂNGELO MACIEL SANTOS REIS**

**UMA NOVA PROPOSTA DE RESPOSTA (EXTRA)PENAL  
AOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO SOB O  
PARADIGMA MINIMALISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

Salvador  
2015

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

R375

Reis, Ângelo Maciel Santos

Uma proposta de resposta (extra)penal aos crimes contra o patrimônio sob o paradigma minimalista / por Ângelo Maciel Santos Reis. – Salvador, 2015.

151 f.

Orientador(a): Professora Doutora. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado

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

1. Direito Penal-Reforma. 2. Penas alternativas. 3. Crime contra o patrimônio. I. Universidade Federal da Bahia.

CDD-345

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ÂNGELO MACIEL SANTOS REIS**

**UMA NOVA PROPOSTA DE RESPOSTA (EXTRA)PENAL  
AOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO SOB O  
PARADIGMA MINIMALISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Prof(a). Dr(a). \_\_\_\_\_  
Doutor(a) em Direito pela \_\_\_\_\_  
Universidade \_\_\_\_\_

---

Prof(a). Dr(a). \_\_\_\_\_  
Doutor(a) em Direito pela \_\_\_\_\_  
Universidade \_\_\_\_\_

---

Prof(a). Dr(a). \_\_\_\_\_  
Doutor(a) em Direito pela \_\_\_\_\_  
Universidade \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

A Getúlio Reis Bomfim e Rosa Maria Santos Reis.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer à ilustre Professora Alessandra Prado, que com muita parcimônia e retidão, respeito e, acima de tudo, confiança, me conduziu, não só durante a minha jornada acadêmica, mas também pelo incentivo para que eu me tornasse professor e seguidor dos seus passos.

À Professora Maria Auxiliadora, cujos ensinamentos têm me servido de fonte de inspiração e marco teórico; mas também cuja figura pública, reconhecida por sua integridade de caráter e ética, me inspira profissional e pessoalmente.

Aos Professores Rodolfo Pamplona e Nelson Cerqueira, por terem me lançado ao mundo das reflexões filosóficas e das mais varia(s)(das) interpretações.

Aos Professores Ricardo Maurício, Sebastian Albuquerque, Wilson Alves, Saulo Casali e demais membros do corpo docente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA.

Aos novos e velhos amigos da Faculdade de Direito que fazem parte do corpo de funcionários, em especial Luiza e Jovino, sempre atentos, sempre à disposição, sempre esclarecedores e carismáticos com cada um dos que a eles procuram.

Aos mais amáveis colegas e amigos de turma, em especial: Jéssica Hind, amiga, confidente e exemplo de determinação; Carliane Carvalho, a musa inspiradora da turma, amiga, sincera, dura e humana; Claiz Gunça, uma das maiores mentes que já pude conhecer, cujo brilhantismo a torna um exemplo a ser seguido; Homero, um verdadeiro camarada, parceiro, lutador e irmão a quem aprendi a ouvir e respeitar; Camilo Carvalho, Jorginho, Déa, Tai, Gabi, Gleison Soares, Lucas Gabriel, Efsen e demais amigos que também fazem parte desse ciclo.

Às amigas Simeia Passos e Dafne Duarte, que me acompanharam durante um longo período dessa caminhada, cultivando muito amor, respeito e fé, podendo ser facilmente classificadas como as pessoas mais incríveis que pude contar nos momentos mais diversos de distração, brincadeiras, trabalho e reflexão.

À minha amiga Taiara Tamila, a quem admiro e devo muitas audiências e atendimentos, já que foi ela quem me substituiu por diversas vezes enquanto eu me matava com todos aqueles fichamentos e leituras de toda ordem, na fase inicial do Mestrado.

Aos amigos e sócios Pablo Souza e Danilo Moreira, por toda paciência, força, ajuda, compreensão e confiança a mim depositadas durante esse longo período de intensa dedicação à pós-graduação.

Ao nobre e velho amigo Samuel Caires, um verdadeiro irmão que a vida me deu, a quem guardo imensa admiração, não só pela sua inteligência, mas também por tudo que ele fez e tem feito por mim durante alguns períodos bastante tensos dessa minha trajetória.

Aos meus irmãos Jefferson Vinícius, Márcio Giuliano, Livia de Cássia, Maria Angélica, Trícia Mariana e em especial “Xandão” (Erivelton Alves) e “Dani” (Vanessa de Jesus), tendo esses dois últimos experimentado alguns bons momentos de convivência, quando pude aprender ainda mais com as diferenças que nos cercam.

Por fim, agradeço também aos meus pais Getúlio e Rosa Maria, que mesmo distantes espacialmente, sempre estiveram presentes espiritualmente em tudo que faço, me dando o apoio e a motivação necessária sem a qual eu não teria me tornado o que hoje sou.

Imagine não haver o paraíso  
É fácil se você tentar  
Nenhum inferno abaixo de nós  
Acima de nós, só o céu

Imagine todas as pessoas  
Vivendo o presente

Imagine que não houvesse nenhum país  
Não é difícil imaginar  
Nenhum motivo para matar ou morrer  
E nem religião, também

Imagine todas as pessoas  
Vivendo a vida em paz

Você pode dizer que eu sou um sonhador  
Mas eu não sou o único  
Espero que um dia você junte-se a nós  
E o mundo será como um só

Imagine que não há posses  
Eu me pergunto se você pode  
Sem a necessidade da ganancia ou fome  
Uma irmandade dos homens

Você pode dizer que sou um sonhador  
Mas eu não sou o único  
Espero que um dia você junte-se a nós  
E o mundo viverá como um só

John Winston Lennon (1940-1980)

## RESUMO

A presente dissertação objetivou situar o Direito Penal dentro de um novo contexto punitivo, de base alternativa à privação da liberdade, levantando novos argumentos a favor de um direito mais justo para aqueles que praticam crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça, desde que os bens jurídicos afetados pela conduta típica sejam de natureza disponível. Dentro de uma perspectiva crítica, descreveu-se as fases da reação social na imposição de castigos aos desviantes de uma dada ordem estabelecida, apontando as características mais marcantes de cada uma dessas fases, desde a vingança privada ao surgimento da vingança pública, bem como as teorias que se sucederam umas às outras na construção e aperfeiçoamento da dogmática jurídico-penal. Em seguida, examinou-se alguns indicadores da crise paradigmática da reação social, quando foram apontados alguns sinais do surgimento de um novo paradigma de sanção penal que esbarram na privação da liberdade. Ainda nessa oportunidade, registrou-se algumas das mais expressivas escolas penais e ainda buscou-se explicar como se deu a consolidação das suas ideias no sistema jurídico brasileiro. Para tanto, inicialmente, considerando que a presente pesquisa encontra-se inserida no contexto da transformação histórica da reação social e da justiça penal, buscou-se apresentar os fundamentos epistemológicos para a construção das teorias das funções da pena. Posteriormente, identificaram-se os novos rumos para a aplicação da sanção penal, ao tempo em que se investigou as regras internacionais de tratamento do preso e a conseguinte alteração no diploma penal brasileiro, a partir da reforma da parte geral do Código Penal de 1984. Analisou-se também os ataques à pena privativa de liberdade, bem como a análise do encarceramento sob uma perspectiva econômica. Por conseguinte, destacou-se as novas modalidades de medidas penais consensuais, bem como os momentos para a sua aplicação e os impactos dessa transformação normativa no cenário nacional. Demonstrou-se, por fim, mediante uma análise crítica-comparativa entre as condutas tipificadas na legislação penal que guardam relação com o bem jurídico patrimônio, algumas noções acerca do bem jurídico e a disponibilidade dos bens patrimoniais, apontando as discrepâncias entre os crimes patrimoniais comuns e os crimes fiscais, sugerindo, ao final, uma proposta de alteração legislativa para os crimes de furto, à luz da isonomia, da equidade e da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Reforma penal. Medidas alternativas penais. Novo paradigma punitivo. Alteração legislativa nos crimes patrimoniais. Isonomia entre o furto e os crimes fiscais.



## ABSTRACT

This present dissertation has aimed to place the Criminal Law in the new punitive context, with an alternative base to the deprivation of freedom while raising new arguments in favor of those who exacerbate the problem of property by non-violent means or by some other serious physical threat, since the legal interests affected by the typical behavior are available nature. Within the critical perspective, the phases of social reaction was described in the imposition of punishment to deviants of the given established order, pointing out the most striking features of each of these stages, from private revenge to the emergence of public revenge as well as the theories that followed one another in the construction and improvement of dogmatic criminal legal. Then examined some indicators of paradigmatic crisis of social reaction when they were pointed out some signs of the emergence of a new paradigm of criminal sanction that collide in deprivation of freedom. Also, on that occasion, recorded some of the more significant criminal schools and even sought to explain how did the consolidation of ideas in Brazilian legal system. Therefore, initially, whereas the present research is inserted in the context of the historical transformation of social reaction and of criminal justice, we attempted to present the epistemological foundations for the construction of theories of the functions of the penalty. Later, it was possible to identify the new directions for the application of criminal sanction, At the time that investigated the international rules of treatment of the prisoner and the consequent change in diploma Brazilian criminal, from the reform of the general part of the Penal Code of 1984. It was also analyzed attacks on the deprivation of liberty, as well as the analysis of imprisonment under an economic perspective. Therefore, he stressed that the new methods of criminal measures agreed, as well as the moments for its implementation and the impacts of such changes in legislation on the national scene. Finally, It has been shown by a critical-comparative analysis of the behavior typified in criminal law that are related to good legal heritage, some notions about the legal interest and the availability of the property, pointing out the discrepancies between the common property crimes and tax crimes, suggesting, at the end, a proposal for legislative change to the crimes of theft, in the light of equality, fairness and proportionality.

**Keywords:** Criminal Reform. Criminal alternative measures. New punitive paradigm. Legislative Amendment in property crimes. Isonomy between the theft and the fiscal crimes.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS “REVOLUÇÕES” PARADIGMÁTICAS DA REAÇÃO SOCIAL NA IMPOSIÇÃO DE CASTIGOS</b> .16	
DAS ORIGENS DA VINGANÇA PRIVADA E DA VINGANÇA DIVINA AO SURGIMENTO DA VINGANÇA PÚBLICA.....	16
FASES DA REAÇÃO PENAL.....	19
PERÍODO HUMANITÁRIO E A ESCOLA CLÁSSICA.....	23
PERÍODO CRIMINOLÓGICO E A ESCOLA POSITIVA.....	27
AS TEORIAS MISTAS OU ECLÉTICAS.....	30
A REJEIÇÃO DE VELHOS MÉTODOS DAS ESCOLAS CLÁSSICA E POSITIVA E O APERFEIÇOAMENTO DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.....	32
O SISTEMA NORMATIVISTA TELEOLÓGICO-FUNCIONAL DE ROXIN E A RADICALIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA FUNCIONAL DE JAKOBS.....	35
O CONTEXTO DA REAÇÃO PENAL NO BRASIL.....	38
<b>INDICADORES DA CRISE PARADIGMÁTICA DA REAÇÃO SOCIAL E OS SINAIS DO SURGIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DE SANÇÃO PENAL</b> .....	44
A CRISE PARADIGMÁTICA DA REAÇÃO SOCIAL NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE.....	45
OS PROPÓSITOS DAS SANÇÕES PENAIS.....	56
<b>A Retribuição</b> .....	58
<b>A Prevenção</b> .....	59
<b>A conciliação entre os caracteres retributivo e preventivo da sanção</b> .....	61
<b>A crítica aos propósitos das sanções penais</b> .....	64
NOVOS RUMOS PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL.....	68

<b>O advento de um Direito Penal Internacional e as regras internacionais de tratamento do preso.....</b>	<b>68</b>
<b>O Código Penal brasileiro e a reforma da parte geral em 1984: a inclusão das Medidas Alternativas Penais.....</b>	<b>74</b>
<b>Ataques à pena privativa da liberdade.....</b>	<b>77</b>
<b>Alternativas ao encarceramento humano sob a perspectiva da menor onerosidade.....</b>	<b>78</b>
<b>AS MEDIDAS PENAIS CONSENSUAIS .....</b>	<b>84</b>
<b>O CONTEXTO NORMATIVO DA CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>87</b>
<b>MOMENTOS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS.....</b>	<b>91</b>
<b>Medidas alternativas pré-processuais ou medidas consensuais .....</b>	<b>93</b>
<b>Medidas de desjudiciarização .....</b>	<b>98</b>
<b>As novas medidas cautelares processuais penais em alternativa à constrição cautelar da liberdade.....</b>	<b>104</b>
<b>Penas alternativas decorrentes da sentença penal condenatória e medidas alternativas do âmbito executivo penal.....</b>	<b>109</b>
<b>CRIMES PATRIMONIAIS E MEDIDAS ALTERNATIVAS.....</b>	<b>112</b>
<b>A NOÇÃO DO BEM JURÍDICO E A DISPONIBILIDADE DOS BENS PATRIMONIAIS.....</b>	<b>118</b>
<b>CRIMES PATRIMONIAIS COMUNS E CRIMES FISCAIS: INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE EQUIDADE E ISONOMIA.....</b>	<b>123</b>
<b>PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: FURTO PRIVILEGIADO E CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO À LUZ DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>129</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>135</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>141</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute na seara penal sobre as mazelas do sistema prisional e sua incoerência com a dignidade humana. Muitos são os estudiosos que, a exemplo de Césare Beccaria, Michel Foucault, Eugênio Raúl Zaffaroni, Luigi Ferrajoli e outros que a seguir serão analisados, criticam o paradigma penal que preconiza o encarceramento de pessoas acusadas ou condenadas por crimes puníveis com penas privativas de liberdade.

O modelo de política criminal que consagrou a privação da liberdade ambulatorial como pena principal pode ser considerado uma evolução dentro das fases da “reação social”<sup>1</sup> que a justiça penal ultrapassou ao longo da história, em se considerando as penas cruéis, corporais ou de banimento, tratadas a seguir. Nesse contexto, tal modelo de reprimenda penal tem perdido espaço para outras medidas alternativas penais, uma vez que a prisão já não mais se adéqua aos anseios de uma sociedade em constante transformação, tornando-se relevante o presente estudo que apontará as principais críticas aos velhos paradigmas punitivos, ao tempo em que buscará subsídios dogmáticos para sugerir novos caminhos para o Direito Penal contemporâneo.

Diversos fatores motivaram esta pesquisa, dentre os quais destaca-se que parte dos estudiosos – em especial os juristas, doutrinadores e criminólogos –, têm considerado que a prisão não é o meio idôneo nem tem sido eficaz na contenção da criminalidade, principalmente àquela relacionada a crimes de menor gravidade ou que afetem bens jurídicos disponíveis, a exemplo do furto simples, recorte do presente estudo. Isto porque, pela forma como a prisão tem sido aplicada no caso concreto, os direitos fundamentais dos encarcerados não tem sido respeitados, impulsionando estudiosos a refletirem sobre um novo sistema punitivo baseado noutros tipos de sanções menos lesivas aos direitos fundamentais, que favoreçam a integração e a coerção social.

Com base nessas premissas, este trabalho analisará a interpretação da revolução científica, no que tange aos novos rumos das ciências jurídicas penais, em especial às novas modalidades de alternativas penais, bem como a inadequação da lei penal vigente no que tange às sanções previstas no ordenamento para os crimes patrimoniais. Para tanto, a hipótese básica da dissertação é a de que se deve adequar a sanção voltada para os delitos patrimoniais

---

<sup>1</sup> SOARES, Orlando. Curso de Criminologia: o fenômeno crimina, evolução da criminalidade, crime organizado, narcotráfico, mediocridade, astúcia, indolência, criminalidade, a criminologia sob a ótica da Escola de Direito do evolucionismo, estratégia operacional de combate à criminalidade, globalização e seus efeitos criminológicos, terrorismo, pena de morte. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 266.

aos novos anseios sociais, com base na isonomia entre os delitos da mesma natureza, bem como na proporcionalidade das penas aos tipos penais, permitindo a aplicação das medidas alternativas também para tais delitos.

A pesquisa tem o condão de explorar as vertentes histórica e jurídica, tendo em vista que examina o fenômeno da sanção penal à luz das transformações experimentadas pelo Direito Penal ao longo do tempo.

A abordagem se estabelece a partir do raciocínio hipotético dedutivo, que trabalha com a construção de uma nova perspectiva de sanção penal, de base alternativa à privação da liberdade, ao tempo em que busca readequar as sanções dos crimes patrimoniais ao paradigma minimalista, refutando o modelo punitivo prisional.

A possibilidade de aplicação de uma medida alternativa penal, no âmbito de incidência dos delitos patrimoniais de menor gravidade, pretende, como hipótese secundária, além de mitigar a impunidade, preservar utilidade do Direito Penal da *ultima ratio*, sob o enfoque minimalista.

Sedimentada com a implantação do sistema penitenciário atualmente conhecido e que surgiu nos fins do século XVI, a privação da liberdade, enquanto modalidade de sanção penal foi reputada por outras gerações como um modelo punitivo de caráter humanitário. Isto porque, antes do incremento desta medida constritiva de liberdade ambulatorial, os infratores sofriam penas cruéis, a exemplo da pena capital, corporal e do banimento, que atingiam nem sempre somente a pessoa do infrator, mas também seu grupo ou seus familiares.

A problemática se associa à efetividade das medidas alternativas no contexto nacional como forma autônoma e útil de resposta despenalizadora, fragmentária e minimalista em favor da nova ordem constitucional de natureza garantista e principiológica, em detrimento da inefetividade da prisão e da visão tradicional da severidade e do rigor penal traduzido por esta modalidade de sanção penal.

Como justificativa para o presente estudo, aprofundar-se-á nas questões relacionadas à mudança de paradigma punitivo vivenciado pela sociedade contemporânea. Par isso, será necessário registrar que a prisionização dos infratores perpassa por interlocuções desde as que dizem respeito à inconsistência das prisões com um sistema jurídico de garantias fundamentais, que coloca a dignidade humana como fundamento do Estado democrático de direito, característico da maioria das sociedades democráticas ocidentais, até aquelas relacionadas a seu alto custo para o Estado. Em outras linhas, o desejo de humanizar as penas, bem como as necessidades financeiras e a superlotação carcerária propiciam debates em busca de alternativas à prisão. Eis que surge, pois, uma marcante inquietude e desconforto por conta

dos argumentos contra o sistema prisional, em especial, naquilo que tange ao impacto psicossocial na vida do apenado e de seus familiares, sem olvidar outras críticas acerca da deslegitimam a privação da liberdade ambulatorial enquanto pena principal no ordenamento vigente.

Acrescente-se a isso questões relacionadas aos custos para o Estado manter a estrutura carcerária nacional. De antemão, não são somente argumentos direcionados aos custos para o Estado na manutenção desta modalidade de reprimenda que fundamentam a sua inadequação dentro do novo contexto social e de política criminal. Do mesmo modo como ocorreu nos períodos anteriores, quando se buscava extirpar do ordenamento a crueldade e o barbarismo das punições, em prol da justiça e da adequação das penas aos delitos, atualmente se critica a falta de condições básicas (saúde e educação de qualidade dentro dos estabelecimentos prisionais) que permita o exercício pleno da dignidade do preso. Tudo isso, aliado ao desprezo estatal aos estabelecimentos prisionais que mais parece terem se tornado depósitos de pessoas excluídas socialmente, além do despreparo dos profissionais que trabalham nestes estabelecimentos, essa crise faz com que o sistema prisional não cumpra com os fins da pena, quer sejam aqueles relacionados às teorias da retribuição, quer sejam os relacionados às teorias da prevenção.

O presente texto questiona, sim, o direito de punir do Estado, que se apresenta desigual e desproporcional, quando se aplicam medidas menos rigorosas aos indivíduos que praticam crimes de natureza fiscal, em comparação com a severidade sofrida pelos indivíduos que praticam furto, já que ambas as condutas criminosas têm como bem jurídico tutelado o patrimônio. As bases que fundamentam essa política criminal inadequada e contrária à isonomia também serão objeto de análise, o que não significa que se buscará extirpar do ordenamento qualquer modalidade de sanção ou o afastamento em absoluto das responsabilidades de ordem pessoal, subjetiva, dos que afrontam a lei e se amoldam à conduta típica.<sup>2</sup> Pretende-se, na verdade, lançar subsídios para uma nova perspectiva de intervenção penal (e também extrapenal), na solução da crise do encarceramento, que tem se mostrado injusto e desnecessário para a aplicação da lei em determinados crimes aos quais a tutela penal se vincula a bens jurídicos disponíveis, nesse caso, o patrimônio.

---

<sup>2</sup> “[...] questionar o direito de punir do estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal. É preciso pesquisar em que condições determinados constrangimentos – como a internação, a residência obrigatória, a obrigação de reparar e restituir etc... – têm alguma possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social, fora do que constituem uma intolerável violência na vida das pessoas”. HULSMAN, Louk. Celis, JACQUELINE Bernat de. HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Niterói -RJ, Luam, 1993, p. 86.

Outrossim, os fatores referenciais e metodológicos que direcionam a produção, interpretação e modificação das normas jurídicas penais, serão analisados à luz da filosofia de Thomas Samuel Kuhn, sob a perspectiva analítica de uma revolução paradigmática jurídico-científica. Assim, passa-se a verificar história das revoluções paradigmáticas no âmbito da vingança penal, chegando até o incremento das medidas alternativas penais como modificação paradigmática de um sistema jurídico penal que ora se considera em plena expansão – quando se criam novas figuras penais –, ora se volta para a contração, fundada no minimalismo penal e no princípio da *ultima ratio*.

A título de informação, na contemporaneidade há uma tendência modernizante e expansiva do Direito Penal, chegando-se a elencar um rol daquilo que se denomina de causas expansivas e tais causas ou fatores contrastam com a visão minimalista, fragmentária, características deste ramo do Direito.

A vertente intervencionista exalta a criação de novas figuras penais para melhor proteger a sociedade, adotando uma postura ‘criminalizante’ de condutas, enquanto a vertente não-intervencionista, de cunho minimalista, acredita ser necessário criminalizar de maneira responsável, e não de forma política apenas para demonstrar à população que ela está sendo protegida devido ao aumento da criminalização. Enquanto a primeira se relaciona a fatores sociais, jurídicos e políticos que por sua vez influenciam a modernização e expansão do direito penal, através da ampliação dos objetos de proteção penal, da antecipação das fronteiras de proteção, da transição do modelo de delito de lesões a bens jurídicos para o modelo de delitos de perigo de bens supra individuais, indo de encontro à *ultima ratio*, a segunda vertente tenta, inclusive, descriminalizar algumas práticas, quando não reduz a intervenção estatal nos delitos de menor potencialidade danosa.

Já quanto aos estudos relacionados ao Direito Penal nacional percebe-se também o rastro de ao menos duas vertentes que se sobressaem: uma reducionista e outra não-intervencionista. Embora ambas tratem da perda da legitimidade do Direito Penal, cada uma delas possui características próprias e que não se confundem. Pela vertente primeira, pretende-se incrementar novas modalidades de solução dos conflitos sociais, sem que para isso se recorra ao Direito Penal. Parte-se da ideia de que se deve reduzir a intervenção penal em boa parte dos conflitos de interesses humanos. Já para a segunda vertente, de cunho não-intervencionista, não se deve aumentar a reação social por meio do incremento das medidas alternativas penais, sob o risco de se ampliar a justiça penal e de se redirecionar o sistema outrora pensado, com base no minimalismo, para uma justiça penal modernizante e expansionista, oposta ao caráter fragmentário, subsidiário e da *ultima ratio* do Direito Penal.

As medidas alternativas penais, objeto do presente estudo, não são algo novo, e que esteja fora do ordenamento jurídico. Instituídas através de normas constitucionais, também são trazidas por meio das normas penais substantivas e adjetivas, além das leis extravagantes dispostas no sistema. Pelo que se denota da legislação pátria, elas trazem um caráter substitutivo, o que reforça os ideais do estado democrático de direito. Além disso, elas preconizam pela adequação, proporcionalidade e justiça, a partir de uma nova leitura acerca da sanção penal e dos fins desta sanção.

Estando em consonância com a dignidade da pessoa humana, as medidas alternativas penais reestruturam a ideia de sanção, aliando adequação e proporcionalidade, necessidade e individualização da sanção penal no caso concreto, evitando a instrumentalização e o aviltamento da pessoa humana submetida ao *jus puniendi* estatal. Outrossim, é crucial estabelecer uma releitura acerca da sanção penal nos delitos contra o patrimônio, já que nota-se uma afronta à proporcionalidade entre a pena cominada em abstrato pela lei e a lesão ao bem jurídico disponível penal tutelado. Ademais, não se deve exaltar aquelas medidas penais ultrapassadas, mas sim fomentar as novas formas de reação social, de base alternativa, que podem, inclusive, serem elevadas à categoria de penas principais, autônomas, proporcional à gravidade do delito, de maior eficácia, eficiência e aceitabilidade social.



## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS “REVOLUÇÕES” PARADIGMÁTICAS DA REAÇÃO SOCIAL NA IMPOSIÇÃO DE CASTIGOS

Segundo Rudolf von Ihering, a ideia do direito compreende um movimento progressivo pelo qual se tenta ajustar as condutas humanas às normas e vice-versa, sendo que a progressão será alcançada quando determinado direito ceder lugar a um novo direito que em seu lugar surge.<sup>3</sup> O homem busca punir os transgressores de determinada ordem vigente, mesmo naquelas comunidades primitivas em que não se fazia uso de nenhuma norma pelo simples fato de que a própria ideia de norma, sistema ou lei ainda não existia, ainda assim os povos possuíam mecanismos coercitivos – sanções – que serviam para se aplicar aos considerados transgressores.

No que tange às fases evolutivas da reação social na imposição de castigos decorrente da prática de condutas ilícitas, tem-se: fase da vingança privada, fase da vingança divina e fase da vingança pública.

### 2.1 DAS ORIGENS DA VINGANÇA PRIVADA E DA VINGANÇA DIVINA AO SURGIMENTO DA VINGANÇA PÚBLICA

Da antiguidade aos dias atuais, a reação social investida de vingança penal perpassou por várias fases, sendo que a *priori* prevaleceu a busca pela vingança privada. Neste primeiro período, a imposição de castigos manifestada por meio da vingança pelo delito sofrido, era feita de modo individual, seja pelo grupo ao qual o ofendido está inserido, seja por ele mesmo, sem qualquer apreço pela justiça e destituída de qualquer noção de proporcionalidade.<sup>4</sup> A origem da pena surge como meio de conservação individual, manifestada instintivamente pela vingança pessoal que em tempos remotos não se atingia somente a pessoa do ofensor, mas também o grupo à que este pertencia.<sup>5</sup>

A ideia que se tinha era a de que a “punição do homem significaria a destruição do próprio crime”.<sup>6</sup> Cabe registrar que Aníbal Bruno aduz que o ato de vingança não foi o primeiro mecanismo usado para se punir os infratores. Lançavam-se ao desprezo e à

<sup>3</sup> VON IHERING, Rudolf. 1818 – 1892 – A luta pelo direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 8

<sup>4</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1/ 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.73.

<sup>5</sup> SOARES, Orlando. op. cit. p. 267. Também em SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da Pena. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

<sup>6</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 69.

humilhação aqueles considerados inimigos da comunidade e, nos casos mais graves em que se verificava a violação de um totem e tabu, a medida mais dura seria utilizada, no caso, a expulsão do grupo. Note-se que essa prática, mais conhecida com a perda de paz, tinha por fim evitar o “contágio da mácula de que se contaminara o agente”<sup>7</sup> infrator, ao tempo em que retirava o delinquente da comunidade, deixando-o exposto aos riscos naturais, cósmicos e animais.

Em seguida, o aumento populacional fez surgir e desdobrar novos grupos, na maior parte das vezes estabelecidos pelos vínculos consanguíneos. A vida se tornava complexa e as normas se multiplicavam, assim como as violações a elas. Nesse contexto, a vingança privada surgiu entre os grupos, mas não ainda de forma individual. Isto porque a ofensa, via de regra, significava uma afronta ao grupo, e não à pessoa individualizada. Por isto, a vingança era dirigida ao grupo a que o agente pertencia, e não somente ao agressor.<sup>8</sup>

A vingança grupal vai perdendo espaço para a vingança social, a partir do instante em que o órgão central do poder coletivo gradativamente corpo e força. Eis o nascimento da ideia do poder público traduzido pela lei de Talião como vontade geral da comunidade, quando se estabeleceu que a força da vingança deveria ser medida pela proporção da agressão, com base na máxima *olho por olho, dente por dente*.<sup>9</sup>

A lei de Talião, por exemplo, acha ainda apoio no senso comum, mesmo nas sociedades contemporâneas, pois não raramente veem-se agentes formadores de opinião pública exaltando o antigo modelo de justiça criminal. O paradigma da vingança privada, seguindo a fórmula do Talião, encontra guarida na vontade coletiva daquela sociedade primitiva. Anote-se que ao se eleger o aludido paradigma sancionatório, adquiriu-se igualmente um critério para a solução dos problemas até então enfrentados. Logo, enquanto aquele paradigma foi aceito como modelo justo e proporcional aos povos, ainda que de forma incipiente, as soluções alcançadas através dele eram consideradas adequadas às suas realidades circunstanciais e temporais.<sup>10</sup>

Para aquela antiga realidade, a lei de Talião representava uma evolução para a época, já que através dela buscava-se reagir de forma proporcional à ofensa, superando a absoluta arbitrariedade com que se aplicada a sanção anteriormente.<sup>11</sup> Porém, com o passar do tempo

---

<sup>7</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit. p. 70.

<sup>8</sup> Ibid. p. 72.

<sup>9</sup> Ibid. p. 72.

<sup>10</sup> KUHN, Thomas s. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 5ª edição, 1998, p. 60.

<sup>11</sup> GRECO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade. – São Paulo : Saraiva, 2011, p. 127.

percebeu-se que tal lei estava mutilando a população crescente, já que com as sanções aplicadas, partes do corpo das pessoas eram atingidas a exemplo dos órgãos, membros, sentidos. E é assim que, ainda dentro deste paradigma da vingança privada, surgiram novas modalidades de punir, a exemplo da composição – a compra da liberdade –, que passou a ser usual, como forma reparadora feita pelo ofensor ao ofendido.

O surgimento do *árbitro*, como terceiro estranho à relação do conflito, trouxe a possibilidade de uma resolução do conflito dando a este agente o mister de indicar quem detinha a razão. Em regra o árbitro seria escolhido entre sacerdotes ou anciãos. Os primeiros, porque possuíam uma ligação direta com as divindades. Os segundos, porque suas experiências de vida lhes permitiam ponderar o conflito entre as partes e os costumes do grupo social ao qual faziam parte.<sup>12</sup>

Concomitante à fase primitiva da vingança privada, nasce a concepção da vingança divina ou sacral. Segundo Orlando Soares, “cada vez mais os chefes das tribos se servem de tabus, isto é, práticas místicas, engendração de proibições sagradas, interdições, para impor sua vontade, exigindo oferendas”<sup>13</sup>. Com os tabus, desenvolvem-se o totemismo, com culto aos animais ou plantas, vinculando a crença nos ancestrais, inaugurando ritos e cerimônias, criando também proibições quanto ao consumo de certos alimentos, destinados aos chefes das tribos e aos feiticeiros, detentores do poder naquelas comunidades, impondo-se penas aos que transgredissem as normas.<sup>14</sup>

Esse modelo de vingança dotada de um caráter eminentemente sacral, dada a influência religiosa nas sociedades antigas, o infrator também poderia ser obrigado a se retratar frente à divindade. Cesar Roberto Bitencourt entende que “o princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido”.<sup>15</sup>

Mais tarde transferiu-se ao Estado o poder-dever de manter a ordem, o *jus puniendi*, ou seja, poder de punir os ofensores. No início não se separava o poder divino do poder político, mas isso foi depois se modificando, já que com o crescimento populacional e o surgimento de grupos maiores, tendeu-se à centralização do poder e a pena passou a representar “a reação desta coletividade organizada politicamente, com finalidade de autopreservação”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. op. cit., p. 128.

<sup>13</sup> SOARES, Orlando. op. cit., p. 268.

<sup>14</sup> SOARES, Orlando. op. cit., p. 268

<sup>15</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit., p. 73

<sup>16</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 26

Com o Estado moderno, nasce a necessidade de garantir a segurança do soberano ou monarca. A partir de então, coexistem tanto a crueldade, a severidade, quanto o caráter intimidatório das penas.<sup>17</sup> Jean Jacques Rousseau, na obra “*Do Contrato Social*”, analisa a passagem do estado de natureza do homem para o homem como integrante da sociedade civil. O homem, segundo Rousseau, é bom por natureza e para que se conservasse um convívio social pacífico, fez-se necessário abrir mão de parte da sua liberdade (direito natural) em prol do coletivo. Assim, o Estado surge como ente representante da vontade geral, tentando dar eficácia ao direito produzido diretamente pelo povo. Segundo Rousseau, “cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo.”<sup>18</sup>

Já Thomas Hobbes, por sua vez, defendia o fortalecimento do Estado na figura do rei. Para ele, essa instituição encabeçada pelo Monarca e formada pelo Estado cristão e pela Igreja cristã, garantiria segurança nas relações sociais e controlaria a conduta humana, já que as leis da natureza, pautadas na equidade, justiça, piedade e modéstia, não seriam suficientes para manter a harmonia entre os homens. Entende Hobbes que “os pactos sem a espada não passam de palavras” e seria necessário instituir uma autoridade à qual todos os membros da sociedade, uma vez cedendo parcela da sua liberdade natural ao poder soberano e centralizado, poderão esperar dessa autoridade a pacificação interna e a defesa comum a todos.<sup>19</sup>

## 2.2 FASES DA REAÇÃO PENAL

Uma mudança de paradigma significa a mudança de se ver o mundo, de se pensar sobre o mundo. O filósofo Thomas Samuel Kuhn entende a ciência normal como uma atividade de resolução de “quebra-cabeças”. Ela se desenvolve seguindo regras bem definidas. Em alguns momentos da montagem deste “quebra-cabeça”, podem surgir difíceis soluções, mas não se deve cortar o canto de uma peça deste “jogo” para se alcançar o resultado almejado. Pode-se chegar a momentos de crise, quando se instalarão novas discussões sobre o paradigma dominante. Este momento lembra a fase pré-paradigmática. Mesmo na crise, o

---

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit., p. 74.

<sup>18</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Edição Ridendo Castigat Mores, p. 24-25. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>> Acesso: 14.10.2014.

<sup>19</sup> HOBBS, Thomas. *LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <<http://temqueler.files.wordpress.com/2009/12/hobbes-leviata.pdf>> Acesso em 15.10.2014.

paradigma penal adotado não deve ser abandonado, enquanto não surgir outro que se revele superior a ele em praticamente todos os aspectos.<sup>20</sup>

Destarte tais fases sejam classificadas conforme se expõe neste trabalho, isso não significa que elas sucederam-se umas às outras. Diferente disso, em muitos momentos elas conviveram e mantiveram características híbridas, podendo coexistir numa sociedade a vingança privada e a vingança divina ou mesmo junto à vingança pública e vice-versa.

A primeira fase, da vingança privada, possui um caráter desproporcional e cruel na imposição das sanções. Era típico desta fase a reação da vítima, dos parentes, do grupo social, todos agindo em desproporcionalidade à ofensa sofrida, como ato de guerra. Não só o ofensor era atingido, mas todo o seu grupo e familiares também sofriam com a resposta dada pelos demais através deste tipo de vingança. Aduz Orlando Soares que “o homem repelia, sim, como os animais em geral, as agressões; por isso, a vingança não foi só permitida, como considerada um dever, rejeitando-se a covardia; daí a vingança privada ter sido a característica dos primórdios da justiça, seguindo-se a fase sacral, como vimos”.<sup>21</sup>

Já na fase da vingança divina, atribuía-se as desgraças naturais ao mau comportamento social do agressor da ordem atingida. Para que se pudesse conquistar a benevolência dos deuses, apacando sua ira, o agressor deveria ser castigado. Isto também era feito para que servisse de exemplo para a tribo. Como a legislação dos povos do antigo oriente traziam uma natureza religiosa nas normas, o agressor era castigado com o fim de “apacar a ira dos deuses e reconquistar sua benevolência”.<sup>22</sup>

Nota-se que a transferência da vingança privada para a vingança pública, naquele contexto, trouxe vantagens para toda a humanidade. Foi a partir daí que se passou a humanizar os costumes penais. A lei de Talião, a título de exemplo, foi uma aproximação para a proporcionalidade da pena e, mais à frente, a auto composição buscava o pagamento da vingança de forma pecuniária.

Ainda que persistisse um terror nas sociedades mais remotas, caracterizada pela insegurança social em razão da falta de organização do poder político e pelo modelo autoritário, não se pode ignorar o fato de que a pena não mais seria aplicada por qualquer membro da comunidade, de forma desproporcional e desarrazoada, mas sim pelo próprio Estado, que passara a constituir-se numa incipiente organização centralizada.

---

<sup>20</sup> KUHN, Thomas Samuel. op. cit. p. 113.

<sup>21</sup> SOARES, Orlando. op. cit. p. 290.

<sup>22</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da Pena. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 27

Durante a Idade Média, com a ascensão da Igreja Católica, as penas passaram a ter um caráter cada vez mais sacral, de base retribucionista, porém com preocupações de correção do infrator, diferindo do modelo meramente vingativo antecessor. Um dos méritos do Direito Penal Canônico, por exemplo, foi o de consolidar a punição pública como a única justa e correta, em oposição à prática individualista da vingança privada utilizada pelo Direito Germânico.<sup>23</sup>

A pena de prisão como pena imposta, reputada como a mais importante substitutiva da pena capital surgiu durante a Idade Média, nos fins do século XVI, em Amsterdã<sup>24</sup>, malgrado a Igreja do século IV já utilizasse desse tipo de punição para os clérigos. Daí surge o termo “penitenciária” que tem sentido de lugar em que se pratica a penitência. Conforme Shecaira, a terminologia cárcere, enquanto penitência e meditação originou a palavra penitenciária, utilizada desde tempos remotos até os dias atuais.<sup>25</sup>

Com o Renascimento e o posterior surgimento dos Estados Nacionais na Europa Ocidental, a Igreja perde sua hegemonia concernente à aplicação do Direito Penal. A partir de então, o Rei passa a exercer o poder absoluto, competindo a ele instituir a conduta socialmente aceita. Aqueles desviantes seriam punidos pelos representantes do mesmo, demonstrando que, neste período compreendido entre os séculos XVI e XVII, a aplicação das penas se baseava na arbitrariedade do soberano.

O período humanitário do Direito Penal, nascido conjuntamente com os ideais do Século das Luzes, em meados do século XVIII, inaugura uma fase pré-paradigmática do Direito Penal, no que tange à sanção pública, aplicada pelo Estado. Os ideais da razão e humanidade intrínsecos aos ideais Iluministas fomentaram novos horizontes não só no que concerne ao Direito Penal, mas também em toda forma de se construir o pensamento daquela época. As leis que vigoravam naquele período anterior ao Século das Luzes estavam arraigadas de crueldade e não expressavam a vontade do povo, mas sim do soberano. Os ideais de justiça não estavam presentes no Direito que na verdade era fonte de privilégios. As formas de se punir eram relacionadas à condição social, não muito diferente do que hodiernamente se considera “seletividade ou discriminatória” do sistema penal, que é um fenômeno de atuação previamente direcionado a determinados indivíduos, classificados por Loïc Wacquant como pobres.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 31.

<sup>24</sup> SOARES, Orlando. op. cit., p. 274.

<sup>25</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 34.

<sup>26</sup> LOÏC, Wacquant. Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, revista e ampliada, p. 161.

A partir dessa nova ideologia, instituições como a Igreja, o Estado Autoritário e Despótico e as leis que reforçavam a sociedade estratificada em classes, passaram a ser combatidas. Os escritos produzidos pelos pensadores iluministas fundamentaram uma nova ideologia. A insipiente noção de justiça, que ia de encontro com as arbitrariedades do Estado Despótico, deu base a novas formas de pensar o Direito Penal. A razão passa a prevalecer nesse pensamento moderno ou seja, buscava-se extirpar a crueldade e barbarismo disfarçados. Para Antonio García-Pablos de Molina,

De fato, a Ilustração marca o começo de um sinuoso mas decidido processo histórico comprometido com a razão e a humanidade que revisa e depura o arsenal punitivo. Fruto do mesmo será o desaparecimento das penas corporais, a mutilação e o tormento, o retrocesso da pena capital, a tendência a limitar a duração máxima da pena privativa de liberdade e a substituir por penas de outra natureza a prisão de curta duração, melhoras substanciais do regime de cumprimento e execução das penas etc.<sup>27</sup>

Destarte os fundamentos acima lançados façam entender que os idealizadores do novo paradigma punitivo penal busquem a humanização das penas, a pretexto de readequarem estas aos novos anseios de justiça e paz, frise-se que nem tudo são flores. Não se pode olvidar que a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra nos idos do século XVIII, em seguida ganhando proporção para os demais países europeus, criou um exército de desempregados, intitulado por Marx como “exército industrial de reserva”.<sup>28</sup>

As casas de correção já não serviriam como instrumento de intimidação, haja vista as condições externas do povo pobre e desempregado terem se tornado tão ruins quanto às dos reclusos. Por esta razão, a exploração da mão-de-obra e a força de trabalho dos condenados ensejaram em exploração, corrupção e violência.<sup>29</sup> Com isso, o sistema penitenciário, já naquela ocasião, também passa a ser criticado e combatido.

Nesse panorama revolucionário inaugurado pelo movimento da ilustração, ideais reformistas supedanearam a marcha pela alteração legislativa e também pela codificação as leis penais nas diversas partes do mundo. Foi assim que, ainda no século XVIII, leis como as Instruções de Catarina II, da Rússia, de 1767; o Código de Toscana de Leopoldo II, de 1786; os Códigos revolucionários franceses de 1791 e 1795; o Allgemeines Landrecht de Frederico,

---

<sup>27</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos : introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais / Antônio García-Pablos de Molina, Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. Ver.atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 140

<sup>28</sup> SOARES, Orlando. op. cit., p. 277.

<sup>29</sup> Ibid. p. 278.

O Grande, da Prússia, de 1794; o Código Penal francês, de 1810; o Código Penal da Baviera, de 1813, todos esses diplomas inauguraram uma nova era no Direito Penal.<sup>30</sup>

### 2.3 PERÍODO HUMANITÁRIO E A ESCOLA CLÁSSICA

Seguindo-se com a evolução do Direito Penal e das formas de se punir, nasce a Escola Clássica, com esta denominação pejorativamente trazida pelos positivistas, que na verdade se tratou de uma vasta produção jurídica relacionada ao Direito Penal, sem homogeneidade ou coerência de opiniões<sup>31</sup>, muito embora tal escola fosse entendida como um corpo de doutrina comum no que tange às questões fundamentais do direito de punir, do crime e das sanções.<sup>32</sup>

Registra o criminólogo Orlando Soares que entre o final do século XVIII e início de XIX, no ocidente, o espetáculo das punições públicas, que na maior parte dos casos se dava através do castigo corporal com as marcas de ferro quente, o açoite, as execuções em praça pública, os suplícios, foram perdendo espaço para as penas de reclusão, de trabalhos forçados, de deportação, dentre outras não corporais. O mesmo autor rememora o Brasil, em fins do século XVIII, quando Tiradentes foi decapitado, esquartejado e seus restos mortais expostos em diferentes localidades, nas Províncias do Rio de Janeiro e de Minas Gerais.<sup>33</sup>

A transição do modelo arcaico da vingança privada e sacral para uma fase pré-paradigmática de justiça penal introduzida pela Escola Clássica não é um processo cumulativo obtido por meio de uma articulação do paradigma antecessor. Diante disso, não parece possível concluir que o modelo primitivo de reação social represente um autêntico paradigma de sanção penal. Foi necessário desenvolver novos princípios e novos ideais, nem sempre convergentes, mas que estabeleceram um nexos entre os precursores da escola em estudo no concernente aos fins humanitário, utilitário, individualista e jurídico da pena para se alcançar a fase pré-paradigmática da justiça penal pública.

O período pré-paradigmático, típico da Escola Clássica, em particular, é regularmente marcado por debates frequentes e profundos a respeito de métodos, problemas e padrões de solução legítimos - embora esses debates sirvam mais para definir escolas do que para

---

<sup>30</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral : arts. 1.º a 120 / Luiz Regis Prado. 3. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

<sup>31</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit. p. 104.

<sup>32</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit. p. 97.

<sup>33</sup> SOARES, Orlando. op. cit. p. 271.



produzir um acordo.<sup>34</sup> Tal Escola possui duas fases: a filosófica, à qual fez parte Césare Beccaria, pioneiro do Direito Penal liberal; e, Francesco Carrara,<sup>35</sup> precursor da dogmática penal.

Basileu Garcia aponta Carrara como a figura máxima da Escola Clássica.<sup>36</sup> Enquanto Beccaria abre caminho ao movimento da Escola Clássica, por meio da obra *Dei delitti e delle pene*, Carrara construiu os princípios que fundamentavam a sua escola. Para este, o crime é *um ente jurídico*, por se tratar de uma infração e não propriamente de uma ação. A essência do crime é a violação de um direito. No que se refere à responsabilização penal, essa só pode existir quando a infração for percebida dentro da esfera do livre-arbítrio. Já a pena deve ter por objetivo primordial a restauração da ordem que foi abalada com o delito, seguindo, neste sentido, doutrina absoluta da pena. Por fim, a reserva legal é a forma mais coerente de garantir a ordem e evitar o poder arbitrário.<sup>37</sup>

Contudo, dentre os precursores do paradigma da ideologia criminal do período humanitário, é importante destacar as contribuições deixadas por Césare de Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham.

O primeiro entendia que o direito de punir deveria fundar-se na razão e na humanidade, à base do princípio da legalidade. Beccaria defende que a lei seria obra exclusiva do legislador ordinário, não cabendo aos juízes aplicar sanções não previstas em lei. Ao tratar do pacto social que une as pessoas com um mesmo fim, defende que: “nenhum homem entregou gratuitamente parte da liberdade própria visando ao bem comum”.<sup>38</sup> Foi a necessidade da pacificação social que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade.

---

<sup>34</sup> KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas / Thomas S. Kuhn ; tradução Beatriz Vianna Doeira e Nelson Boeira. - 9. ed. - São Paulo: Perspectiva, 2006.- (Debates; 115), p. 72.

<sup>35</sup> CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral. São Paulo, SP: Saraiva, 1956-1957. 2v.

<sup>36</sup> “[...] em verdade, ao estudar-se essa escola, cumpre aludir especialmente a FRANCESCO CARRARA, a quem FERRI respeitosamente chamava – o sumo mestre de Pisa. Tratou ele de todos os assuntos do Direito Penal como ciência estritamente jurídica. Sua obra monumental, intitulada *Programma Del corso di Diritto Criminale*, destinava-se a delinear, como o autor dizia, os princípios cardiais do Direito Penal”. GARCIA, Basileu, 1905-1985. *Instituições de Direito Penal v. I, tomo I*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. – Série Clássicos Jurídicos (Direito, Desenvolvimento, Justiça) Coordenação Maíra Rocha Machado. Denise Garcia. Vários Colaboradores. p 141.

<sup>37</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 94.

<sup>38</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. *Dos Delitos e Das Penas*, Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira – 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos), p. 40.

À luz da doutrina de Aníbal Bruno, para Beccaria “o critério para medir a responsabilidade penal do agente não é a sua intenção, nem a gravidade do seu pecado. Será apenas o dano que do seu crime resulte para a sociedade”.<sup>39</sup>

No que tange à legalidade das leis, Beccaria faz alusão a três fatores primordiais, denominados por ele como “consequências”. A primeira delas é a de que só as leis podem impor penas aos delitos e isso deve partir do legislador; a segunda é a de que se devem observar os pactos úteis à maioria, devendo as leis serem de caráter geral; na terceira consequência, ele defende que as penas são contrárias à justiça e à natureza do próprio contrato social. Para Beccaria

Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como uma tradição doméstica nem como um testamento que não deixasse à posterioridade a tarefa de obedecer, mas recebem-nos da sociedade viva ou do soberano que a representa como legítimo depositário de resultado atual de vontade de todos.<sup>40</sup>

Para Cesar Roberto Bitencourt, foi Césare de Beccaria o responsável pela construção de “um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior”.<sup>41</sup> O citado autor afirma, na mesma oportunidade, que a obra de Beccaria conduziu à preparação e ao amadurecimento das reformas penais dos últimos século.<sup>42</sup>

O segundo deles, John Howard, desenvolveu seu trabalho visitando inúmeras prisões e teve estreito contato com os prisioneiros. Entende-se que ele possuía ideais avançados para o seu tempo e “nunca aceitou as condições deploráveis em que se encontravam as prisões inglesas.”<sup>43</sup> Para Howard, as pessoas submetidas ao cumprimento das penas precisariam de prisões que permitissem aos detentos as condições essenciais de higiene, saúde e alimentação adequadas, além de que era necessário classificar e separar os presos processados, dos condenados e dos devedores, além da separação entre os presos mais jovens dos adultos, a humanização das prisões e a separação entre a penitenciária feminina da masculina. Assim, nasce, com Howard, o penitenciarismo.

Jeremias Bentham, por sua vez, fundamentou a teoria da pena no utilitarismo. Para Bentham, a ação era útil se visasse a felicidade da maioria. A pena deve ser de tal gravidade

---

<sup>39</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 96.

<sup>40</sup> BECCARIA, Césare. op. cit., p. 45-46.

<sup>41</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit., p. 83.

<sup>42</sup> Ibid. p. 83.

<sup>43</sup> Ibid. p. 85.

que o delito cometido não deveria compensar. Em outras linhas, a infelicidade intrínseca da pena deve preponderar sobre a felicidade que se busca com o delito.<sup>44</sup>

Com base nessas ideias, Bentham produziu um projeto modelo considerado a sua maior contribuição para a penologia. Era o “Panótico”, ou seja, um modelo de prisão em formato circular em que todos os detentos poderiam ser vistos por um observador central, sem que os detentos o vissem. Muito embora tivesse sido reputada como uma ideia brilhante para aquela época, o seu projeto não se materializou. Algumas poucas prisões no mundo foram construídas com base nas ideias de Bentham, mas o modelo sugerido por ele nunca foi executado. Apesar disso, foi através de suas críticas que houve uma mudança no paradigma dos sistemas prisionais, no que se refere às barbaridades a que os detentos estavam submetidos dentro das prisões.

No que respeita às finalidades da pena (tema abordado no próximo capítulo), podem-se visualizar, a priori, três teorias: uma absoluta, que entendia a pena como exigência de justiça; uma relativa, que legava à pena uma utilidade que poderia ser dada pela prevenção geral e especial da pena; uma mista ou eclética, que tanto levava em consideração a utilidade da pena, quanto como uma exigência de justiça.

Para a teoria absoluta ou da retribuição, a pena seria o mal justo com que a ordem jurídica responde à injustiça do mal praticado pelo criminoso<sup>45</sup>, que poderia ser através de uma retribuição de caráter divino (Stahl, Bekker), ou de caráter moral (Kant), ou de caráter jurídico (Hegel, Pessima).<sup>46</sup>

Quanto às teorias da prevenção, relativas ou finalistas, embora alguns de seus representantes se situem entre os seguidores do iluminismo (Beccaria, Filangieri, Carmignari, Feuerbach, Ramagnosi), tais teorias encontram melhor guarida nas correntes “sociológico-naturalista, com a escola positiva italiana e a moderna escola alemã de Von Liszt”<sup>47</sup>. A finalidade preventiva da pena, em linhas gerais, objetiva evitar a prática de novas infrações. Pela prevenção geral, toda pena tem um fim intimidatório dirigido a todos no meio social, visando o impedimento da prática de crimes. Já a prevenção especial, ao visar o autor da infração, retirando-o do meio social, evita que o mesmo pratique novos crimes, ao tempo em que a própria pena o corrige.

---

<sup>44</sup> BENTHAM, Jeremy. As recompensas em matéria penal. 1748-1832; tradução Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio – 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007 – Biblioteca Clássica.

<sup>45</sup> *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*.

<sup>46</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 93.

<sup>47</sup> Ibid. p. 93.

## 2.4 PERÍODO CRIMINOLÓGICO E A ESCOLA POSITIVA

Enquanto a Escola Clássica nasce em meio aos ideais do iluminismo, com a burguesia buscando se estabelecer junto ao poder do Estado, exaltando o livre-arbítrio a individualidade, a Escola Positiva, surge dentro do regime Moderno, com o intuito de manutenção da burguesia no poder político e é através do Positivismo que ocorre a consolidação desse Poder.

Essa Escola propõe responder sobre a ineficácia da anterior. Destaca-se que havia, naquele momento histórico, um forte desenvolvimento das ciências sociais – Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística etc. – sendo que todas essas Ciências pretendiam ser neutras em suas análises, muito embora utilizassem o seu acervo teórico como instrumento legitimador para a dominação da classe destituída de poder.

Surge nova fase pré-paradigmática em que se passou a priorizar, para Marx, os interesses do Estado ou da sociedade em detrimento dos interesses individuais primitivos. O ideal da ressocialização do delinquente, defendido outrora, passa a ocupar uma posição menos importante. Isso porque a delinquência passa a ser vista como patologia social, desmistificando a ideia de responsabilização penal fundada em conceitos morais. O direito punitivo, a partir de então, seria posto como “instrumento de defesa social”.<sup>48</sup>

O delito passa a ser analisado com base numa perspectiva científica, sendo que num primeiro momento se fez através dos conhecimentos naturalistas e posteriormente passou a ser atribuição sociológica. O centro das pesquisas científicas considerar-se-á o próprio homem criminoso, que conduziria à formação das ciências criminológicas.<sup>49</sup>

Assim, nesta perspectiva da Escola Positiva, pode-se subdividir as fases em três: a antropológica, a sociológica e a jurídica.

A fase pré-paradigmática antropológica teve como seu expoente Césare Lombroso (1836-1909), que desenvolveu estudos acerca do crime e do criminoso na sua célebre obra “O homem delinquente” – 1878. Segundo Lombroso, o criminoso era um ser atávico, ou seja, que não evoluiu completamente. O crime era considerado por ele como um ente biológico, contrapondo ao que Carrara defendia na Escola Clássica, quando afirmava que o crime era um ente jurídico. Segundo Aníbal Bruno, “a ideia inicial de Lombroso é a do criminoso nato. Para ele, o criminoso verdadeiro é uma variante particular da espécie humana, um tipo definido pela presença constante de anomalias anatômicas e fisiopsicológicas”.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 111.

<sup>49</sup> Ibid. p. 112.

<sup>50</sup> Ibid. p. 113.

A sua nosologia do crime divide a criminalidade em dois tipos: as causas endógenas e causas externas ao corpo. A orgânica, que tem causas internas, são três: os epiléticos, os loucos morais e os degenerados de nascença e os criminosos natos por excelência. Stephen Jay Gould aduz que os estigmas de Lombroso tiveram um importante papel como critérios de juízo nos processos criminais, embora não se precise o quantitativo de homens injustiçados por possuírem características que se encaixavam aos estudos de Lombroso, possuidores de tatuagens, com mandíbulas e braços com tamanhos diferenciados.<sup>51</sup>

Os criminosos natos propriamente ditos, para Pierre Darmon, têm os traços físicos mais acentuados que todos, são eles os estupradores, os assassinos e os profanadores. Nos delinquentes por causa externa, estão todos aqueles que adquiriram algum tipo de doença degenerativa (sífilis, tuberculose, decrepitude senil) ou mesmo contrabandistas, alcoólatras, glutões, ou “delinquentes políticos”.<sup>52</sup>

Lombroso criou a Antropologia criminal, sendo que esta ciência buscava estudar o comportamento antissocial do criminoso. A figura do criminoso nato de Lombroso era detentor de características físicas e mentais que, segundo ele, faziam parte de uma subespécie do homem. Para Darmon, Lombroso é visto como o fundador da Antropologia Criminal ou dos estudos do homem criminoso. Mas a partir de *L'Uomo delinquente*, ele publica diversos textos sobre a mulher criminosa, a prostituição, o gênio, o epilético e outras descobertas da antropologia criminal.<sup>53</sup>

Antônio Garcia-Pablos de Molina assevera que

Não existe, pois, o ‘tipo criminoso’, de caráter antropológico, diferente de qualquer outro indivíduo não delinquente, dotado de determinadas características de identidade que o revelem. Não é correto, ademais, examinar o crime sob a ótica exclusiva dos autos, menosprezando a relevância dos fatores exógenos, sociais etc.<sup>54</sup>

Seguindo a linha do período criminológico, Rafael Garofalo (1851-1934) surge como jurista da primeira fase da Escola Positiva. Suas ideias seguiam o darwinismo social, sendo considerado como um radical dentre os outros estudiosos porque para ele, não se deveria preocupar com a correção ou recuperação do delinquente, mas sim com a eliminação do criminoso, a incapacitação do delinquente. Isto porque para ele, o crime “está sempre no indivíduo e é a revelação de uma natureza degenerada, quaisquer que sejam as causas, antigas

---

<sup>51</sup> GOULD, Stephen Jay. A FALSA MEDIDA DO HOMEM. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 136.

<sup>52</sup> DARMON, Pierre. Médicos e assassinos na “*Belle Époque*”: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 57.

<sup>53</sup> DARMON, Pierre. op. cit., p. 36-37.

<sup>54</sup> GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA. op. cit. Obs. parte inicial da obra ainda sem numeração.

ou recentes, dessa degeneração”.<sup>55</sup> Deste modo, exaltava a prevenção especial, sem se preocupar com a ressocialização.

Ele era um defensor da pena de morte e enfatizava a defesa social, além de que lançou subsídios para o conceito moderno de periculosidade criminal, ao advogar no sentido de que o crime correspondia ao “produto de uma anomalia moral”.<sup>56</sup>

Já Enrico Ferri (1856-1929), destarte tenha seguido a doutrina dos dois estudiosos antecedentes, entendia que era possível, em algumas situações pontuais, corrigir o infrator. Embora a ressocialização tenha ficado em segundo plano nas ideias de Ferri, haja vista a sua prioridade na defesa social, que era o ideal predominante da Escola Positiva, ele “considerava incorrigíveis apenas os criminosos habituais, admitindo, assim mesmo, a eventual correção de uma pequena minoria dentro desse grupo”.<sup>57</sup>

Para Ferri, segundo Aníbal Bruno, todo homem é sempre responsável por toda ação antijurídica que pratica, unicamente porque vive em sociedade.<sup>58</sup> E defendia Ferri que o ideal era prevenir o crime, modificando as condições sociais e econômicas do meio, ao invés de reprimir, já que o “fim da medida penal é também a prevenção dos crimes, visando a pena, que deve ser indeterminada e ajustada à natureza do delinquente, não a puni-lo, mas a reajustá-lo às condições de conveniência social”.<sup>59</sup>

Alguns aspectos passaram a ser claramente notados nessa escola. O Direito Penal era uma expressão de poder social em favor da defesa social. O determinismo é o fundamento da responsabilidade penal, passando, portanto da responsabilidade moral (livre-arbítrio) para a responsabilidade social. Por outro lado, o delito é visto como um fenômeno natural e social, e não como um ente jurídico, como pretendia Carrara. O método utilizado era o experimental e os objetos de estudo eram o crime, o delinquente, a pena e o processo.

Diante do exposto, conclui-se que houve uma ampliação substancial do controle do Direito Penal. Com a consolidação do paradigma da Criminologia, fomenta-se o conceito de periculosidade, a preocupação com o delinquente e com a vítima. Novos institutos se desenvolvem, a exemplo da medida de segurança, do tratamento condicionado da pena e do livramento condicional.

Traçando um breve paralelo entre a Escola Clássica e a Positiva, percebe-se que a primeira não considerava o criminoso um ser diferente dos outros humanos, enquanto a

---

<sup>55</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 117-118.

<sup>56</sup> Ibid. p. 118.

<sup>57</sup> BITENCOURT. op. cit., p. 106.

<sup>58</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 116.

<sup>59</sup> Ibid. p. 116.

segunda partia de um rígido determinismo científico que tinha a tarefa de elaborar uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade.

A Escola Clássica se debruçava sobre o delito, entendido como conceito jurídico ou violação do direito e do pacto social que, nos termos da filosofia clássica, alicerçava o Estado e o Direito. A pena não deveria ser posta para modificar o sujeito do delito, como pretendeu a Escola Positiva à luz das ideias de Ferri, mas sim deveria ser usada como instrumento legal para defender a sociedade do crime, lançando-se mão da necessidade e da utilidade da pena, instaurando o princípio da legalidade.<sup>60</sup> Em síntese, a principal diferença entre ambas reside na atitude metodológica geral com relação à explicação da criminalidade, não no conteúdo ideológico de defesa social e dos valores fundamentais considerados dignos de tutela, que por sinal são convergentes.

## 2.5 AS TEORIAS MISTAS OU ECLÉTICAS

Alguns posicionamentos intermediários pairavam entre as escolas clássica e positiva, denominando-se de correntes intermediárias, mistas ou ecléticas.

Dentre as correntes intermediárias, registre-se a *Terza scuola* italiana, representada por Manuel Carnevale, Bernardino Alimena e João Impalloyeni, entendia o crime como “um fenômeno social e individual, condicionado, porém, pelos fatores apontados por Ferri”<sup>61</sup>. Em contrapartida, a pena, por sua vez, deveria expressar a defesa social, servindo-se da intimidação ou direcionamento dos atos do homem.

Considerada como a mais expressiva das correntes ecléticas, a Escola Moderna da Alemanha, também conhecida como a Escola de von Liszt, rechaça o caráter antropológico do criminoso, introduzido pelos estudos da Escola Positiva, ao tempo em que entende o crime como fato jurídico, humano e social, que, nas palavras de Aníbal Bruno, “constituem sua realidade fenomênica”.<sup>62</sup>

Embora von Liszt afirme que o instrumento jurídico adequado para o combate à criminalidade seja a pena, ele entende ser imprescindível um estudo científico do crime, tanto em relação aos aspectos do fato criminoso em si considerado, quanto às causas interiores do

---

<sup>60</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal / tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, Alessandro, p. 31.

<sup>61</sup> BITENCOUR, César Roberto. op. cit., p. 108.

<sup>62</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 127

crime. Assevera Aníbal Bruno que “ao lado da imputabilidade, indispensável para a pena, há a noção do estado perigoso, que é o pressuposto da medida de segurança”.<sup>63</sup>

De acordo com Antonio García-Pablos de Molina, essa corrente

Afasta-se, assim, dos clássicos, que pretenderam lutar contra o crime sem analisar cientificamente suas “causas”, e se afasta também dos positivistas na medida em que conserva intactas as garantias individuais e os direitos dos cidadãos e que, a seu juízo, representa o Direito Penal (“como barreira intransponível de qualquer Política criminal”).<sup>64</sup>

O prestígio da Escola de von Liszt foi alcançado por conta o movimento inaugurado com a participação de outros dois nomes, Adolphe Prins e Von Hammel, criando, em 1888, a União Internacional de Direito Penal, que durou até a Primeira Guerra Mundial, retomando seus trabalhos em 1924, passando a se chamar Associação Internacional de Direito Penal.

Liszt foi o responsável pela sistematização do Direito Penal, “dando-lhe uma complexa e completa estrutura, admitindo a fusão com outras disciplinas, como a criminologia e a política criminal”.<sup>65</sup> Para ele, o Direito Penal deve se orientar segundo um fim, apresentando uma utilidade e a pena justa será a pena necessária. Logo, enquanto os clássicos exaltavam a função retributiva da pena, Liszt entendia que a pena deveria possuir uma finalidade, ajuntando-a à própria natureza do delinquente.

Cabe salientar que a Escola Moderna Alemã também apresenta uma verdadeira política criminal liberal quando distingue do Direito Penal das demais ciências criminais (Antropologia, Criminologia, Sociologia etc.). Ela inaugura a busca pelas alternativas às penas privativas de liberdade, tendo em vista sua crítica relativa às privações de liberdade de curta duração. Este conjunto de ideias ensejaram a reforma do sistema penal alemão.

Das correntes ecléticas acima referidas e que tiveram maior adesão, registre-se a Escola Técnico-Jurídica, que teve como expoente Arturo Rocco na Itália, mais se tratou de uma renovação metodológica do que propriamente uma escola. O maior mérito dessa vertente foi apontar o crime, enquanto fenômeno jurídico, como o verdadeiro objeto do Direito Penal.

Também cabe apontar a Escola Correcionalista, que embora tenha aparecido “na Alemanha, em 1839, com a dissertação de Karl Roder, *Comentatio na poena malum esse debeat*”<sup>66</sup>, foi na Espanha que ela se sedimentou, sendo abraçada por Giner de los Ríos,

---

<sup>63</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 128.

<sup>64</sup> GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. op. cit., p. 206.

<sup>65</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit., p. 109.

<sup>66</sup> Ibid. p. 111.



Alfredo Calderón, Concepción Arenal, Rafael Salillas e Pedro Dorado Montero, conforme cataloga Bitencourt.<sup>67</sup>

Para essa corrente, a finalidade da pena seria a correção do delinquente. Entende os correicionalistas que o delinquente não se trata de um ser normal, o que o incapacita para a vida jurídica livre, importando em perigo para a convivência social, independentemente de se tratar de imputável ou inimputável. Por isso, a pena de prisão deveria ser aplicada de forma indeterminada e o magistrado deve ser considerado o médico social, devendo o arbítrio judicial ser ampliado no âmbito da individualização da pena.<sup>68</sup>

## 2.6 A REJEIÇÃO DE VELHOS MÉTODOS DAS ESCOLAS CLÁSSICA E POSITIVA E O APERFEIÇOAMENTO DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

O árduo caminho percorrido pelos cientistas penais na construção de um ideal que explicasse o fenômeno da sanção foi demarcado por crises teóricas e inconsistências metodológicas, como visto anteriormente. Durante muito tempo, vigorou uma ideologia que tentava aplicar às ciências humanas um método análogo ao aplicável às ciências naturais, de cunho racional, empírico, exaltando a objetividade, as medições e comparações, como se as ciências humanas pudessem se vestir das mesmas certezas racionais das ciências naturais. Preleciona Luiz Régis Prado que naquela época, o que se acreditava era que o ideal instaurado pelo paradigma positivista era tipo como um “modelo de certeza reinante nas ciências físico-matemáticas – o método positivo – absorveria progressivamente todas as questões que se punham ao espírito humano, cabendo à ciência a tarefa de reorganizar a sociedade, com ordem e progresso.<sup>69</sup>

Aquele anacrônico modelo de ciência jurídica perdeu força e novos paradigmas abriram espaço para outras perspectivas no estudo e na dogmática jurídico-penal. O alvorecer do século XX foi demarcado pela superação das eras mítica e metafísica pela doutrina positivista, que se fundamentava na razão, no empirismo, no advento da tecnologia. O positivismo jurídico traduzia uma abordagem avalorativa do Direito que, segundo Norberto Bobbio,

---

<sup>67</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit., p. 112.

<sup>68</sup> Ibid. p. 113.

<sup>69</sup> PRADO, Luiz Régis, op. cit., p. 73.

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade.<sup>70</sup>

Conforme pontuado alhures, von Liszt inaugurou uma nova e mais complexa estrutura de Direito Penal, que passou a ser considerada “uma disciplina completa, resultante da fusão de outras disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política criminal: a *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciência total do Direito Penal)”<sup>71</sup>. A partir dessa nova perspectiva, a política criminal passa a ser vista com limites, entendendo o princípio da legalidade como a representação maior da defesa social, ao tempo em que o Código Penal passa a ser considerado como a Magna Carta do delinquente.

Seguindo-se esta ordem cronológica das revoluções teórico-jurídico-penais, os últimos séculos viram florescer duas novas correntes filosóficas que demarcariam a superação do positivismo: o *historicismo* (corrente filosófica relativista concebida por Wilhelm Dilthey) e o *neokantismo* que, segundo Luiz Régis Prado

O primeiro buscou diferenciar as ciências entre naturais e espirituais, com base em seu objeto, enquanto o segundo procurou demonstrar a necessidade de distingui-las através de seu método e deu lugar a duas tendências: a Escola de Marburgo (Cohen, Notarp, Stammler) e a Escola de Baden ou Subocidental alemã (Windelband, Rickert, Lask, Mayer, Radbruch, Sauer), de grande repercussão no campo jusfilosófico e jurídico-penal.<sup>72</sup>

Em apertada síntese, o objeto do *historicismo* é a realidade histórico-social. Já o método estabelecido pelo *neokantismo* busca reconciliar os conceitos de direito positivo e direito ideal, com Direito e justiça. O Direito deve se voltar para alguns fins, ou seja, ter um conteúdo teleológico, voltado para valores. Uma importante contribuição do neokantismo diz respeito à condução do processo de elaboração da dogmática jurídico-penal e “essa perspectiva produziu uma modificação essencial [...] possibilitando a compreensão valorativa da causalidade, a introdução de elementos subjetivos no tipo, a atribuição de conteúdo material a antijuridicidade e a elaboração da concepção normativa da culpabilidade.”<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. compiladas por Nello Morra: tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

<sup>71</sup> PRADO, Luiz Régis op. cit. p. 67.

<sup>72</sup> Ibid. p. 76

<sup>73</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit. p., 117.

E para Luiz Régis Prado, “o Direito não pode ser tratado pelo prisma da causalidade, visto que não integra o mundo natural em que o passado determina o futuro, mas sim o mundo teleológico, da finalidade, do querer”.<sup>74</sup>

Seguindo-se neste mesmo diapasão, mas em sentido diverso quanto ao método de abordagem, desponta-se a teoria finalista proposta por Welzel. Segundo Bitencourt, o finalismo diferencia-se do positivismo jurídico “na medida em que rejeita a premissa de que o estudo do Direito positivo constitua o objeto essencial da dogmática penal; de outro lado, difere do neokantismo, na medida em que critica a volatilidade de suas considerações valorativas”<sup>75</sup>. Para a teoria finalista, a infração penal só se constitui com conduta tipificada, antijurídica e culpável.

Um dos méritos trazidos para o Direito Penal pela teoria finalista da ação foi a existência de duas tipicidades: a objetiva e a subjetiva. Nesta concepção, a intenção do agente, sua motivação subjetiva, foi enumerada por Welzel como fase interna da conduta. Interna pois é estruturada no âmbito da mente do ser humano, na sua razão. Assim, após a teoria Finalista, passou-se a analisar um crime tanto subjetivamente em seus motivos quanto objetivamente em seus fatos, sendo visto como um todo unitário tanto a fase interna quanto externa.

O modelo finalista é integralmente adotado pelo sistema penal brasileiro, vez que seguido pela majoritária doutrina e ainda, em razão de ter inspirado de forma direta do Código Penal em sua reforma ocorrida em 1984.

O sistema jurídico-penal idealizado por Welzel, estriba-se em sólidas e definidas bases ontognoseológicas e metodológicas, com notória influência da fenomenologia. Trata-se de uma construção jurídica que tem como ponto de partida a concepção do homem como ser livre, digno e responsável, e que se encontra governada pelos valores fundamentais da segurança jurídica e da justiça substancial.<sup>76</sup>

Nas palavras de Luiz Régis Prado “em termos metodológicos, essa nova orientação refuta o positivismo formalista (lógico-abstrato) e o realismo axiológico das épocas precedentes, substituindo-os por uma consideração ontológica (e valorativa) dos problemas”<sup>77</sup>.

A partir do finalismo inaugurado por Welzel, passou a ser possível a análise dos elementos essenciais da culpabilidade: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e

---

<sup>74</sup> PRADO, Luiz Régis. op. cit. p., 77.

<sup>75</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit. p., 118.

<sup>76</sup> WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista. RT: 2001, p.8.

<sup>77</sup> PRADO, Luis Regis. op. cit. p. 82.

exigibilidade de conduta diversa. A falta desses elementos impede a configuração do crime, de modo que a culpabilidade, sendo afetada, isenta o agente de punição.

O caráter evolutivo da ciência do Direito Penal levou a dogmática a trilhar novas ideologias, sem necessariamente abandonar as bases do normativismo já estabelecido desde os tempos pretéritos. Malgrado a maioria das legislações ainda em vigência nos diversos países tenham sido elaboradas com aporte na ideologia de Welzel, portanto, de base finalista, hodiernamente enfrenta-se novos rumos no desenvolvimento da ciência criminal e também da política criminal, que contrariam substancialmente os ideais daquele movimento, como se verá no próximo ponto.

## 2.7 O SISTEMA NORMATIVISTA TELEOLÓGICO-FUNCIONAL DE CLAUS ROXIN E A RADICALIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA FUNCIONAL DE GÜNTHER JAKOBS

No ano de 1970, Claus Roxin publicou na Alemanha a obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política criminal e sistema jurídico-penal), marco este histórico na dogmática penal, vez que a partir de então notou-se, segundo parte da doutrina, uma verdadeira evolução da ciência do Direito Penal. O sistema jurídico-penal face a referido estudo de Roxin, presenciou o nascimento de uma corrente doutrinária denominada normativíssimos funcionalista ou teleológico-racional. Esta nova concepção desenvolvida por ele sustenta a ideia de reconstruir a teoria do delito com base em critérios político-criminais.<sup>78</sup>

Os defensores do movimento funcionalista entendem que a “construção do sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estrutura lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente aos fins do Direito Penal”<sup>79</sup>. Em outras linhas, destaca-se que “a configuração do sistema de Direito Penal passa a ser estruturada teleologicamente, atendendo a finalidades valorativas”<sup>80</sup> e as soluções dos casos concretos devem se amoldar às finalidades do sistema penal.

A premissa básica do funcionalismo é a seguinte: o Direito em geral e o Direito Penal em particular, é instrumento que se destina a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas. Aduz Luís Greco que

---

<sup>78</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit. p. 123.

<sup>79</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3474>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

<sup>80</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit. p. 123.

Numa síntese: o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano-falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do direito penal.<sup>81</sup>

Dentro da concepção funcionalista, destacam-se duas orientações teleológico-funcionalistas: a moderna ou moderada defendida por Claus Roxin e seus discípulos e a radical (sistêmica) representada pelo funcionalismo sociológico (teoria dos sistemas) de Günther Jakobs, “as quais apresentam diferenças substanciais”.<sup>82</sup> Segundo Jesús-Maria Silva Sánchez, Roxin pretende superar os entraves existentes entre o Direito Penal e a Política Criminal, transformando o sistema num instrumento válido para a solução satisfatória dos reais problemas que a sociedade enfrenta.<sup>83</sup>

A base ideológica da teoria teleológica-funcional pode ser extraída do seguinte trecho da obra de Roxin, traduzida por Luís Greco:

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto”.<sup>84</sup>

Além da corrente funcionalista inaugurada por Roxin, desenvolve-se uma segunda orientação funcionalista liderada por Günther Jakobs e que foi denominada pela doutrina como “radical”. Essa vertente do funcionalismo se baseia nos termos metodológicos do

---

<sup>81</sup> GRECO, Luís. Artigo intitulado "Introdução à dogmática funcionalista do delito", publicado na Revista Jurídica, Porto Alegre, Jul. 2000, p. 39.

<sup>82</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p.68 e segs.

<sup>83</sup> “[...] en efecto, la pretensión de Roxin es superar las barreras existentes entre el Derecho Penal y la Política Criminal, haciendo del sistema un instrumento válido para la solución satisfactoria (político-criminalmente) de los problemas reales de la sociedad. Su preocupación es, por tanto, práctica y se halla muy próxima a las exigencias de la tópica”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 69.

<sup>84</sup> ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

instrumental fornecido pela teoria dos sistemas sociais, ou seja, o funcionalismo sistêmico com origens nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann.

Resultado de uma concepção funcionalista extrema ou radical, a ação aparece na obra de Jakobs como parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração à norma/culpabilidade), que, por sua vez, deriva da função da pena. A pena, para Jakobs, “se justifica como reação ante a infração de uma norma e deve, por isso, ser definida positivamente”<sup>85</sup>. Deste modo, estabelece-se quem deve ser punido para a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e culpavelmente. Jakobs advoga a tese de que o Direito Penal possui como escopo primordial, a reafirmação da norma, buscando assim, fortalecer as expectativas dos seus destinatários.<sup>86</sup>

Em apertada síntese, para Jakobs, a função do Direito Penal é reafirmar a vigência da norma violada pelo criminoso, ou seja, o “verdadeiro bem jurídico penal a ser protegido é a validade fática das normas”<sup>87</sup>, pois quem viola a norma, a priori, estaria exteriorizando seu desafio aos demais membros da sociedade. Outrossim,

O Direito Penal, através da explicação do comportamento violador da norma, através da imputação desta violação a determinado autor, e, por fim, através do sancionamento deste autor, reafirmará a prevalência do Direito e da norma aos olhos dos demais membros da sociedade.<sup>88</sup>

Cumprе salientar que na doutrina nacional o funcionalismo encontra resistência, assim como na doutrina internacional, haja vista a forte influência ainda predominante do finalismo na dogmática penal. Das críticas lançadas pelos doutrinadores nacionais que resistem ao funcionalismo, a título de exemplo, Luiz Régis Prado entende que este novel panorama levantado pelos modelos teleológicos “representam, na verdade, uma volta às concepções hegelianas, neokantianas e neopositivistas sociológicas, caracterizando-se, portanto, como um movimento positivista e organicista ainda que com roupagem nova”<sup>89</sup>. Para Luiz Régis Prado

As correntes teleológicas, em especial a funcionalista radical, insistem em uma renormatização penal, deixando o legislador absolutamente livre, sem vinculação a nenhuma estrutura prévia à normação jurídica, para considerar apenas, na seleção de condutas objeto de criminalização, o aspecto social, com o objetivo de influir na estrutura da sociedade através da sanção criminal (fins da pena). [...] O

---

<sup>85</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit., p. 125.

<sup>86</sup> JAKOBS, Günther, Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997, p.156.

<sup>87</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit., p.126.

<sup>88</sup> ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal. Tradução Luís Greco. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

<sup>89</sup> PRADO, Luiz Régis. op. cit., p. 89.

funcionalismo, principalmente sistêmico, de cunho autoritário, pode atentar gravemente contra a concepção de Estado de Direito democrático gizado no texto constitucional brasileiro de 1988.<sup>90</sup>

Embora à proposta de reabertura metodológica proposta por Roxin tenha a sua relevante importância na discussão científica penal sobre os fins da pena, impende salientar que o sistema jurídico normativo brasileiro possui peculiaridades e incoerências típicas, o que requer um maior esforço interpretativo e argumentativo quanto às normas penais. Na mesma esteira de Bitencourt, entende-se que a flexibilização das categorias dogmáticas em função de finalidades político-criminais variáveis pode resultar contraproducente na sistematização racional do conhecimento jurídico-penal.<sup>91</sup>

## 2.8 O CONTEXTO DA REAÇÃO PENAL NO BRASIL

No que tange a evolução da reação penal no Brasil, pode-se notar que num primeiro momento existiu o direito dos aborígenes, quando a aplicação de sanções graves poderiam levar à morte do infrator. A responsabilidade podia ultrapassar a pessoa do crime. Às vezes a punição consistia na entrega do delinquente à família da vítima para que eles praticassem seu juízo. Porém, o movimento da conquista das terras brasileiras pelos europeus subjugou brutalmente a cultura indígena, interrompendo seu o curso natural e autônomo, impedindo qualquer participação destes povos na produção legislativa.<sup>92</sup>

No período colonial, vigoraram no Brasil as Ordenações do Reino, sendo que quando o Brasil foi descoberto, as ordenações Afonsinas, substituídas em seguida pelas Manuelitas – 1512, foram as primeiras normas que imperavam na colônia brasileira. Tanto as ordenações afonsinas quanto as manuelinas serviram para sistematizar o ordenamento jurídico da Corte Portuguesa. E, naquela fase inicial da colonização, o Direito brasileiro seguia as diretrizes do Direito Canônico europeu, que associava a ideia de pecado ao crime. Não obstante o prestígio que estas normas tiveram, foram revogadas em 14 de fevereiro de 1569 pelo Código de D. Sebastião.

O primeiro Código Penal propriamente dito foi o de 11 de janeiro de 1603, que era o Código Filipino de Filipe II. Os códigos anteriores ao Filipino não tiveram aplicação no Brasil. A lei penal aplicada no Brasil naquela época era a contida nos 143 títulos do Livro V

---

<sup>90</sup> PRADO, Luiz Régis. op. cit., p. 89-90.

<sup>91</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit., p. 129.

<sup>92</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 167.

das Ordenações Filipinas. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização e de severas punições. A pena de morte comportava diversas modalidades. O fim era incutir temor pelo castigo. O crime era confundido com o pecado ou até com a mera ofensa moral. O juiz deveria aplicar a sanção de acordo com a ordem social da pessoa.

Embora predominasse a de morte entre as sanções penais, a legislação continha outras espécies de pena, como as penas vis (açoite, corte de membro, galés), o degredo a multa e a pena-crime arbitrária, que ficava a critério do julgador diante do caso concreto. O delito, por sua vez, era confundido com pecado ou vício. A medida da pena vinculava-se à preocupação de conter os maus pelo terror e a sua aplicação dependia da qualidade das pessoas. Essa legislação, de rigor excessivo, teve grande longevidade, pois regeu a vida brasileira por mais de dois séculos. O Código Filipino foi ratificado em 1643 por D. João IV e em 1823 por D. Pedro I.<sup>93</sup>

As Ordenações Filipinas traziam um caráter extremamente arcaico, que não era condizente com o que hoje se entende por Direito Criminal. Conforme preleciona Basileu Garcia

O exame do Livro V das Ordenações Filipinas dá idéia do Direito Penal do Brasil na época colonial, mostrando, em textos concretos, os defeitos que BECCARIA combateu nas leis do seu tempo. O próprio índice do referido Livro V é expressivo ao indicar o sentido em que se orientavam as preocupações do Direito Penal de então, que configurava como delitos fatos cuja incriminação hoje seria absurda. Lá se encontram títulos como estes: *Dos que arrenegão, ou blasfemão de Deos, ou dos Santos; Dos que benzem cães ou bichos seim autoridade d'El Rey, ou dos Prelados; Qua o frade que for achado com alguma mulher, logo seja entregue a seu superior; Dos que nos arruídos chamão outro appellido, senão o d'El Rey; Dos que comprão Colmeas para matar as abelhas, e dos que matão bestas.*<sup>94</sup>

Naquela época não havia uma técnica legislativa. Os títulos eram descritivos e imperava o casuísmo. O Código Filipino durou de 1603 até 1830, considerado como o diploma de maior vigência. Tentativas de modificação existiram, a exemplo do projeto de Código Criminal de Pascoal José de Melo Freire dos Reis, da Universidade de Coimbra, inspirado nos pensamentos dos enciclopedistas, mas nenhum deles foi transformado em lei. Preleciona Basileu Garcia que este “professor da Universidade de Coimbra, de mentalidade

---

<sup>93</sup> PRADO, Luiz Régis. op. cit. p. 92.

<sup>94</sup> GARCIA, Basileu, 1905-1985. Instituições de Direito Penal, v. I, tomo I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. – Série Clássicos Jurídicos (Direito, Desenvolvimento, Justiça) Coordenação Maíra Rocha Machado. Denise Garcia. Vários Colaboradores, p. 175.



vigorosa e culta, viveu na época em que apareceu o tratado de Beccaria, quando em toda parte, se discutiam os escritos de Montesquieu, Rousseau e Voltaire”<sup>95</sup>.

No período do Império, o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, aprovado em 20 de outubro de 1830 na Câmara e no Senado, foi sancionado por D. Pedro I em 16 de dezembro daquele mesmo ano. Inspirado na doutrina utilitarista de Jeremy Bentham, tinha um caráter liberal, similar à Constituição de 1824. A pena capital foi mantida e como a Igreja e o Estado não foram separados, boa parte das figuras delituosas relacionavam crime com religião.

Na América Latina, tal diploma foi o primeiro com independência e autonomia. A ele seguiu-se o Código de Processo de 1832, também imbuído do espírito liberal. No campo da doutrina, destaca-se Tobias Barreto, que chegou a ser elogiado por Cesare Beccaria. Tobias Barreto levantava críticas a Carrara e Lombroso.

Com a abolição da escravatura e com o advento do período Republicano, insurgiram reclamações que conduziram às modificações no Direito Penal brasileiro, a exemplo da laicização do Estado brasileiro, conforme a Constituição de 1891. O Conselheiro João Batista Pereira elaborou um Código Penal que foi convertido em lei pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Era de fundo Clássico e possuía muitos defeitos que foram severamente criticados. Entretanto, aboliu a pena de morte e outras penas mais severas. Quer pelas falhas, quer pelo tempo que vigorou este estatuto, muitas foram as leis extravagantes que o completaram. Sobre este diploma, Basileu Garcia aduz que “o número avultado das leis que foram baixadas em complemento ao Código Penal de 1890, a excessiva quantidade de disposições, muito dificultavam a solução dos problemas jurídicos. Era embaraçosa a sua consulta, árdua a obrigação de lidar com elas”<sup>96</sup>.

O Desembargador Vicente Piragibe reuniu em um só código as disposições complementares, resultando na Consolidação das Leis Penais, tornando-se oficial pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, vigendo até o advento do diploma penal de 1940.

Mal nascido o Código da República, surgiram ideias de reforma, diversas delas no sentido de alterar todo o contexto das leis penais. Catalogadas pela doutrina de Basileu Garcia, tais tentativas de mudança seguiram a seguinte ordem: em 1893, o projeto de João Vieira de Araújo; em 1913, o projeto de Galdino Siqueira; em 1928, o de Virgílio de Sá

---

<sup>95</sup> GARCIA, Basileu. op. cit., p. 177.

<sup>96</sup> Ibid. p. 183.

Pereira; em 1935, com uma comissão composta de Sá Pereira, Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, elaborou-se um outro projeto, mas nenhum desses projetos foi aceito.<sup>97</sup>

Alcântara Machado foi encarregado de elaborar o Código Penal que seria apresentado em 15 de maio de 1938, mas não foi convertido em lei.

Pelo Decreto-lei nº 2.848, surgiu o Código Penal de 1940, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942, sendo revogado parcialmente pela Lei nº 7.209 que atingiu a Parte geral e que entrou em vigência a partir de 1985. Já o Código de Processo Penal, inspirado em Carrara e Ferri, foi transformado em Lei pelo Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 e este diploma que parte de uma orientação liberal, apresentou um novo caminho a ser tomado pela legislação contemporânea.

Pelo Decreto nº 1490 de 08 de outubro de 1962, foi publicado o anteprojeto de Código Penal, elaborado por Nélson Hungria., sendo submetido à apreciação de uma Comissão Revisora, transformando-se em Código Penal pelo Decreto-lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969. Apesar de vários adiamentos para sua entrada em vigor, foi revogado sem que isso acontecesse. Assim, eliminado o referido código sem sequer ter entrado em vigência, deu-se continuidade ao ainda vigente Código Penal de 1940.<sup>98</sup>

Em 1984 uma nova estrutura legal atingiria toda a parte geral. É o conjunto de leis esparsas que irá reforçar os trabalhos em direção a novas codificações. Segundo Basileu Garcia, “relegando a reforma da Parte Especial para um momento posterior, que até hoje não veio, a Lei nº 7.209 ab-rogou o Código até então vigente e instituiu a chamada “Nova Parte Geral”, a que hoje nos referimos frequentemente como Código Penal de 1984”<sup>99</sup>.

O grande propósito da Reforma de 1984 foi, além da correção de expressões do diploma anterior que as comissões julgavam equivocadas, fazer valer o princípio da culpabilidade em todos os institutos da parte geral do Direito Penal brasileiro, além de acomodar a nossa legislação aos postulados da teoria finalista da ação. Em razão disso, as mudanças foram muitas: certas disciplinas, como a do erro jurídico-penal, foram completamente modificadas. Também o sistema de penas conheceu amplas mudanças, conjugando para esse fim a Parte Geral de 1984 e a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84). A inclusão das penas alternativas fez nascer um novo panorama na aplicação das sanções penais.

---

<sup>97</sup> GARCIA, Basileu. op. cit., p. 183.

<sup>98</sup> Ibid. p. 188.

<sup>99</sup> Ibid. p. 189.

Atualmente se pode afirmar que o conjunto de leis penais esparsas é tão volumoso que chega a se comparar com o próprio conjunto ordenado que forma a Parte Especial do Código Penal. Uma expressiva parcela dos estudiosos do Direito Penal defende que ao invés de se criarem novas leis penais, dever-se-ia se pensar em garantir a efetividade das leis já existentes, seja através da eficiência das políticas públicas de segurança pública, seja através da valorização da educação, do combate à pobreza e da correção das desigualdades sociais. Essa desenfreada busca de um Direito Penal emergencial deve ser rechaçado de qualquer sistema jurídico que se pretenda razoável, “visto que a construção deste exige madura ponderação, o que evidentemente não se encontra presente quando o calor dos fatos ainda influencia a opinião política – tão volátil - dos legisladores pátrios.”<sup>100</sup>

Diante dessa constatação, de um Direito emergencial, o modelo de justiça criminal adotado pelo Brasil acompanha a crise paradigmática enfrentada também pela doutrina estrangeira, conforme se estudará no próximo capítulo. Por ora, basta observar o cenário jurídico penal hodierno, em que são apontadas ao menos duas ideologias divergentes quanto aos rumos a que o Direito Penal se direciona.

Uma primeira vertente, de cunho intervencionista, que pugna pela ampliação do controle estatal, pela via do Direito Penal. De outra banda, há um outro segmento ideológico, também conhecida como não-intervencionista, que acredita que há um risco em se aumentar o controle social com o incremento das medidas alternativas no sistema jurídico penal. De um lado, levantam-se as bandeiras da expansão do Direito Penal, através da construção de novas figuras delitivas. De outro, parte da doutrina defensora das garantias constitucionais briga pelo não abandono dos princípios penais da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

O Direito Penal Mínimo opera na contramão do Direito Penal do Inimigo. O primeiro surge como um novo paradigma na limitação do rigor punitivo e na redução do sistema prisional. O segundo, preconiza o fortalecimento da intervenção penal a fim de impedir eventuais crimes praticados pelos indivíduos considerados como os inimigos da sociedade.

Enquanto novos tipos penais são criados, sob o fundamento de que a justiça criminal não é estanque, devendo se readaptar tanto ao modelo de política-criminal de determinada sociedade, quanto aos anseios de uma nova realidade transgressional – a exemplo dos delitos informáticos, do terrorismo, crimes ambientais etc. –, de outra banda, há sempre quem

---

<sup>100</sup> LUTHOLD, Pedro Henrique. **Uma breve história do direito penal positivo brasileiro e o PLS n.º 236/2012**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12965&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12965&revista_caderno=3)>. Acesso em jan 2015.

fomente um discurso contrário à expansão penal. Para parcela da doutrina, o Direito Penal deve atuar apenas em *ultima ratio*, baseado nos ideais do garantismo penal.

Não se deve ignorar a influência da mídia na construção do senso comum e sua forte influência pensamento jurídico, tendo em vista que ela, por diversas vezes, introduz no corpo social ideologias de massa e pouco técnicas, mas que de alguma forma induz a sociedade a seguir determinado comportamento, refutar determinadas ideias ou fomentar certos padrões filosóficos.

No imaginário dos cidadãos, criam-se formas de se aceitar ou rechaçar leis ou teorias. Às leis que modernizam ou expandem a intervenção penal nacional, vestem-se de nomes (ex. “Lei Maria da Penha”, “Lei Carolina Diekmann” etc.), no afã de dar notoriedade e legitimidade popular à norma, o que por diversas vezes mitiga discussões em torno da validade e até da constitucionalidade destas novidades legislativas.

Carece de cientificismo a influência midiática no fomento de novos tipos penais, do acréscimo ou aumento da quantidade de pena para os delitos praticados, ainda quando considerados hediondos ou equiparados, quando as penas passíveis de aplicação não conduzem à pacificação social, ou não se adéquam aos preceitos normativos constitucionais fundamentais. De outra monta, a filosofia do estado democrático de direito não coaduna com a incitação da mídia no desprezo pelas instituições jurídicas.

### 3 INDICADORES DA CRISE PARADIMÁTICA DA REAÇÃO SOCIAL E OS SINAIS DO SURGIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DE SANÇÃO PENAL

Para se estabelecer uma melhor compreensão da dogmática e do atual sistema jurídico-penal com todas as suas nuances, é salutar retroagir na história e catalogar para o presente texto, as maiores transformações que o Direito Penal sofreu e, com base nisso, estabelecer algumas diretrizes em torno da reação social punitiva em desfavor dos desviados de um dado sistema jurídico-positivado. Em virtude das noções preliminares levantadas no capítulo anterior, conclui-se que, as sanções até então estabelecidas são todas classificáveis da seguinte forma: corporais, privativas de direito/liberdade, restritivas de direito, pecuniárias.

Franz Von Liszt (1851-1919), na obra *Tratado de Direito Penal Alemão*, conceitua a pena emanando duas definições:

1º A pena é um mal que o delinquente sofre, é lesão de bens, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem jurídica que os protege. E por ahi a pena distingue-se essencialmente da indemnização embora uma e outra possam se comprehendidas na idéia superior e commum dos effeitos jurídicos do injusto; porquanto a indemnização é reparação da lesão, deve curar a ferida, ao passo que a pena abre uma nova ferida e deste modo garante a manutenção da ordem jurídica.  
2º a pena é offensa de um bem juridico pertencente ao delinquente e tem por fim lesa-lo nesse seu interesse. Si a offensa não recae sobre o delinquente ou se sómente o attinge indirectamente, não se dá pena<sup>101</sup> (*sic*).

Dentre as sanções punitivas, as mais antigas são as penas corporais que advêm dos tempos dos “bárbaros”, conforme se explicitou no capítulo anterior. Pena corporal é aquela medida punitiva estatal que incide sobre a pessoa do próprio condenado, a exemplo da lei de Talião. Hoje, ainda encontradas em certos países que se dizem democráticos, têm sido combatidas pelas organizações humanitárias e criticadas por governos, representantes de Estados Nacionais, estudiosos etc. É possível apontar alguns países em que tais penas ainda são utilizadas como meio punitivo, a exemplo dos Estados Unidos da América, Afeganistão, Irã, Iraque etc.

Esse tipo de reação penal sofre um clamor universal para que seja mitigada ou extinta naqueles países onde ainda são aplicadas. Apesar do respeito à soberania, os tratados internacionais (a exemplo do Pacto São José da Costa Rica) vêm contribuindo positivamente

---

<sup>101</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão* / Franz Von Liszt; prefácio de Edson Carvalho Vidigal; [tradução José Hygino Duarte Pereira]. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 400-401.

para a conscientização mundial no que respeita aos modos de se punir e também quanto às formas de aplicação das penas criminais.

Antes mesmo de adentrar nas questões referentes às funções ou finalidades da pena, objeto dos tópicos seguintes, faz-se necessário apontar alguns indicadores da ainda atual crise do paradigma do Direito Penal contemporâneo.

### 3.1 A CRISE PARADIGMÁTICA DA REAÇÃO SOCIAL NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

Para contextualizar os pontos atinentes às correntes contemporâneas da reação penal, é preciso apontar os traços mais marcantes das divergências que puseram em cheque algumas construções dogmático-jurídicas penais. À frente de tudo que foi exposto até aqui, pode-se estabelecer o seguinte panorama crítico comparativo entre das fases da evolução da reação social sancionatória da seguinte forma:

Conforme se viu, em primeiro lugar, ainda nas fases primitivas do controle punitivo, constatou-se que o *jus puniendi* não competia ao Estado, uma vez que sua configuração não tinha sido estabelecida. A figura do Estado, ou era bastante débil ou sequer se poderia falar em Estado, vindo a se estabelecer enquanto ente centralizador do poder somente a partir do século XVIII, persistindo até os dias atuais. O poder do Estado, a priori, era descentralizado e arbitrário, evoluindo posteriormente, para o modelo racionalizado, forte e centralizado, típico do Estado Moderno, até que as crises e guerras dos fins do século XX e início do século XXI atingiram em cheio o paradigma do liberalismo, alterando para o novo modelo de Estado mínimo, embora com uma intervenção penal mais intensificada.

Quanto ao lugar do controle na imposição das sanções, no início não havia uma delimitação espacial. Predominava o caráter aberto e público da vingança, competindo à comunidade e suas instituições primárias aplicar os castigos. Após o advento da ideologia do Iluminismo, as instituições carcerárias ganharam importância e, posteriormente, já na terceira fase, iniciada no século XX, inicia-se os movimentos de descarceirização, haja vista a constatada ineficácia do sistema penitenciário. Surge, a partir destes movimentos, os ideais novas alternativas ao controle do crime.

Quanto à visibilidade do controle das sanções, ela passou do espetáculo público (até o século XVIII), à limitação da publicidade na aplicação das penas (a partir do século XIX). Até meados do século XVIII não foi desenvolvida uma categorização ou diferenciação dos

infratores, que somente se deu a partir do século XIX, quando houve um estabelecimento e fortalecimento da classificação dos criminosos. A partir do século XX essa categorização sofreu um refinamento na triagem dos delinquentes.

Até o Iluminismo a lei penal era posta como uma forma de controle. Com o período humanitário, estabeleceu-se o monopólio do sistema de justiça criminal, que por sua vez foi complementado por outros sistemas. Após a crise do liberalismo, instaurou-se uma nova crise paradigmática no âmbito punitivo e ataques ideológicos culminaram na descriminalização de condutas reputadas como criminosas, embora o sistema de justiça penal tenha se mantido firme, inclusive se expandindo para outros interesses.

No que tange ao objeto de intervenção na perseguição penal, primeiramente se fazia uso do comportamento exterior, atacando o corpo do delinquente. Após o século XVIII, a intervenção passa a atingir a própria noção de liberdade de cada pessoa. Quanto às teorias fundamentadoras da pena, passa-se das teorias moralistas e clássicas do “justo preço” do castigo, às positivistas, baseadas no tratamento do delinquente. Por fim, nota-se o retorno às noções de justiça, características do movimento neoclássico, e a forma de controle, antes estigmatizante e exclusiva do Estado (século XVIII), retoma tendências inclusivas e de (re)integração à sociedade.

Detectou-se, enfim e felizmente, a necessidade de superação do paradigma moderno para criar-se um novo espaço: o espaço em que a frieza científica poderia ser suplantada por uma abordagem que levasse em conta a natureza, os mitos e as artes [...]. O espaço que, curiosamente nestes tempos de mortes, guerras, individualismo, precariedade, criminalidade tão mal combatida, conflitos e desertificações – da terra e da alma -, ainda hoje conclama o pesquisador a deixar-se guiar por algum paradigma diferente. Um paradigma menos rigorosamente científico, talvez, mas mais inteiramente humano.<sup>102</sup>

Não é difícil perceber a especulação problematizada pelos estudiosos das ciências jurídicas penais naquilo concernente à notável modernização e expansão da reação penal. Santiago Mir Puig, Jesús-Maria Silva Sánchez, Luis Gracia Martin, Günter Jakobs, Luigi Ferrajoli, Raúl Cervini, Eugênio Raúl Zaffaroni são apenas alguns dos nomes que tratam do assunto, com opiniões bastante distintas, quando não contrárias.

A razão de ser desta crise é da própria estrutura do debate científico das ciências sociais. Boaventura de Souza Santos assevera que

Na teoria das revoluções científicas de Thomas Kuhn o atraso das ciências sociais é dado pelo carácter pré-paradigmático destas ciências, ao contrário das ciências

---

<sup>102</sup> BRACCO, Bruno Amabile. Carl Jung e Direito Penal. 1ª Ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013, p. 11.

naturais, essas sim, paradigmáticas. Enquanto, nas ciências naturais, o desenvolvimento do conhecimento tomou possível a formulação de um conjunto de princípios e de teorias sobre a estrutura da matéria que são aceites sem discussão por toda a comunidade científica, conjunto esse que designa por paradigma, nas ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido.<sup>103</sup>

No âmbito da persecução penal hodierna, alguns fatores em destaque podem ser considerados como causas expansivas da intervenção penal na sociedade global e Jesús-Maria Silva Sánchez faz questão de elencar algumas causas que podem ser resumidas conforme se verá.

A primeira dessas causas pode ser estabelecida a partir do “*efetivo aparecimento de novos riscos*”<sup>104</sup>, decorrentes dos grandes avanços tecnológicos sem parâmetros e precedentes, aliados a uma nova sociedade de riscos em relação ao meio ambiente, às comunidades, à determinadas técnicas da biologia, da genética, da energia nuclear etc. conduzem o Direito (e o Direito penal) a novas modalidades de proteção jurídica.

Uma segunda causa seria a “*sensação social de insegurança*”, já que após as experiências das duas guerras mundiais do século passado, a humanidade passou a temer a força bélica criada pelo homem. Desde o final da segunda guerra mundial, ficou evidenciado que a ciência comprovou a vulnerabilidade da raça humana, a partir dos eventos de Hiroshima e Nagasaki, com a explosão das bombas atômicas, que dizimaram milhares de vidas em um espaço de tempo insignificante, se se levar em consideração o tempo em que os países estiveram em conflito.

Mesmo após o fim da guerra, o mundo vivencia a guerra fria através da “paz armada” que introduziu a sensação de insegurança na sociedade global. Instaure-se a sociedade do medo, trazendo uma sensação geral de insegurança através do incremento de novos riscos.

É justamente a falta de domínio nos acontecimentos que fomenta a sociedade do medo e traduz a sensação de insegurança. A revolução pós-industrial, com o incremento de novas modalidades de transporte, por exemplo, e a influência dos meios de comunicação na infusão do medo social multiplica os ilícitos. Com isso, o Direito Penal reaparece como resposta a essa insegurança, flexibilizando suas garantias, contrapondo-se àquele Direito Penal clássico retributivo. Jamais o Direito Penal teve tanto controle sobre o meio ambiente, como passou a ter a partir desses novos rumos da reação penal.

---

<sup>103</sup> SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE (1987); Um Discurso sobre as Ciências; Edições Afrontamento; Porto; 1988, p. 07.

<sup>104</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 21.



Outro aspecto a se considerar, oportunamente, é que “a sociedade do bem estar se configura cada vez mais como uma sociedade de classes passivas”<sup>105</sup>, e esta nova sociedade adquiriu uma resistência psicológica ao caso fortuito, em face da produção de resultados lesivos por fatalidades ou azar.<sup>106</sup> Em contrapartida, a redução dos níveis de risco permitido é produto direto da supervalorização da segurança, em detrimento da liberdade de ação. Silva Sánchez assevera:

[...] la disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevalorización esencial de la seguridad – o libertad de no pasión – frente a la libertad (de acción). Tal predominio es característica de una sociedad de sujetos pacientes más que de agentes.<sup>107</sup>

Parte-se da ideia de que sempre há um terceiro a ser responsabilizado civil ou penalmente. Elimina-se o risco permitido e incrementam-se novas formas de apreciar as infrações de deveres de cuidado: “*debe introducirse seguramente también el incremento de la tipificación de delitos de peligro*”.<sup>108</sup> Por outro lado, fomenta-se a criação de uma legislação de natureza simbólica, frente aos delitos de perigo, através de uma hiperresponsabilização do sujeito ativo.

Juntamente com aquele novo modo de vida dos sujeitos passivos frente ao Estado, as pessoas se apresentam como dependentes dele, ou seja: deixam de viver no Estado para viver do Estado, sendo este traduzido como Estado providência.<sup>109</sup> Neste mesmo diapasão, evidencia-se mais a figura da vítima em potencial do que do autor do delito em potencial. Outrossim, com o incremento das novas figuras delitivas, bem como a passividade da sociedade hodierna frente ao sistema, a intervenção penal surge como reforço ao descrédito relegado a outras formas de intervenção estatal ou de responsabilização jurídica, a exemplo do direito administrativo e do direito civil, respectivamente.

Segundo Silva Sánchez, sujeitos que pertencem a níveis inferiores da sociedade são titulares de bens jurídicos, sejam individuais ou difusos, e também se posicionam neste novo sistema como vítimas em potencial. Basta o observar como o Direito Penal tem adquirido uma nova roupagem, expandindo-se no âmbito das lutas feministas, comunistas,

---

<sup>105</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. op. cit. p. 31.

<sup>106</sup> Ibid. p. 33.

<sup>107</sup> Ibid. p. 32.

<sup>108</sup> Ibid. p. 35.

<sup>109</sup> “Sea como fuere, lo cierto es que la criminalidad organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografía), la criminalidad de las empresas (delitos fiscales, medioambientales, en materia de consumo – salud e intereses económicos), la corrupción político-administrativa o el abuso de poder, e incluso la violencia conyugal del denominado <<tirano domestico>> y el caso sexual, aparecen en primer plano de la discusión social sobre lo delictivo”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. op. cit. p. 40.

antidiscriminatórias etc. O mais estarrecedor disso tudo é que pessoas que outrora levantavam a bandeira em prol de um direito menos interventivo, na defesa de um Direito Penal de garantias, passam a exaltar a expansão da intervenção penal em direção ao alcance das classes poderosas. Assim, o Direito Penal passa a ser mecanismo de transformação da sociedade e da intervenção contra aqueles que, de algum modo, obstaculize o progresso da democracia e da igualdade. Pugna-se pelo aumento da intervenção na criminalidade dos poderosos, ao tempo em que se flexibilizam garantias penais.

A falha nos mecanismos estatais voltados para a persecução penal induz a sociedade passiva à falsa crença de que a solução para a impunidade está na mitigação da formalidade e das garantias penais.<sup>110</sup>

Critica-se, inclusive, a aplicação do Direito Penal e Processual Penal de natureza pública, exaltando-se o incremento de políticas privadas, a exemplo da inserção das prisões privadas no sistema punitivo execucional. Tudo isso conduz a redução da intervenção penal estatal ao limite da eficácia preventivo-integradora.<sup>111</sup>

Em síntese, fatores sociais, jurídicos e políticos influenciam a modernização e expansão do direito penal. A ampliação dos objetos de proteção penal, a antecipação das fronteiras de proteção, a transição do modelo de delito de lesões a bens jurídicos para o modelo de delitos de perigo de bens supra individuais vai de encontro à *ultima ratio*.

Como consequência das razões acima expostas, percebe-se, na visão de Santiago Mir Puig, um retorno ao estado punitivo, através do Direito Penal expansivo e a diminuição da substituição das penas privativas de liberdade.<sup>112</sup>

As mudanças do Direito Penal contemporâneo se deram também com a crise dos Estados Unidos da América e na esteira de Mir Puig, podem-se identificar três possíveis consequências apontadas:

- 1) La decisión de Obama de clausurar Guantanamo – un espacio sin Derecho: la expresión más decarnada del abandono del Estado de Derecho [...]
- 2) Lo más probable es que por el momento se mantenga la tendencia al endurecimiento del Derecho penal material, una tendencia que parecen

---

<sup>110</sup> “Desde la presunción de inocência y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido processo y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos del delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit. p. 55-56.

<sup>111</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit. p. 58.

<sup>112</sup> “[...] el neoliberalismo há conducido a una Política criminal declaradamente expansiva, que vuelve a la pena de muerte y prolonga y endurece las condenas privativas de libertad, a la vez que disminuye sus posibilidades de sustitución por otras medidas. Junto a la exigência de un Estado mínimo em la intervención econômica, se há reclamado una intervención cada vez más intensa en la lucha del Estado contra el delito.

“MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionais Del Derecho Penal. Iusted, 1ª Edición, 2011, p. 21.

compartir en lo fundamental tanto los gobiernos conservadores como los de centro-izquierda.[...] um populismo punitivo politicamente rentable e corto plazo para toda clase de gobiernos.

- 3) [...] intervencipón del Derecho penal para proteger el sistema financiero. Por ello, es particularmente previsible que se consolide la expansión del derecho penal hacia el campo de los bienes jurídicos colectivos implicados em el sistema económico.<sup>113</sup>

Ou seja, primeiramente observa-se a quebra das garantias penais constitucionais através do modelo aplicado em Guantánamo, considerado como um lugar onde o Direito é rechaçado ou, no mínimo, mitigado em proteção da sociedade. Um lugar onde há o abandono total do estado de direito.

Outro aspecto a ser observado e de segunda ordem diz respeito à tendência do endurecimento do Direito Penal material, tendência compartilhada entre governantes conservadores a exemplo dos de centro-esquerda, que preza pelo populismo, que defende a relativização de direitos fundamentais em prol dos anseios momentâneos de determinado povo.

Um terceiro aspecto relaciona o Direito Penal à necessidade de se proteger o sistema financeiro, através, principalmente, da intervenção penal na economia, ampliando a incidência penal nos bens jurídicos coletivos, de difícil determinação, mas que de algum modo se vinculam ao sistema econômico.

Diante dessas alterações no panorama punitivo, ao invés da consolidação da luta pelo fortalecimento das garantias, que deveria sustentar a ideia inicial plantada por von Liszt, defensor da lei penal como a Magna Carta do delinquente, nota-se uma mudança de perspectiva, quando se passa a utilizar o Direito Penal como arma, não só contra a criminalidade aparentemente crescente, mas também como um instrumento que a vítima passa a ter contra o delinquente.

No que tange aos novos aspectos formais do Direito Penal Moderno, Luis Gracia Martin aponta “uma dimensão clara e manifestamente quantitativa que se traduz em uma importante ampliação da intervenção penal e, por isso, um relevante incremento de sua extensão atual em comparação com a que tinha no momento histórico precedente.”<sup>114</sup>

A aparição do Direito Penal do risco introduz na sociedade as ideias de controle, prevenção e gestão de riscos. Nesta nova forma de pensar este ramo do Direito, o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato e, via de regra, as atividades humanas estão

---

<sup>113</sup> MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionais... op. cit.p. 31-32.

<sup>114</sup> GRACIA MARTIN, Luis. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência. Porto Alegre – RS. Sérgio Antônio Fabris Ed. 2005. p. 46

relacionadas àquelas trazidas com a revolução científica da informática, a tecnologia atômica, a genética, a fabricação e comercialização de produtos potencialmente perigosos para a vida e saúde, por exemplo. São, a bem da verdade, atividades humanas na produção do risco e que na maioria das vezes o risco é incerto, a exemplo da tutela dos riscos em determinadas atividades científicas.

Mas essa expansão não atrela somente aos novos riscos, a exemplo desses acima catalogados. A modernização e expansão do Direito Penal se dá também através da criminalização dos delitos de “colarinho branco”, das classes sociais mais poderosas, no âmbito do Direito Penal Econômico. De natureza bem mais complexa, frise-se que não há um único critério de definição para os delitos econômicos, mas que por questões de objetividade deste presente trabalho, não serão aqui trabalhadas.

Ademais, a proteção do ambiente saudável também encontra no Direito Penal moderno a sua significativa importância. Isto porque a proteção do meio ambiente é essencial dentro desta nova perspectiva tecnológica da sociedade de riscos. A proteção não está voltada somente para interesses humanos diretos, que se relacionem a saúde humana, mas também para interesses indiretos, dentro de uma perspectiva da diversidade das espécies, do controle natural do meio ambiente em proteção da fauna e da flora também.

Há ainda outra vertente da modernização e expansão do Direito Penal que está voltada para o Direito Penal da globalização.

Na criminalidade tradicional, trata-se de autores individuais ou inclusive de grupos ou de bandos de delinquentes que atuam espontaneamente e de modo marginal, isto é, que não realizam suas atividades delitivas no âmbito de nenhuma atividade institucionalizada, mas no contexto de sua mera situação existencial vinculada às estruturas sociais. A delinquência econômica em geral, e, dentro dela, sua macroscópica e mais complexa dimensão liada à internacionalização e à globalização da economia, já não se mostra como um fenômeno que ocorre, como destaca Silva Sanchez, a partir de ‘elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico’\*, ou, como indica Albrecht, a partir de ‘uma organização permanente e estável’\*<sup>115</sup>.

Ainda à luz da doutrina de Luis Gracia Martin, o Direito Penal moderno e em expansão possui também um sentido material, quando rompe material ou substancialmente com o modelo antecessor. Para o referido autor, o Direito Penal atual teria rompido com alguns princípios fundamentais do Direito Penal liberal e a

---

<sup>115</sup> GRACIA MARTIN, Luis. op. cit. p. 69-70.

A crítica fundamental do Direito penal moderno se centra precisamente na consideração de que o mesmo se distancia desse princípio ou garantia fundamental, e que isso traria como consequência inevitável um abandono massivo do resto das garantias penais do Estado de Direito.<sup>116</sup>

Dentro dessa nova perspectiva da reação penal, os novos perigos são inerentes ao funcionamento do sistema social. Naquilo que respeita às punições voltadas aos delitos de perigo, pune-se a simples infração de um dever jurídico, ou seja, “a mera desobediência à norma”. Isso porque “*muitos dos objetos protegidos pelos tipos penais modernos se caracterizam pelas grandes dimensões – macroeconômica, macrosociais – de seus imprecisos substratos*”<sup>117</sup>.

Há quem defenda, segundo Gracia Martin, que a tutela penal deveria ser ignorada em face da tutela administrativa sancionadora. Nada obsta que o Direito Penal tenha um viés simbólico, mas ele não deve ser considerado somente dentro desta perspectiva, até porque existem outras funções instrumentais que o legitimam.

A opinião dominante considera, porém, que os efeitos simbólicos do Direito Penal teriam uma valoração negativa quando comprovado que sua produção constitui a única finalidade real da lei penal, ou quando predominem de modo relevante sobre os efeitos instrumentais.<sup>118</sup>

O discurso acerca do caráter simbólico opera como um freio ao processo de modernização e expansão do Direito Penal. Entretanto, aqueles que defendem isso entendem que é necessária uma readequação deste ramo às exigências do estado de direito, frente aos novos fenômenos e problemas sociais.

No que toca ao Direito Penal incisivo nas classes sociais mais favorecidas economicamente pelo sistema movido pelo capital, Gracia Martin assevera que

O Direito penal moderno constitui precisamente a condição de possibilidade dessa resolução que deverá conduzir à constituição de uma disciplina científica que tenha como objeto formal a totalidade da criminalidade material da sociedade, ou seja, também a criminalidade característica das camadas sociais poderosas – especialmente no âmbito econômico –, e não só, como vem acontecendo até hoje, aquela associada às camadas sociais mais baixas e excluídas materialmente da posse e da fruição de um bom número de bens jurídicos que o Direito penal liberal protegeu.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> GRACIA MARTIN, Luis. op. cit. p. 93.

<sup>117</sup> Ibid. p. 99.

<sup>118</sup> Ibid. p. 105.

<sup>119</sup> Ibid. p. 114.

Outrossim, não se pode olvidar a perspectiva do Direito Penal do Inimigo, também característico deste modelo moderno e expansivo de Direito Penal. A teoria do Direito Penal do Inimigo, por sua vez, foi desenvolvida por Günther Jakobs, que idealizou o funcionalismo sistêmico com base na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.<sup>120</sup>

Ainda na década de 1980, Günther Jakobs teceu os primeiros lineamentos desta última teoria sob análise. A noção do Direito Penal do Inimigo foi tratada de uma forma mais restrita na segunda fase, a partir de 1999, mais voltada para os delitos graves. Defende-se, em síntese, nesta linha a existência de dois direitos penais, um para os infratores comuns, isto é, para aqueles que eventualmente cometem crimes, onde, para a sua aplicação, os direitos e garantias fundamentais do infrator, devem ser respeitados pelo Estado e outro, para os terroristas, inimigos da sociedade, no qual, para a sua aplicação, não se exige o respeito desses direitos e garantias fundamentais. O “inimigo” nada mais é do que aquele agente que está fora do seio social. Para a doutrina, são aqueles que abandonam o Direito de um modo permanente, abrindo mão do status de cidadão.

É bastante difícil se conceituar o Direito Penal do Inimigo. Para Luiz Greco, do ponto de vista semântico, “o direito penal do inimigo é o tipo penal ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo”.<sup>121</sup>

Já para Gracia Martin, “esse é o caso, por exemplo, dos indivíduos que pertencem a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas etc. e, em geral, de quem realiza atividades típicas do denominado crime organizado.”<sup>122</sup>

Para o idealizador desta teoria, há dois sistemas que devem ser aplicados, um voltado para o cidadão (pessoa que delinque), e o outro para o inimigo (indivíduo que apresenta perigo para o próprio Estado):

O Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estágio prévio, a quem se combate por sua periculosidade.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 30.

<sup>121</sup> GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 56, p. 80-112, 2005, p. 93.

<sup>122</sup> GRACIA MARTIN, Luis. op. cit. p. 86.

<sup>123</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 36.

Os traços característicos para este tipo de normatização penal é a habitualidade e o profissionalismo das atividades criminosas do “inimigo” em prol das atividades criminosas das organizações.

Nunca é demais acrescentar que a inserção do Direito Penal do inimigo no sistema jurídico penal afeta os fins ordinários da tutela penal, além de que princípios e garantias penais são mitigadas em prol da neutralização dos agentes delinquentes inimigos do sistema vigente. Pode-se caracterizar o Direito Penal do Inimigo, primeiramente, pelo fato de que a punição se efetiva por meio de medida de segurança, e não com pena. Esta última só é empregada no Direito Penal do Cidadão. Uma segunda característica que pode ser apontada refere-se ao elemento subjetivo do Direito Penal do Inimigo, que é a periculosidade, diferentemente do Direito Penal do Cidadão, para o qual se pune de acordo com a culpabilidade.

Enquanto o Direito Penal do Cidadão tem natureza retrospectiva, punindo-se com base naquilo que o cidadão praticou, não cabendo se falar de antecipação da tutela penal, o Direito Penal do Inimigo estabelece uma outra natureza, a prospectiva, já que as medidas aplicadas em desfavor do inimigo corresponderão ao perigo futuro a que ele representa.

Classificar os indivíduos que poderão ser considerados inimigos não é uma tarefa fácil, haja vista natureza mutável e a vagueza do conceito. Segundo Luiz Flávio Gomes, os inimigos são os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos penais e outras infrações penais perigosas.<sup>124</sup> Ainda podem ser considerados como novos inimigos, no Estado brasileiro, os racistas e os grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e os criminosos sexuais. Isto porque as ações destes agentes foram elencadas na Constituição Federal como sendo crimes inafiançáveis e imprescritíveis.

Ainda neste contexto da diversidade de ideologias voltadas para o Direito Penal, a vertente do Direito Penal Mínimo (ou do Minimalismo Penal), propugna por uma justiça punitiva aonde se possa estabelecer alguns critérios norteadores de uma política garantista. Dentre os defensores dessa corrente, Luigi Ferrajoli apresenta-se como expoente, ao lado de outro nomes como Alessandro Baratta, Eugênio Raul Zaffaroni, Hassemer, Raul Cervine etc.

Falar-se em garantismo penal é compreender, também, que esta teoria não se subsume apenas ao conceito de Luigi Ferrajoli. Ela se refere a uma releitura e interpretação das normas a partir de seus princípios formadores e garantidores. Garantismo se serve da conscientização

---

<sup>124</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, out. de 2004. p. 01.

dos direitos do homem formulados em leis e pactos internacionais para restabelecer a justiça mesmo contra a ordem positiva estrita.

A proposta do minimalismo, por sua vez, não consiste em acabar com o Direito Penal, mas pugna pela redução da sua utilização para a resolução dos conflitos penais, não só mitigando seu âmbito de aplicação (seja impedindo o quanto possível novas "criminalizações", seja, sobretudo, propugnando por uma ampla descriminalização), senão também a intensidade ou o grau da resposta estatal, especialmente quando se trata de pena de prisão.

A doutrina cataloga como princípios informadores do Minimalismo Penal os seguintes: princípio da insignificância, que estabelece que somente os bens jurídicos mais relevantes é que devem ser tutelados pelo Direito Penal; princípio da intervenção mínima, preconizando que o Estado, por meio do Direito Penal, não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, de forma a tirar-lhe a liberdade e autonomia, deve sim, só fazê-lo quando efetivamente necessário; princípio da fragmentariedade, podendo ser entendido em dois sentidos, sendo que pelo primeiro, somente os bens jurídicos mais relevantes merecem tutela penal, enquanto pelo segundo, exclusivamente os ataques mais intoleráveis devem ser punidos com sanção penal; princípio da Adequação Social, que preconiza a ideia de que, apesar de uma conduta se subsumir ao tipo penal, é possível deixar de considerá-la típica quando socialmente adequada, isto é, quando estiver de acordo com a ordem social; princípio da ofensividade, estabelecendo que somente podem ser erigidas à categoria de crime condutas que, efetivamente, obstruam o satisfatório conviver em sociedade, e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal; princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, que eleva o Direito Penal a restrição da tutela de bens jurídicos, não estando legitimado a atuar quando se trata da tutela da moral, de funções estatais, de ideologia, de dada concepção religiosa etc.

Ao lado da vertente minimalista, o movimento mais radical que pugna pelo fim da sociedade baseada no castigo, exaltando um justo sistema de solução de conflitos alheio à justiça criminal. É a corrente abolicionista do Direito Penal. Assim como as outras correntes, o abolicionismo não possui um pensamento único. Na verdade esse movimento engloba diversos métodos, com vários pressupostos filosóficos que estabelecem diferentes táticas para alcançar os objetivos. Observe como De Folter coloca o abolicionismo, ao elaborar uma análise sobre as suas diversas faces: “Podemos dizer que o abolicionismo é a bandeira sob a qual navegam barcos de distintos tamanhos transportando distintas quantidades de explosivos.



Enquanto a maneira em que deverão explodir não há uma única ideia”.<sup>125</sup> E segundo Eugênio Raul Zaffaroni, ao tratar das vertentes que compõem o abolicionismo, aduz que “neste sentido, deve ser assinalada a preferência marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman, a estruturalista de Michel Foucault e, poderia ainda ser acrescentada, a fenomenológica-historicista de Nils Christie.”<sup>126</sup>

O novo paradigma do Direito Penal deve ser pensado à luz da teoria do Estado e do princípio do estado democrático de direito. Deve-se considerar o Direito Penal moderno como uma evolução do Direito Penal liberal, mas não através do abandono de garantias, e sim dentro dos ideais do estado social de direito como outra face do estado de direito outrora construído após diversas revoluções históricas.

O discurso do Direito Penal moderno tem que se basear no máximo rigor científico e se afastar do discurso da resistência. É fundamental à disciplina produzir seu conhecimento dentro da ‘verdade’ e tornar-se adequado e aceito pela sociedade democrática.

Assim, nota-se que além das influências externas da nova ordem internacional que insere no Direito interno novas normas supranacionais dentro dos seus respectivos ordenamentos jurídicos soberanos, seja através dos pactos, seja através das convenções internacionais, a política criminal de determinado Estado está intrinsecamente vinculada aos princípios da sua organização política.

### 3.2 OS PROPÓSITOS DAS SANÇÕES PENAIS

Para introduzir a fala sobre um propósito para a sanção penal, é fundamental trazer à baila algumas questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal.<sup>127</sup> Relacionar as finalidades da pena com o tema proposto neste trabalho é de salutar importância, vez que as medidas alternativas penais, encontradas no corpo da Constituição Cidadã –texto este sedimentado nos princípios do estado democrático de direito e que tem na sua base a dignidade humana alicerçando todas as garantias constitucionais do sistema penal brasileiro –, visa a proteção e adequação da reprimenda penal aos preceitos da função social da pena.

---

<sup>125</sup> DE FOLTER, Rolf S. *Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal*. Uma comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo Penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrit a Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989. p. 57-86.

<sup>126</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. op. cit. p. 98.

<sup>127</sup> ROSSETTO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo : Atlas, 2014. P. 42.

Dentre os fins da pena, salienta-se que as ideias de castigo e vingança sempre estiveram ligadas à pena e ao Direito Penal. Ainda que outros fins possam ser suscitados, a exemplo da retributividade, da prevenção geral e especial, etc., é através do ideal de castigo e de vingança que os povos legitimaram o Direito Penal, nos diversos modelos de sociedade.

Para enfatizar este tópico inicial, vale introduzir com a opinião de Beling (1930), defensor da ideia de castigo do crime através da imposição da pena:

No obstante, es necesario reconocer que existe un principio común a todas las teorías, que hace a la esencia del derecho a castigar el crimen, y este principio está enraizado en el inconsciente colectivo de todos los tiempos como una idea de fuerza que compone la noción de justicia: no podría existir una comunidad organizada, según patrones normativos —aunque sea elemental o tribal—, que no esté acompañada por el convencimiento de que el delito afecta al grupo y debe ser castigado y que la amenaza del castigo garantiza la paz social<sup>128</sup>.

Definir um fim para a pena seria demasiadamente pretensioso, já que muitos são os fins que se pode extrair dessa modalidade de sanção que se destina tanto àqueles considerados delinquentes por determinado ordenamento quanto aos que estão sujeitos a cometer o delito, já que a pena não serve apenas para sancionar, conforme defende Basileu Garcia, ao considerar que muitas são as variações e as correntes doutrinárias que tentam definir as finalidades da sanção penal. Entende ele que “castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir ou regenerar, readaptar, proteger ou defender”, todos estes verbos compõem uma diversidade de pontos de vista doutrinários que irão indicar “as finalidades possíveis do Direito Penal e, através destas, as razões da sua existência”.<sup>129</sup>

Para melhor compreender os fins da pena, é necessário debruçar-se sobre algumas concepções fundamentais das teorias da pena e a classificação corrente é a que considera três teorias: absolutas ou retributivas (*punitur quia peccatum est*); relativas (*punitur ut ne peccetur*); e, mistas (*punitur quia peccatum este et ne peccetur*). Sem mais delongas, tais teorias podem ser resumidas, respectivamente, da seguinte forma: pune-se porque pecou; pune-se para que não peque; pune-se porque pecou e para que não peque.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> BELING, Ernest Von. Grumidzüge des Strafvchchts (Esquema de Derecho Penal): Die Lehre ivn Tntbestand (La Doctrina del Delito-Tipo). 11ª edición, 1930. Traducción de Sebastian Soler. Librería "El foro", Buenos Aires, 2002. p. 30.

<sup>129</sup> GARCIA, Basileu. op. cit. p. 131.

<sup>130</sup> Ibid. p. 132.

### 3.2.1 A Retribuição

A teoria da pena como retribuição nasceu junto com o novo modelo de Estado Capitalista que buscava associar a pena ao ideal de justiça. Neste primeiro momento não existia outra razão para se punir, salvo a razão da ordem, a noção do livre-arbítrio, “entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir o justo do injusto”.<sup>131</sup>

Para esta teoria, atribuir um fim retributivo à pena significa considerar que a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal, sem necessariamente atribuir a ela um fim utilitário. Em outras linhas, a pena é o justo equivalente do dano e da culpa do agente<sup>132</sup>, é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*). Segundo Enio Luiz Rossetto, “a função retributiva da pena reproduz o mecanismo do talião expresso no *olho por olho, dente por dente*”<sup>133</sup>.

Entre os idealizadores dessa teoria absoluta, podemos citar Emanuel Kant (1724-1804) com sua fundamentação de ordem ética e moral e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) com sua fundamentação de ordem jurídica.

A doutrina de Kant estabelece que a pena deveria ser aplicada simplesmente porque o delinquente cometeu uma infração. Pelo fato de o homem ser um fim em si mesmo, não seria ético o Estado utilizá-lo para nenhum outro fim, nem mesmo a utilidade social que a teoria utilitária (que posteriormente será analisada) defende. Para Kant, o ato da punição serve para que a sociedade não seja conivente com o crime. Mesmo que a sociedade absolva um criminoso, ainda assim ele deve ser punido.

Nas palavras de Kant, a pena não pode servir

De meio para fomentar um outro bem, seja em favor do próprio delinqüente (*sic*) seja da sociedade civil, mas há de ser-lhe sempre infligida somente porque cometeu um crime; porque o homem não pode nunca ser tratado simplesmente como o meio para os propósitos de outrem e confundido como objetos (*sic*) o direito real.<sup>134</sup>

Kant entende a pena como uma necessidade absoluta de justiça, como um *imperativo categórico* de justiça que impõe a realização desta através da pena. Logo, “a pena não pode ser um meio, porque, se assim for, *mediatiza* o apenado”<sup>135</sup>. Neste mesmo sentido, verbera

---

<sup>131</sup> BITENCOURT, César Roberto. 2003, p. 68.

<sup>132</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. Questões fundamentais do Direito Penal Revisadas. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 45.

<sup>133</sup> ROSSETTO, Enio Luiz. Teoria e aplicação da pena. São Paulo : Atlas, 2014. p. 46.

<sup>134</sup> KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Trad. José Lameno, 2011, p. 208.

<sup>135</sup> ROSSETTO, Enio Luiz. Teoria e aplicação da pena. São Paulo : Atlas, 2014. p. 48.

Paulo Queiroz que “a pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois ‘as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias’.”<sup>136</sup>

Já para a doutrina de Hegel, a pena deve restituir a vontade geral destituída pela ação do delinquente. Hegel não via possibilidade de uma convivência harmônica em sociedade sem o Direito. Ao praticar o crime, o indivíduo vai de encontro ao Direito, negando seus preceitos. Assim, partindo Hegel da regra que diz que *a negação da negação é uma afirmação*, a pena afirma o Direito e nega o crime resgatando, portanto, a validade do Direito.

As teorias de Kant e Hegel têm muita importância no Direito Penal, pois servem de referencial de culpabilidade. Sobretudo Hegel contribuiu muito com a penalização conforme a valoração do crime. Porém as propostas elaboradas por eles foram muito criticadas por não trazerem utilidade social.<sup>137</sup>

A racionalidade e a liberdade são, pois, para Hegel, a base do Direito. O delito, entendido como negação do Direito, é a manifestação de uma vontade irracional.<sup>138</sup> Nesta mesma linha, Basileu Garcia entende que a teoria da retribuição comporta a ideia de castigo, uma vez que a pena “impõe-se, não visando um benefício para o criminoso ou mesmo para a sociedade, mas porque o delinquente a mereceu, como um castigo. Não tem outro intuito senão o sancionador, de retribuição do mal pelo mal”.<sup>139</sup>

Francesco Carrara também foi outra figura influente dessa teoria. Ele vislumbra uma noção da reparação do delito e o restabelecimento da ordem através da pena direcionada a quem provocou a desordem com o delito. Quando Carrara traçou o seu *Programa*, teve a preocupação de fixar um princípio fundamental dentre todos, um princípio do qual pudesse deduzir toda a Ciência Criminal. Esse princípio estabelece que o crime não é um ente de fato, é um ente jurídico. Dessa afirmação primordial, a Escola Clássica extrai – ou pretende extrair – (conforme de expôs no capítulo anterior) todas as verdades que governam o Direito Penal.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> QUEIROZ, Paulo. op. cit. p. 19-20

<sup>137</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal/Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 236-237

<sup>138</sup> BITENCOURT, César Roberto. op. cit. p. 73

<sup>139</sup> GARCIA, Basileu. op. cit. p. 133

<sup>140</sup> CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral. São Paulo, SP: Saraiva, 1956-1957. 2v.

### 3.2.2 A Prevenção

Também conhecida como teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção propriamente dita. Tanto para a teoria retribucionista, quanto para a teoria utilitária, a pena é considerada um mal necessário. O que as difere é que para a primeira a pena busca a realização da justiça, enquanto para esta última, a pena deve possuir uma utilidade, qual seja, evitar que novos delitos sejam praticados.

Césare Beccaria (1738-1784), na clássica obra “Dos Delitos e das Penas”, traça importantes considerações sobre os fins da pena:

Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos a seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-los, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu.<sup>141</sup>

A doutrina de Beccaria enquadra-se entre as teorias relativas, porque, para esse publicista, que foi mesmo o fundador do ponto de vista utilitário nas doutrinas penais, a pena não se destina a anular fato nocivo já cometido, e sim impedir que o culpado continue a delinquir, bem como desviar os seus concidadãos da possibilidade de cometerem crimes.

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). Prevenção geral tem essa nomenclatura por se direcionar a todos dentro da sociedade. Pode ser negativa (uma contra motivação ao crime) ou positiva (afirmação de valores que previnem o crime). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção especial é direcionada ao delinquente no intuito de que este não cometa novamente o crime (reincidência). Em síntese, a pena objetiva intimidação de todos, quando esta é cominada abstratamente, mas também o será em relação ao criminoso, quando a pena é imposta concretamente.

Anselm Von Feuerbach formulou a “teoria da coação psicológica” que pretendia impor medo aos demais membros de uma dada sociedade através da prevenção geral da pena,

---

<sup>141</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. *Dos Delitos e Das Penas*, Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira – 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos), p. 62.

enquanto para Jeremias Bentham, “a isencção (*sic*) de penas parece, à primeira vista, um ato de pura clemência, mas se a impunidade prejudica as leis e faz aumentar os delitos, a indulgência para com os criminosos sai bem cara às suas vítimas.”<sup>142</sup>

Nesta mesma senda, Cesare Beccaria, coadunando com a prevenção geral, levanta o seguinte questionamento: “Qual o fim político das penas?”, aduzindo posteriormente que a pena cumpre seu fim quando produz “o terror dos outros homens”.<sup>143</sup>

Defendendo o caráter preventivo da pena, Santiago Mir Puig vai dizer que a pena, sendo um castigo, não significa que sua função seja somente a retribuição, mas sim que além de prevenir condutas ofensivas ao direito, ela também funciona como defesa de bens jurídicos.<sup>144</sup>

### 3.2.3 A conciliação entre os caracteres retributivo e preventivo da sanção

A vertente mista, eclética, intermediária ou conciliatória busca unir as duas supracitadas teorias a fim de aperfeiçoar a finalidade da pena. Segundo essa última linha, a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).

Registra-se que o artigo 59 do Código Penal brasileiro adota essa teoria e expõe isso claramente, quando prescreve que no âmbito da fixação da pena, o magistrado deverá se atentar para a “reprovação e prevenção do crime”.<sup>145</sup>

Ainda fomentando a ideia finalística da pena, Liszt defende que existem dois momentos diversos, sendo que para cada um desses momentos ter-se-á diversos efeitos:

Reconhece-se que a pena corresponde também à idéia finalística, força productora do direito, e com esse reconhecimento torna-se possível utilizar os variados efeitos da comminação e execução da pena para a protecção dos interesses da vida humana. Comquanto a reminiscência do passado da pena, não se tenha de todo esvaecido, e ainda hoje o instinto de vingança possa reclamar, como inspiração sua, a theoria da justiça reparadora, vae-se, todavia, incessantemente operando envolvimento do

---

<sup>142</sup> BENTHAM, Jeremy. As recompensas em matéria penal. 1748-1832; tradução Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio – 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007 – Biblioteca Clássica, p. 28

<sup>143</sup> BECCARIA, op. cit.p. 70

<sup>144</sup> “la pena sea conceptualmente un castigo, no implica que su función última sea la retribución. Por el contrario, la observación del derecho positivo muestra que a la pena se asigna una función preventiva, de defensa de bienes jurídicos”. MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. 2ª Ed. En ontevideo, República Oriental del Uruguay: Editora B de F Ltda, 2003, p. 79

<sup>145</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 - Código Penal brasileiro disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art60](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art60) acessado em 10 de janeiro de 2015.

individuo nos fizera conhecida: a útil, converte-se em acto voluntario, determinado e moderado pela idéia do fim. Uma política criminal serena e cônica do fim a que se dirige é a ineluctavel exigência que resulta para nós da historia do desenvolvimento da pena. (sic)<sup>146</sup>

Essa teoria intermediária critica as soluções monistas porque elas acabam se mostrando deficitárias. Seus seguidores entendem que ao se adotar somente uma das teorias, as funções de proteção da sociedade pelo Direito Penal ficam mitigadas por conta da complexidade dos fenômenos sociais.

Dentro dessas teorias mistas ou unitárias, duas importantes vertentes destacam-se: a *Teoria Dialética Unificadora* proposta por Claus Roxin e a *Teoria do Garantismo* de Luigi Ferrajoli. Outras vertentes, além dessas duas, não serão analisadas criteriosamente, já que a pretensão do presente trabalho é trazer à baila alguns pontos fundamentais das destas teorias.

A primeira vertente, defendida por Claus Roxin, é denominada pelo mesmo de Teoria Dialética Unificadora. Para Roxin, a pena deve ser analisada em três momentos: em primeiro lugar o abstrato, que corresponde à prevenção geral negativa e que se relaciona ao próprio texto de lei; em segundo o momento da aplicação, ou seja, da prevenção geral positiva e a retribuição; e, como terceiro, o da Execução da pena, que evidencia a prevenção especial.

De importante contribuição para o entendimento das ideias de Roxin sobre sua aceção utilitarista da pena, o autor Gamil Föppel El Hireche na sua obra *A função da pena na visão de Claus Roxin*, expõe o seguinte:

Deve-se registrar, mais uma vez, que a aceção de pena, para Roxin, é utilitarista, o que quer dizer que ele vê, na pena, finalidades, diferente do pensamento retributivo e absoluto. Muitas vezes, porém, pensa-se que, por ser partidário de idéias (no plural) de prevenção, a teoria proposta por Roxin é de prevenção geral ou de prevenção especial, puramente, mas este equívoco é justificável por se tratar, justamente, de uma teoria dialética, que reúne, assim, pensamentos diferentes.<sup>147</sup>

Ao tratar dos fins da pena, Roxin rechaça as bases da teoria absoluta, ao considerar que a pena possui ainda uma função de proteção subsidiária dos bens jurídicos, ou seja, para ele a teoria da retribuição já não se pode sustentar cientificamente hoje em dia, uma vez que a finalidade do Direito Penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos e, portanto, para o cumprimento desse objetivo, não é possível ignorar os fins sociais da pena.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> LISZT, Franz Von. Tratado de direito penal alemão ...op. cit., p. 08.

<sup>147</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.79.

<sup>148</sup> “[...] la teoría de la retribución ya no se puede sustener hoy científicamente. Pues, la finalidad del Derecho Penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindida de todos los fines sociales”. Roxim, 2003, p. 84.

Analisando a teoria de Roxin, Paulo Queiroz identifica uma finalidade básica do Direito Penal apontada por aquele. No concernente à prevenção geral, na visão de Roxin, o Direito Penal tem como fim, essencialmente, dissuadir as pessoas do cometimento de delitos e, conseqüentemente, atuarem conforme o direito.

Ademais, o ideal desta teoria conduz à superação das falhas das teorias da pena, além de induzir à receptividade dos acertos de cada uma das teorias da pena, formulando, nas palavras de Roxin, a “Teoria Dialética Unificadora”.<sup>149</sup>

Tratando agora do Garantismo neoclássico de Luigi Ferrajoli, é importante deixar clara a distinção entre o movimento Minimalista e o Garantismo. Embora ambos sejam convergentes e complementares, este, no entanto, é mais abrangente.

Ferrajoli proclama um direito penal garantidor que se pautar numa mínima intervenção penal com as máximas garantias. É nisso que consiste o garantismo de Ferrajoli. Este ideal está fundado em dez axiomas trazido pelo próprio Ferrajoli. São eles: a) *Nulla poena sine crimine*, ou seja, o Estado deve ser extremamente limitado para que não seja abusivo e é imprescindível que haja crime para que haja punição; b) *Nullum crimen sine lege* – o Estado somente pode punir se houver um crime que, no Brasil, deve estar previsto no texto legal; c) *Nulla lex sine necessitate* – não se pode haver lei penal de forma arbitrária, sem necessidade; d) *Nulla necessitas sine iniuria* – não há necessidade penal se não há lesão; e) *Nulla iniuria sine actione* – não se pode punir o indivíduo pelo que ele é, e sim pelo que fez; f) *Nulla actio sine culpa* – o indivíduo não pode ser punido se não houver culpa para a responsabilidade; g) *Nulla culpa sine iudicio* – não pode se falar em irresponsabilidade se não houver processo; h) *Nullum iudicium sine accusatione* – para falar em processo penal é requisito essencial que exista uma acusação; i) *Nulla accusatio sine probatione* – não pode falar em acusação se a mesma não está fundada em provas; j) *Nulla probatio sine defensione* – as partes têm o direito de defesa.<sup>150</sup>

O ideal do pensamento de Ferrajoli é pela abolição gradual das penas privativas de liberdade. O direito penal mínimo defendido por Ferrajoli não coaduna com aquela vertente

---

<sup>149</sup> [...] Não nos podemos dar por satisfeitos com uma acumulação de possibilidade de atuação. É certo que a teoria unificadora se baseia em ter percebido correctamente (sic) que cada uma das concepções contém pontos de vista aproveitáveis que seria errôneo converter em absolutos. Mas a tentativa de sanar tais defeitos justapondo simplesmente três concepções distintas tem forçosamente de fracassar, já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente a concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena. A qual se converte assim no meio de reacção (sic) apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é teoricamente aceitável, como muito grave, do ponto de vista do Estado de Direito [...]. ROXIN *apud* HIRECHE, 2004, p. 25-26.

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.



radical que pretende caminhar rumo ao abolicionismo. Diferente disso, busca-se, através do garantismo, limitar o Direito Penal às hipóteses de absoluta necessidade. Desse modo, Ferrajoli defende um direito penal de garantias do cidadão frente ao arbítrio realizável pelo Estado ou pelos próprios indivíduos. Esse Direito Penal de garantias deve estar baseado nos princípios fundamentais do sistema normativo e que se entrelaçam com os princípios garantistas do Direito Penal, do Processo Penal e da Execução Penal. Tais princípios, defendidos por Ferrajoli, seriam a estrita legalidade, a lesividade, a proporcionalidade e a ampla defesa.

No que respeita à legitimação da intervenção penal, para Ferrajoli a única função por ele percebida é a da prevenção geral negativa. Ela se relaciona com a segurança jurídica bastante defendida pelo positivismo e concretizada no princípio da legalidade. A lei seria, assim, um meio de prevenir o crime (através da coação: pena) e ao mesmo tempo trazer a garantia de que o que está escrito na lei tem validade e deve ser cumprido. Essa garantia traz maior segurança na relação jurídica, como postula Ferrajoli na máxima *nullum crimen sine lege*.

### **3.2.4 A crítica aos propósitos das sanções penais**

Como não se podem omitir outras vertentes do Direito Contemporâneo que criticam os fundamentos do direito de punir do Estado, ressaltar-se-á, a partir de agora, algumas das mais expressivas teorias denominadas deslegitimadoras.

As diferentes teorias até agora estudadas pautavam-se numa legitimidade do Direito Penal e apesar de possuírem discrepâncias no que tange às razões que o justificam, todas reconhecem o subsistema Penal como algo necessário ao controle da criminalidade. No afã de explicar os fins e funções deste ramo do direito e também das penas, ora se voltam para ideais mais conservadores (teoria absoluta vista no item anterior), ora se voltam para ideais mais liberais. Contudo, ambas ratificam o Direito Penal e o *jus puniendi* do Estado como idôneos para a realização das funções que lhe são destinadas.

Sob uma outra ótica, alguns movimentos contemporâneos não coadunam com essa legitimidade Estatal no exercício do *jus puniendi*. Dentre tais movimentos, dois deles são de significativa relevância para explicar as teorias deslegitimadoras do direito penal: o abolicionismo penal e o minimalismo radical.

Tanto o abolicionismo quanto o minimalismo radical tratam-se de movimentos de política criminal, encontrando escopo na nova criminologia (ou criminologia crítica),

originada nos Estados Unidos, nos idos das décadas de 60 e 70. Ambas as correntes em alusão contrapõem ao paradigma etiológico, típico da criminologia positiva, e propõem um novo paradigma do controle, trazendo uma expressiva contribuição sociológica.<sup>151</sup>

As duas vertentes consideram o sistema penal um sistema estruturalmente seletivo, criminógeno e ineficaz quanto às funções que lhe são assinaladas. Enquanto o minimalismo pretende reduzir substancialmente a incidência do Direito Penal, preservando somente residualmente e por um período necessário à abolição do Direito Penal, o abolicionismo, como movimento radical que é, vai além. Os abolicionistas defendem o fim das penas do Direito Penal e de toda a estrutura do sistema de justiça penal.

Alguns doutrinadores podem ser citados como representantes dessa corrente abolicionista. Neste sentido, Zaffaroni ao tratar deste tema aduz que “deve ser assinalada a preferência marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman, a estruturalista de Michel Foucault e, poderia ainda ser acrescentada, a fenomenológica-historicista de Nils Christie”.<sup>152</sup>

A corrente abolicionista mais radical sustenta que a pena e o próprio Direito Penal possuem efeitos mais negativos que positivos; pretende, portanto, suplantar todo e qualquer controle “formal” do delito por outros modelos informais de solução.

O principal expoente da corrente abolicionista é Louk Hulsman, cuja obra “*Penas Perdidas*” inspirou o penalista Eugênio Raúl Zaffaroni. As linhas mestras da doutrina de Louk Hulsman dizem que as penas são perdidas porque implicam um sofrimento inútil.<sup>153</sup> Assevera Louk Hulsman que

O condenado à prisão penetra num universo alienante, onde todas as relações são deformadas. A prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: **ela é um sofrimento estéril.**<sup>154</sup>

Ademais, o ambiente carcerário não produz bons resultados por conta da falta de condições para isso. Segundo Hulsman, “nas prisões os homens são despersonalizados e

---

<sup>151</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 90-91.

<sup>152</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, 1ª impressão, outubro d 2010, 2ª reimpressão, setembro de 2012, p. 98.

<sup>153</sup> HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Niterói -RJ, Luam, 1993, p. 62.

<sup>154</sup> Ibid. p. 62.

dessocializados”, passando a fazer parte (e reproduzindo) uma comunidade excluída da realidade social.<sup>155</sup>

No concernente às críticas direcionadas às outras vertentes legitimadoras, pode-se apontar as seguintes:

É falaciosa a idealização de uma prevenção geral ou mesmo especial, visto que o delito pode derivar das mais diversas causas (psicológicas, sociais, culturais) que não se neutralizam pelo mero temor da pena. Ademais, a prevenção geral somente serve para legitimar o discurso sobre o direito penal.<sup>156</sup>

Outra crítica é a de que o sistema penal é seletivo, sendo dirigido, sempre, aos menos favorecidos, produzindo e reproduzindo desigualdades sociais, que servem para retroalimentar o sistema penal excludente.

No que se refere à pena privativa de liberdade, Hireche, ao descrever sobre algumas críticas feitas ao sistema penal, afirma que o cárcere não educa. Pelo contrário, utilizando-se dos termos de Hulsman o citado autor afirma que a prisão embrutece e dessocializa. Assim, no seio das prisões, prevalecem as relações de dependência e dominação ao lado da passividade e agressividade, onde não se estabelecem diálogos. As regras do sistema carcerário fomentam o desprezo pela pessoa. A opressão sempre presente desvaloriza a autoestima, mitigando as possibilidades de interlocução entre os internos e também entre os agentes do Estado que trabalham no sistema carcerário. Ao invés de se garantir a dignidade humana, “na prisão, os homens são despessoalizados e dessocializados”<sup>157</sup>.

Outros fundamentos observados pela vertente abolicionista são o da violação dos Direitos Humanos pelo próprio sistema que não respeita preceitos básicos a exemplo da legalidade; a intervenção superficial em detrimento das “cifras ocultas” do próprio sistema penal; o alto custo de manutenção dos estabelecimentos prisionais; o caráter estigmatizante que sujeita o indivíduo antes mesmo da sentença condenatória e que o segue para o resto de sua vida; a reação tardia e reativa em detrimento da não preventiva que poderia amenizar as ocorrências; a intervenção sobre pessoas e não sobre as situações que permeiam o indivíduo e a sociedade que o cerca etc.

Em síntese, Hulsman defende o desaparecimento do Direito Penal, mas isso não significa abolir todas as práticas coercitivas de controle social (por exemplo: práticas não penais- reparação civil, acordo, perdão, arbitragens, etc.). Para ele, a abolição do sistema

---

<sup>155</sup> HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói -RJ, Luam, 1993, p. 63.

<sup>156</sup> QUEIROZ, Paulo. *op.cit.* p. 93.

<sup>157</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *op.cit.* 116-117.

punitivo estatal conduz a um convívio mais sadio e dinâmico e isso, por sua vez, conduzirá as pessoas a uma nova justiça, diz o autor, “abrirá, num convívio mais sadio e dinâmico, os caminhos de uma nova justiça”<sup>158</sup>.

Tratando agora da vertente do minimalismo radical ou abolicionismo mediato, pode-se traçar as seguintes considerações.

Os idealizadores dessa perspectiva argumentam que o sistema penal é um subsistema de reprodução de desigualdades materiais, criminógeno e incapaz de realizar suas funções declaradas. Porém, acreditam que a supressão desse sistema só pode ser efetivada a partir do momento em que a sociedade fosse reestruturada de modo que possibilite o equilíbrio e a igualdade formal e material dos indivíduos que a compõe.

A proposta do minimalismo radical consiste em minimizar a utilização do Direito Penal, não só impedindo o quanto possível novas “criminalizações”, senão também a intensidade da resposta estatal, especialmente quando se trata de pena de prisão (processo de “despenalização”). Logo, os seguidores dessa vertente não defendem a abolição do Direito Penal a curto prazo. Expondo sobre o minimalismo, Hireche esclarece que “o minimalismo propõe a contração, a diminuição da quantidade de tipos penais. Só deveria ser crime o fato que contém uma carga maior de reprovabilidade social. Não se deve punir uma bagatela, uma insignificância”<sup>159</sup>.

A desinstitucionalização, com uma proposta de diversificar a reação penal, tem o condão de transferir a solução do conflito para instâncias informais. Ademais, o minimalismo radical ainda reivindica uma ampla desprisonalização de muitos que se encontram presos cautelarmente. A desprisonalização cautelar é a negação do cárcere como instrumento de prisão cautelar.<sup>160</sup>

Nas palavras de Alice Bianchini, o minimalismo penal “apregoa que o sistema repressivo, por, intrinsecamente, produzir violência, deve ficar reservado aos episódios em que sua atuação torna-se indispensável – lógica do mal necessário.”<sup>161</sup>

E mais à frente a mesma autora vai dizer que,

Uma vez que o Estado pode se valer de inúmeros meios protetivos diversos do direito penal – desde outros ramos do ordenamento jurídico até medidas de controle social informais – e tendo em vista que o recurso ao direito penal apresenta-se como

---

<sup>158</sup> HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat, op.cit., p. 86.

<sup>159</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. op.cit., p. 129-130.

<sup>160</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais/Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 277-278.

<sup>161</sup> BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

o mais gravoso para os próprios direitos fundamentais insertos na Constituição, sua intervenção deverá ser limitada ao extremo, fazendo surgir o princípio da máxima utilidade possível com o mínimo sofrimento necessário. Esta máxima decorre de uma das funções do Direito Penal que é a de limitar a violência que o próprio Estado causa (violência formal), quando da sua missão de diminuir a violência informal (representada pelo delito e pela reação social que a prática do delito causa à sociedade).<sup>162</sup>

Além das teorias deslegitimadoras, Zaffaroni traz a Teoria Agnóstica da Pena. Para este autor, todas essas teorias são problemáticas porque não se realizam na prática. Uma teoria agnóstica da pena surge, sobretudo, do fracasso retumbante de suas teorias positivas que pretendem atribuir alguma função manifesta a ela, contribuindo, inclusive para deduzir um direito subjetivo público de punir de titularidade do Estado.

Para Zaffaroni, “o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc.”<sup>163</sup> Tratando-se, na verdade, de um instrumento teórico sem utilidade, a pena é simples coerção/exercício de poder do Estado, pois não repara o dano causado; não contribui para que o delinquente deixe de delinquir; não protege o bem jurídico.

### 3.3 NOVOS RUMOS PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

#### 3.3.1 O advento de um Direito Penal Internacional e as regras internacionais de tratamento do preso

Antes de adentrar no ponto crucial deste tópico que diz respeito ao tratamento que deve ser dispensado aos presos pelos países signatários dos tratados internacionais, urge dar um passeio pelas origens e fundamentos desta vontade universal pelo fortalecimento e manutenção da paz e segurança internacionais.

No ano de 1945, na cidade californiana de São Francisco, EUA, ocorreu a Conferência das Nações Unidas, ocasião em que reuniram delegações de 50 países para redigir o estatuto da ONU, documento que seria assinado em 26 de junho do mesmo ano pelos representantes

---

<sup>162</sup> BIANCHINI, Alice. op. cit., p. 100.

<sup>163</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal - Vol I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 98.

das nações. Como a ratificação do estatuto somente se deu alguns meses após a Conferência, após ratificação pela China, França, União Soviética, Reino Unido e Estados Unidos (países estes únicos com poder de veto), e demais nações, totalizando 51 países-membros originais, o dia 24 de outubro é celebrado como o Dia das Nações Unidas<sup>164</sup>.

A primeira Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, ocorrida no centro histórico de Londres, coordenada pelo colombiano Eduardo Zuleta Angel, que atuou como presidente temporário, ocorreu em 10 de janeiro de 1946. Pensada de forma estratégica de combate ao desrespeito aos direitos humanos e à liberdade, a ONU se tornou uma organização internacional de países, baseada na igualdade de soberania entre seus membros, todos imbuídos pela manutenção da paz e segurança mundiais. Além disso, a organização também estabeleceu pactos de amizade entre os signatários, cooperação internacional no que toca aos problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários.<sup>165</sup>

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabeleceu-se um todo organizado que assegura a “proteção mundial que funciona como parâmetros para a proteção internacional de tais direitos em torno de valores básicos universais, a ser observados e seguidos por todos os estados e povos”<sup>166</sup>.

O desenvolvimento na direção de um Direito Penal Internacional se intensificou após a Segunda Guerra Mundial, dado ao fato de que a partir daquele evento fatídico, a humanidade se conscientizou da sua vulnerabilidade diante do potencial bélico lesivo dos países envolvidos na guerra. Diante disso, os direitos humanos passam a ser vistos como objetos de proteção penal, ou seja, conforme preleciona Daniel Andrés Raizan:

Os direitos humanos dos cidadãos mundiais, reconhecidos universal e interculturalmente, e os princípios de justiça, especialmente, da liberdade frente à arbitrariedade e a violência, como forma de proteger o corpo, a vida e a liberdade, devem ser protegidos pela república mundial complementar, de ser necessário, com um direito penal mundial.<sup>167</sup>

Com fundamento na dignidade da pessoa humana, os direitos humanos passaram a funcionar como vetores no aperfeiçoamento de normas jurídicas garantidoras da pacificação entre os povos. Em contrapartida, segundo Alessandra Rapassi Marcarenhas Prado, a ONU se

---

<sup>164</sup> 1946: Primeira Assembleia Geral da ONU. Disponível em < <http://www.dw.de/1946-primeira-assembleia-geral-da-onu/a-1851249>> acessado em 14 de janeiro de 2015.

<sup>165</sup> 1946: Primeira Assembleia Geral da ONU. Disponível em < <http://www.dw.de/1946-primeira-assembleia-geral-da-onu/a-1851249>> acessado em 14 de janeiro de 2015.

<sup>166</sup> RAIZMAN, Daniel Andrés. O Direito Penal Internacional. A Necessidade de uma Limitação Discursiva. Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado. Ed. Lumen Juris : RJ, 2007, p. 39.

<sup>167</sup> Ibid. p. 46.

tornou “um importante centro difusor das tendências e dos anseios dos diversos povos em busca do reconhecimento de seu respeito e da preservação da dignidade humana”<sup>168</sup>.

Assegurando direitos em duas vias, ou seja, uma “direcionada a responsabilizar os estados frente às violações de direitos humanos” e outra que “avançou por além das sanções reparadoras ou preventivas para garantir uma resposta punitiva para os responsáveis de tais violações”, tais manifestações humanitárias conduziram a comunidade internacional na busca de legitimidade para uma persecução penal efetiva contra qualquer indivíduo por atos criminosos que atentem a paz, a segurança e o bem-estar do mundo, independentemente do lugar onde se tenha praticado a infração. O Estatuto de Roma e a Corte Penal Internacional passam a valer como “instâncias garantidoras ou de resistência permanentes, constituindo o último estágio da progressão do direito penal internacional, frente a eventuais respostas ilimitadas oriundas de conflitos que envolvem graves violações aos direitos humanos.”<sup>169</sup>

Partindo dessa preocupação tangenciada pela emergente política criminal internacional, evidenciou-se também uma significativa preocupação quanto ao tratamento do recluso, quanto ao abrandamento das penas e a substituição das penas privativas de liberdade. Sobre esses pontos, assevera Alessandra Rapassi Marcarenhas Prado que

Esse ideal de abrandamento das penas, do recurso a medidas mais eficazes para prevenção do crime e tratamento do delinqüente, foi ratificado pelo Conselho Econômico e Social da ONU, ao adotar a Resolução n. 10, de 1986, sobre as penas substitutivas da prisão, e determinar que o Secretário Geral “elaborasse um relatório sobre as penas substitutivas da prisão destinado ao Oitavo Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinqüentes e que estudasse a questão com vista à formulação de princípios básicos neste domínio, com a assistência dos institutos das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente”<sup>170</sup>.

Antes da ratificação pelo Conselho Econômico e Social da ONU, na referida Resolução n. 10, a Lei nº 7.209/84 alterou substancialmente a parte geral do Código Penal brasileiro, inserindo penas alternativas às privativas de liberdade, reestruturando parte do sistema penal pátrio, conforme se analisará mais à frente.

A consolidação de uma Corte Penal Internacional permanente se justifica na necessidade de se despolarizar forças antes absorvidas pelos vencedores das guerras, evitando a sensação de desigualdade e injustiça, bem como criação de tribunais de exceção, como

---

<sup>168</sup> PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. Regras de Tóquio e as penas restritivas de direitos: histórico e retratos do Brasil. MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos (org.). *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 311.

<sup>169</sup> RAIZMAN, Daniel Andrés. op.cit., p. 51.

<sup>170</sup> PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. op. cit. p. 314.

acabou se caracterizando o tribunal de Nuremberg, onde os vencidos foram julgados pelos vencedores. A instituição do Tribunal Penal Internacional concretiza, ao menos em tese, uma corte neutra, desvinculada de quaisquer interferências políticas ou de influências externas<sup>171</sup>.

Acompanhando a evolução do paradigma penal internacional, em 1990 foram apresentadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, ou Regras de Tóquio (como passaram a ser conhecidas), na Resolução n. 45/110, da Assembleia das Nações Unidas<sup>172</sup>. Tais regras demonstram uma evolução do Direito Penal, no que tangencia às tendências de abrandamento das penas, sendo dirigidas aos Estados para que eles adotassem “uma política criminal que favoreça a legitimação da pena por sua finalidade preventiva, mais especificamente, ressocializadora”.<sup>173</sup>

Evidentemente, “toda e qualquer proposta de recepção de normas deve respeitar o conteúdo axiológico da Carta e não pode se diluir nas ilusões sofistas da linguagem”<sup>174</sup>. Para tanto, a Constituição Federal de 1988, de cunho democrático e com base no preceito da dignidade da pessoa humana, estabeleceu diretrizes para o aprimoramento da legislação penal brasileira, reafirmando o reforço à proteção dos direitos humanos e apresentando, no seu próprio texto, os fundamentos da política das penas e medidas alternativas (art. 5º, XLVI), conforme se verá no capítulo seguinte, quando será estudado o contexto normativo das medidas alternativas.

Assim como estatuiu as Regras de Tóquio, a Constituição Federal de 88 trouxe no seu texto as penas restritivas de direitos, apresentando-as como uma alternativa às privativas, que deverão ser adotadas como garantia de “prevenção do crime, principalmente, de proporcionar a socialização do condenado, e, por consequência, proteger a sociedade”<sup>175</sup>.

Retomando as questões cruciais do Tribunal Penal Internacional, foi publicado no Brasil em 07 de junho de 2002, através do Decreto Legislativo 112/2002, o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi aprovado pelo Congresso Nacional. Preleciona Daniel Dottes de Freitas que “após, observado o rito amplo, ocorreu a ratificação formal

---

<sup>171</sup> BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. O Tribunal Penal Internacional e sua implementação. Questões controversas. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2638, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17037>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

<sup>172</sup> PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. Regras de Tóquio ... cit. p. 315.

<sup>173</sup> Ibid. p. 315.

<sup>174</sup> FREITAS, Daniel Dottes de; SALDANHA, Luciana Blazejuk. A INTEGRAÇÃO BRASILEIRA AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DOMÍNIO DO ESPAÇO PÚBLICO: OPORTUNIDADES PERDIDAS PELA DEMOCRACIA E PELA CIDADANIA . Disponível em <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel\\_dottes\\_de\\_freitas.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel_dottes_de_freitas.pdf)> Acesso em 14 de janeiro de 2015, p. 1351.

<sup>175</sup> PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. Regras de Tóquio ... cit. p. 318.



(promulgação) do Tratado de Roma, através da edição do Decreto Presidencial 4388/2002, incorporando-se o Estatuto a tal lei<sup>176</sup>.

Naquilo que se refere às discussões relacionadas à (in)constitucionalidade do Tratado, bem como às eventuais antinomias jurídicas apontadas pela doutrina, este texto não tem o condão de adentrar nesses méritos, vez que não são objeto do presente estudo. Por ora, cumpre salientar que a Emenda Constitucional 45/2004 buscou por fim ao debate doutrinário, acrescentando no artigo 5º da Constituição Federal os parágrafos terceiro e quarto, cujas redações, *ipsis literis*, preconizam o seguinte: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais; §4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Há ainda quem se debruce sobre a natureza dessas normas elevadas ao patamar de normas constitucionais, asseverando que entre a Constituição Federal e o Tratado em apreço haveria uma constitucionalidade formal ao lado de uma inconstitucionalidade material. É o que defende Daniel Dottes de Freitas e Luciana Blazejuk Saldanha, quando aduzem que embora as normas internacionais tenham passado pelo crivo ritualístico necessário para se inserir um Tratado no ordenamento constitucional pátrio, como diversas normas do precitado Tratado esbarram em direitos fundamentais insculpidos na Lei Magna –a exemplo da possibilidade de penas de natureza perpétua, constante no Tratado, mas vedada pela Constituição Federal; a extradição, prevista no Tratado, mas vedada pela Constituição Federal etc. –, dever-se-ia, diante de tais circunstâncias, abrir espaço para o exercício da democracia participativa, permitindo o exercício da cidadania, levando a discussão para a sociedade brasileira, cabendo a ela aceitar ou rechaçar a ratificação da referida norma internacional.

Remonta à hipótese de negligência moral do Estado brasileiro em face de seu povo, que não opinou sobre a aceitação de normas penais internacionais diferenciadas e graves, embora aparentemente corretas. Mas sempre alteradoras dos ditames constitucionais originários. Negou-se o exercício da cidadania.<sup>177</sup>

Entendendo noutro sentido, Saulo José Casali Bahia defende a constitucionalidade do Tratado, apresentando os pontos seguintes: um primeiro pressupõe que art. 7º da ADCT permite a ratificação de Tratados Internacionais, eliminando discussões sobre tal impedimento; um segundo, relaciona-se à possibilidade de penas de natureza perpétua serem

---

<sup>176</sup> FREITAS, Daniel Dottes de; SALDANHA, Luciana Blazejuk. A INTEGRAÇÃO... cit. P. 1352.

<sup>177</sup> Ibid. op. cit. p. 1353.

aplicadas pelo Tratado e serem cumpridas fora do Brasil, já que aqui a Constituição Federal veda o seu cumprimento, embora permita a aceitação de normas estrangeiras como se internas fossem; um terceiro ponto diz respeito à entrega do indivíduo à jurisdição internacional que, segundo o doutrinador, não configuraria extradição, que por sinal é vedada pela Constituição Federal. Para ele, na verdade, a ADCT permite, no art. 7º, a validade das leis internacionais que acabam tomando corpo de normas internas, tratando-se “de submeter o acusado à própria justiça, mas através das normas internacionais”<sup>178</sup>.

Portanto, tendo o Brasil assinado o estatuto em sete de fevereiro de 2000, seguindo-se à aprovação pelo Congresso Nacional, pelo do Decreto Legislativo nº 112, promulgado pelo Decreto presidencial nº 4.388 e depositado a carta de ratificação em 20/06/2002 e, nos termos do seu art. 126, passando a vigorar internacionalmente para o nosso país em 1º de setembro de 2002, não haveria que se levantar quaisquer dúvidas acerca da constitucionalidade da norma internacional<sup>179</sup>.

Em suma, Enrique Ricardo Lewandowski, expõe sobre os princípios fundamentais do Tribunal Penal Internacional, asseverando que o TPI assenta-se sobre determinados princípios fundamentais, em especial a complementariedade. Para ele, o Estado tem primazia em relação à Corte no processamento dos feitos de sua competência, mas se o Estado, mesmo tendo jurisdição sobre determinado caso, ainda não tenha iniciado com o processo, ou tenha se furtado de aplicar a lei penal, a Corte atuará de forma subsidiária. Ao lado da complementariedade, há também que se observar a universalidade, que estabelece aos Estados-partes a sua condição de integrantes e submetidos à “jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações”. Outrossim, não se pode olvidar do princípio da responsabilidade penal individual, pelo qual “o indivíduo responderá pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado”. Já o quarto princípio, da irrelevância da função oficial, introduz a responsabilização dos “chefes de Estado e de governo, ministros, parlamentares e outras autoridades, sem qualquer privilégio ou imunidade”. Ao lado destes, o princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores denota que tais agentes deverão lançar mão de todo e qualquer esforço ao seu alcance para evitar os crimes, mesmo que tais agentes não estejam fisicamente presentes no

---

<sup>178</sup> BAHIA, Saulo José Casali. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA: Salvador, 2002, v. 10, p. 45-50.

<sup>179</sup> MENEZES, Fabio Victor de Aguiar. A pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional: Aspectos constitucionais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6758&revista\\_caderno=3](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6758&revista_caderno=3)>. Acesso em jan 2015.

local dos crimes. Por último, mas não menos importante, a imprescritibilidade preconiza que a ação criminosa não será alcançada pela extinção da punibilidade pelo decurso do tempo.<sup>180</sup>

Outrossim, não se nega que a política criminal vem se mundializando e o incremento de novas figuras delituosas de repercussões globais – crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de agressão quando estes tiverem sido definidos – passam a ser temas debatidos entre as nações que compactuam com o Tribunal Penal Internacional, fortalecendo a atuação da ONU sobre a matéria.

### **3.3.2 O Código Penal brasileiro e a reforma da parte geral em 1984: a inclusão das Medidas Alternativas Penais**

Criado durante o período denominado Estado Novo, por meio do decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do então presidente Getúlio Vargas e ministro da justiça Francisco Campos, o atual Código Penal pátrio passa a ter vigência a partir do dia 1º de janeiro de 1942. O referido diploma originou-se do projeto de José de Alcântara Machado e foi revisado pela comissão composta por Nelson Hungria, Roberto Lira, Vieira Braga e Narcélio de Queirós.<sup>181</sup>

Após quase quarenta anos de vigência, em 27 de novembro de 1980 foi instituída uma comissão para elaboração de um anteprojeto de lei que objetivasse a reforma da Parte Geral do Código Penal e a comissão reformadora, presidida por Francisco de Assis Toledo, foi integrada por nomes como Miguel Reale Júnior, Renê Ariel Dotti, Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria e Helio Fonseca.<sup>182</sup>

A Reforma Penal assistida na década de 80 serviu para promulgação da Nova Parte Geral do Código Penal (a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que alterou substancialmente a Parte Geral do diploma), e também da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210 de 1984). Cumpre esclarecer que tal reforma nasceu de trabalhos prévios, inclusive com base numa CPI do Sistema Carcerário, que já àquela época apontava problemas como a superlotação, reincidência, formação de uma subcultura carcerária, os quais até hoje não foram superados. A tendência da Reforma foi a de uma aplicação mais restritiva do Direito Penal, e de uma visão de política criminal tendente à prevenção do crime e à recuperação e ressocialização do preso. Entre alguns destaques estão a introdução das penas alternativas, uma reforma na parte

---

<sup>180</sup> LEWANDOWSKI, 2002, op.cit. p. 192-193.

<sup>181</sup> DAL RI JÚNIOR, Arno. O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 264-280.

<sup>182</sup> Ibid. p. 291-296.

de concurso de agentes, e uma maior precisão na separação entre dolo e culpabilidade (referência à Teoria da Ação Final, de Hans Welzel).

No que tange à pena, a redação originária do artigo 28 do Código Penal estabelecia como penas principais a reclusão, a detenção e a multa, nos incisos I, II e III, respectivamente. Registre-se que antes da reforma penal de 84, não havia previsão de outras medidas alternativas autônomas, embora os institutos da suspensão condicional do processo e do livramento condicional já estivessem presentes. Ao lado das penas principais, encontravam-se, no Capítulo V, as penas acessórias que consistiam na perda de função pública, eletiva ou de nomeação; as interdições de direitos e a publicação da sentença (Art. 67, I,II e III do Código Penal antes da reforma de 1984).

Com o advento da Lei nº 7.209/84, o artigo 32 do Código Penal passa a estatuir que as penas em espécie são as privativas de liberdade, as restritivas de direito e as multas (incisos I, II e III, respectivamente).

As penas privativas de liberdade são as reclusivas e as detentivas, sendo que as de reclusão poderão ser cumpridas nos regimes abertos, semiabertos e fechados (art. 33 caput), observando, para a fixação do regime prisional, a quantificação da pena e as condições pessoais do apenado (art. 33, § 2º alíneas “a”, “b”, “c” e §3º), enquanto as de detenção, somente poderão ter início de cumprimento nos regimes abertos ou semiabertos, ressalvada a possibilidade de regressão.

Não houve qualquer restrição sobre a possibilidade de o acusado ser beneficiado com a suspensão condicional da pena, independentemente de ter sido condenado a pena reclusiva ou detentiva, desde que a pena reclusiva ou detentiva não superasse dois anos (art.77, caput), ou quatro anos quando se tratar de preso maior de 70 anos (art.77, §2º), desde que não registrada a reincidência e a culpabilidade, os antecedentes a conduta social e a personalidade, os motivos e circunstâncias do crime não indicassem que a medida não pudesse ser aplicada, por inócua ou ainda quando não fosse cabível a substituição por pena restritiva de direito (art.77, I, II, III).

A grande inovação implantada pela reforma penal foi à criação de penas restritivas de direito as quais, de acordo com o art. 43 e incisos, consistem em prestação de serviço a comunidade, interdição temporária de direitos e limitações de fim de semana. Destarte tais modalidades figurem como penas autônomas no sistema penal pátrio, por ainda não serem indicadas junto aos tipos penais, elas permanecem até o presente momento na condição de penas substitutivas à privação da liberdade, o que demonstra uma grande incongruência com a política criminal contemporânea.

Para Rogério Greco e outros defensores das medidas alternativas penais, atualmente há uma tendência em se ampliar o catálogo das penas principais, não só permitindo a substituição das penas privativas de liberdade, para a exclusiva aplicação da multa, como também para imposição de outras sanções não privativas ou meramente restritivas de liberdade. Não foi por outra razão que a Lei nº 9.714/98 inovou ainda mais o rol das medidas alternativas penais, alterando o dispositivo que trata das penas restritivas de direitos.<sup>183</sup>

Antes da alteração feita pela Lei nº 9.714/98, o artigo 43 do Código Penal preconizava que as penas restritivas de direitos seriam três: prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. Com a nova redação, o mesmo dispositivo passou a estabelecer não três, mas agora cinco modalidades: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.

O uso ou a aplicação das penas restritivas de direito será objeto de estudo do próximo capítulo, que visa analisar as medidas consensuais no âmbito da persecução criminal. Por ora, cumpre esclarecer que as penas alternativas, além de possuírem a coercibilidade necessária à natureza punitiva a que se pretendem, tais penas podem ser conversíveis, no caso de descumprimento das condições impostas ou caso sobrevenha fato novo que incompatibilize a aplicação dessas penas no caso concreto, nos termos da lei penal pátria<sup>184</sup>.

A adoção da política penal das medidas alternativas ao encarceramento surgem no ordenamento brasileiro como corolário do Direito Penal mínimo e garantista. A inserção delas no rol das sanções penais tem por objetivo impedir a dessocialização do indivíduo, aproximando o Direito Penal às diretrizes do princípio da dignidade da pessoa humana e do estado democrático de direito, insculpidos na Constituição Federal. Ademais, As considerações acerca das novas alternativas penais (composição cível, transação penal, aplicação de pena alternativa em detrimento do encarceramento, justiça restaurativa) se dão tanto por um viés social, quando esse tipo de medida/pena impõe uma prestação em favor de toda a coletividade, quanto por um viés garantidor para aquele que vai cumpri-las, quando tais penas asseguram ao infrator seus direitos e garantias fundamentais. Assim, lhe é dada a oportunidade de corrigir um mal por ele realizado, podendo praticar um bem em prol da comunidade, de acordo com a medida alternativa a ser aplicada no caso concreto.

---

<sup>183</sup> GRECO, Rogério. Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18-465.

<sup>184</sup> Art. 44, §§ 4º e 5º do Código Penal brasileiro.

Seguramente isso provoca no apenado uma reflexão profunda sobre a desvantagem de sua infração.

### **3.3.3 Ataques à pena privativa da liberdade**

Uma crítica ainda latente entre aqueles defensores da humanização das penas é a de que não há diminuição da criminalidade nos países onde são aplicadas penas cruéis como a pena de morte ou de natureza corporal. O surgimento da pena privativa de liberdade deu um fim à crise da pena capital, que se demonstrava incapaz de reduzir a criminalidade, além de ser, em alguns casos, completamente inoperável devido ao excessivo número de réus. Daí por que a célebre ideia que conceituava a prisão como “a pena das sociedades civilizadas”<sup>185</sup>.

Tanto as penas corporais, quanto as penas que denigrem a imagem e a dignidade humana atualmente são rechaçadas do direito pátrio. Sobre este aspecto, e lançando-se mão da Carta Constitucional brasileira, nota-se que estão expressamente proibidas as seguintes penas: Art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Percebe-se que tais penas são expressamente vedadas pela Constituição Federal de 1988 e a única exceção possível à pena capital é na hipótese de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a” e art. 84, XIX).

Sem olvidar a responsabilidade do Estado quanto aos prejuízos de ordem moral a que os reclusos dos cárceres no Brasil estão submetidos, vale indicar uma recente discussão que está sendo travada pelos Ministros do STF em votação do Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul<sup>186</sup>, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. O cerne da discussão gira em torno da responsabilidade do Estado em indenizar moralmente reclusos em razão da superpopulação carcerária.

Na oportunidade do início deste julgamento pela sessão plenária, o ministro relator votou no sentido de considerar o Estado civilmente responsável pelas deficiências do sistema carcerário, tendo em vista a inobservância das garantias mínimas de cumprimento das penas privativas de liberdade. O voto do relator foi acompanhado pelo então ministro Gilmar Mendes.

Em resumo, o recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul na defesa de um indivíduo condenado a 20 anos de reclusão. A decisão objeto

---

<sup>185</sup> SHECAIRA, Sérgio Salmão. op. cit., p. 35.

<sup>186</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281163> acessado em 04.12.2014

do Recurso Extraordinário negou o direito à indenização por danos morais, malgrado tenha considerado as condições do presídio de Comumbá (MS) degradantes em razão da inércia dos órgãos e agentes públicos responsáveis.

A Defensoria Pública alega a falta de condições necessárias ao cumprimento da pena, o que viola a dignidade da pessoa humana, o que justificaria a indenização pelos danos morais. Embora o procurador do Mato Grosso do Sul também tenha reconhecido as péssimas condições do presídio de Comumbá, este entende não ser razoável uma condenação em danos morais, haja vista entender ser mais razoável destinar tais recursos às melhorias do sistema carcerário. No voto do relator, ficou evidenciado que não houve controvérsia acerca dos fatos descritos na ação, entendendo pela configuração do dano moral, contrariando o acórdão do J-MS. Para o ministro, o Estado é sim responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento enquanto permanecerem detidas. No seu voto, aduz o relator que “é dever do Estado mantê-lo em condições carcerárias de acordo com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos causados que daí decorrerem”<sup>187</sup>.

Cabe lembrar, como bem expôs o ministro relator, que o próprio STF entende existir responsabilidade objetiva do Estado quanto à saúde mental e física dos presos. No entendimento do relator, a falta de políticas públicas sérias acaba violando outros direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela própria Constituição. Na oportunidade, o ministro entende que não se podem afastar as indenizações sob o argumento de que elas não resolveriam os déficits do sistema carcerário.<sup>188</sup>

### 3.3.4 Alternativas ao encarceramento humano sob a perspectiva da menor onerosidade

Atualmente há um crescente interesse social, de escala mundial, em torno dos debates acerca do desenvolvimento sustentável, da proteção do meio ambiente saudável, da defesa da diversidade das espécies e do patrimônio genético etc., e toda essa preocupação perpassa

---

<sup>187</sup> Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281163> acessado em 04.12.2014.

<sup>188</sup> Nos termos do voto em alusão, diz o ministro que “[...] Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios. Ainda que se admita não haver o direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que obriguem o Estado a formular e implementar política pública determinada, certamente não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281163>> acessado em 04.12.2014

especialmente por questões tanto de natureza econômica e quanto de natureza normativa. Seja no meio mercadológico, seja através da Economia, seja no âmbito das riquezas naturais, o número de estudiosos das mais diversas as áreas do conhecimento que têm demonstrado interesse nessas questões é cada vez maior.

Ainda que timidamente, profissionais da área do Direito têm se atentado às mudanças de perspectiva, tanto no que se refere aos novos rumos do Direito, conforme alhures se expôs, quanto naquilo que respeita aos grandes conglomerados econômicos que tem, inclusive, inserido um novo modelo de normatização, através de regras supranacionais (Pactos, Convenções e Tratados Internacionais), que superam até as noções primárias de soberania. Também por isso que já não é mais possível se pensar no Direito sem levar em consideração os custos que a ele se vinculam, e para avaliar os custos do direito, assevera Cento Veljanovski que

A Teoria dos Preços pode e é usada no estudo do direito por dois motivos. O primeiro decorre do fato de que, gostemos ou não, aceitemos a teoria econômica ou não, ela tem muito a ver com o funcionamento prático da legislação. [...] Numa sociedade de recursos escassos, as normas legais são necessárias não apenas para uma solução justa, mas também para evitar o desperdício através da redução dos custos dos acidentes.<sup>189</sup>

E não é só isso. Só para exemplificar, o princípio do livre convencimento do magistrado, pois, não só permite que a decisão seja pautada em diversos conhecimentos, seja ele técnico ou até mesmo psicológico, mas também obriga que os fundamentos de uma decisão se pautem naquilo que é factível e economicamente viável. É muito comum que um magistrado fundamente uma decisão através de um laudo pericial elaborado por um médico, engenheiro civil, dentista etc., e neste contexto, não se pode ignorar que um parecer de um economista, naquelas decisões em que se discutem interesses de grande monta, poderia ser utilizado como uma “baliza”, em respeito à reserva do possível e também ao mínimo existencial. Mais uma vez, Cento Veljanovsk aduz que

Na, prática, é impressionante como os advogados e os servidores públicos frequentemente não se encontram preparados para enunciar claramente o objetivo da lei ou para avaliar ate que ponto leis específicas têm alcançado seus fins. A abordagem geralmente se processa na base de definições, procedimentos e discursos, em lugar de custos, benefícios resultados. Pergunte-se a qualquer advogado ou serventuário público a respeito da existência de evidência ou da pesquisa sobre os efeitos das leis criminais, policiais ou sobre saúde e segurança: - qual tem sido o custo? Quantas vidas têm sido salvas ou quantos crimes têm sido evitados? Tem

---

<sup>189</sup> VELJANOVSKI, Cento. op. cit., p. 48.



sido eficazes? São perguntas que apenas terão como respostas a perplexidade e o desdém.<sup>190</sup>

Notadamente, restou comprovado que a história foi feita de revoluções paradigmáticas no âmbito das sanções penais, culminando no incremento das medidas alternativas ao enclausuramento como reestruturação paradigmática de um sistema jurídico penal que ora se considera em plena expansão – quando se criam novas figuras penais –, ora se volta para a contração, fundada no minimalismo penal e no princípio da *ultima ratio*. Ademais, a descompasso entre a privação da liberdade e a dignidade da pessoa humana fundamenta o incremento das novas modalidades de sanção criminal. É, também, a natureza supranacional das normas fundamentais que preveem a substituição das penas de encarceramento por outras medidas que conduz o legislador constituinte na reaproximação do poder sancionador estatal aos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal brasileira.

A inclusão das medidas alternativas penais no ordenamento vigente, além de trazer uma nova forma de se garantir a punibilidade de determinadas condutas de menor potencialidade danosa, reduzindo, quando não, afastando a sensação de impunidade, tenta atender aos anseios, não só deste novo olhar acerca do constitucionalismo, mas também do Direito Penal em expansão, sem permitir que tal expansão provoque maior segregação social ou traga maiores despesas com a manutenção do sistema carcerário pernicioso e caro.

Neste diapasão, considera-se em ascensão o princípio da intervenção mínima no universo dos delitos menos graves à sociedade. Ademais, princípios penais constitucionais como a dignidade da pessoa do acusado, a proporcionalidade entre as medidas passíveis de aplicação e os delitos em análise, a flexibilização do princípio da obrigatoriedade do Ministério Público na persecução penal, etc., estão dentro do que se pretende enquanto Estado democrático de direito, que deve propugnar a maximização de resultados, através do menor custo possível.

No que tange à adequação, substrato da proporcionalidade em sede de aplicação da lei penal, pode-se inferir, a partir do pensamento de Veljanovski, que:

[...] Se há uma mesma multa para quem rouba um pedaço de pão e para quem assalta a mão armada, a lei fará muito pouco para evitar o crime pior. O sistema de penalidades criminais deve, portanto, adotar multas diferenciadas. Por outro lado, penalidades severas tendem a ser anuladas por juízes e jurados. Um argumento contra a pena de morte é a possibilidade de um júri considerar inocente o acusado, para não correr o risco de condenar um inocente a morte<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> VELJANOVSKI, Cento. op. cit., p. 48.

<sup>191</sup> Ibid. p. 75.

De acordo com Flávio Galdino, “a tentativa de inserção dos custos dos direitos na análise jurídica, até mesmo sob o prisma conceitual, não revela senão a tentativa de incluir no raciocínio jurídico os inolvidáveis resultados das análises econômicas<sup>192</sup>”. Portanto, partindo de uma nova visão científica, a Economia e o Direito tem se aproximado, já que a primeira, uma vez tendo ultrapassado os limites tradicionais que a atrelavam ao mercado, progressivamente se apropria das demais ciências a exemplo da Sociologia e da Ciência Política para dar uma resposta mais adequada ao novo modelo de Estado. Nesta senda, aduz Flávio Galdino que

A economia vai progressivamente ultrapassando seus limites tradicionais, que a ligam ao mercado, para chegar a sociologia, a ciência política, a filosofia e ao direito. Uma atividade que tem ganho ímpeto e respeito e a análise econômica do direito.<sup>193</sup>

Muito embora haja resistência em determinadas classes de profissionais para aceitar a mudança paradigmática das disciplinas enquanto unidades separadas e estanques, não seria razoável que o conhecimento produzido numa determinada disciplina não servisse para auxiliar uma outra. No âmbito da ciência do Direito, em especial, Cento Veljanovski assevera que

Entre os advogados, a relutância em se engajar no ensino e na pesquisa interdisciplinares provem de vários fatores. O primeiro é a influência exercida pelos praticantes da profissão sobre o ensino do direito. O direito leva a uma profissão, o que não acontece com a economia. Um diploma de direito representa uma qualificação profissional que dá ao estudante condições práticas de trabalho; [...] O segundo fator emana da metodologia de ensino, especialmente o método baseado em casos, que requer do estudante uma familiaridade com centenas de ações judiciais; tal maneira de ensinar não conduz a fácil aceitação da abordagem das ciências sociais que procura identificar generalidades em lugar das peculiaridades situacionais que fascinam a mente dos juristas.<sup>194</sup>

Por esta razão que surge a necessidade de se ampliar o conhecimento de forma interdisciplinar para novos ramos além do Direito. Assim, se se levar em consideração a opinião de quem acha o Direito tradicional como um modelo obsoleto e apartado da realidade social, pode-se deduzir que o Direito atual, e também o que se projeta para o futuro próximo, não se constitui em algo apartado das demais ciências. Para que bens e valores sejam

---

<sup>192</sup> GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 239.

<sup>193</sup> VELJANOVSKI, op. cit. p. 41.

<sup>194</sup> Ibid. p. 27-28.

tutelados pelo Direito, é necessário saber de onde brotam esses valores e de que forma determinamos e delimitamos os bens objetos da tutela jurídica.

Interpretando o instituto da transação penal como medida alternativa penal que reduz custos tanto para o Estado, quanto para o agente agressor da norma penal a que tal medida se aplica, este acordo legal pode ser entendido tanto como um benefício trazido no artigo 98 da Constituição Federal e regulamentado através do artigo 76 e §§ 1º a 6º da Lei 9.099/95, quanto como um direito em favor do autor do fato delituoso.

O instituto em comento tem o condão de impedir o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (ou recebimento de queixa privada nos delitos de iniciativa privada), sempre que, após serem verificadas as condições objetivas e subjetivas do acusado para fazer uso da benesse, concluir-se pela viabilidade de sua anuência. Tudo isso em respeito a *ultima ratio*. A origem da transação penal se reporta ao *plea bargaining* norte americano que, em linhas gerais, significa uma negociação ou barganha que permite ao acusado dialogar com o Ministério Público, a fim de ter sua pena diminuída, ou que seja dada uma capitulação mais branda, caso se instaure o processo criminal.<sup>195</sup>

Apesar de ambos os institutos possuírem semelhanças – especialmente naquilo que concerne à negociação e busca da melhor vantagem em favor do acusado –, o modelo nacional tem por finalidade o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, ou o não recebimento da exordial acusatória privada pelo magistrado. Já no *plea bargaining*, “o acusado ao aceitar as imputações conta sua pessoa, o faz consciente das provas e evidencias existentes contra si, conhecendo, portanto, as reais possibilidades de sua defesa, desistindo então de provas sua inocência”<sup>196</sup>.

Malgrado existam outras diferenças entre os institutos aludidos, o que demonstra não se tratarem do mesmo estabelecimento, tal análise será melhor trabalhada a seguir, em tópico específico quando se aprofundará no estudo das medidas alternativas pré-processuais. Por ora, insta esclarecer que o instituto em alusão, embora economicamente viável para o Estado e para a parte interessada é muito mais limitada que o *plea bargaining*.<sup>197</sup>

Atualmente essa modalidade de alternativa penal figura entre as mais viáveis economicamente para o Estado e para as partes envolvidas no processo. Evita-se, contudo, a

---

<sup>195</sup> VELJANOVSKI, Cento. op. cit. p. 77-78.

<sup>196</sup> SILVA, Breno Inácio da. Formas Institucionais de Produção da Verdade: Transação Penal x *Plea Bargaining*. Revista Ciências Sociais. Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 119-136, 2004. p. 125 .

<<http://www.ugf.br/files/editais/Artigo%205%20Vol%2010%20n%201%20e%202.pdf>> acesso em 04/09/2014

<sup>197</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. op. cit. p. 120.

instauração de procedimentos criminais dispendiosos, ao tempo em que reduz a intervenção do Estado na vida das pessoas.

Antecipando o tema do próximo capítulo, registra-se que são estas, portanto, as principais diferenças entre as medidas alternativas consensuais e as sanções penais não consensuais (a exemplo das medidas de segurança e os efeitos secundários da condenação). Enquanto para haver imposição da pena é necessário adentrar no mérito da causa, aplicando um juízo definitivo sobre determinado fato criminoso, as medidas consensuais, por força da provisoriedade e da mera probabilidade, não são definitivas, embora uma vez cumpridas todas aquelas condições impostas na decisão homologatória da transação penal, o destino do feito será a extinção da punibilidade pelo fiel cumprimento do acordo celebrado.

#### 4 AS MEDIDAS PENAIS CONSENSUAIS

As medidas penais consensuais inserem as modalidades mais nobres de resolução de conflitos humanos na seara do Direito Penal. Para que se estabeleça o consenso, é necessário que duas ou mais partes envolvidas num dado conflito estabeleçam diretrizes que conduzirão ao bem comum. Logo, a própria ideia de consenso remete ao ideal do acordo, da anuência, do consentimento e da reciprocidade entre os envolvidos.<sup>198</sup>

No Direito Processual e Penal brasileiro encontramos as medidas consensuais como produto da transação penal e da suspensão condicional do processo. Além destas, outras formas também se estabelecem pela via consensual entre o condenado e a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), quando a legislação estipula condições para a progressão de regime, por exemplo, no caso da mudança do regime mais duro de cumprimento de pena (semiaberto) para um regime mais brando (aberto), nos termos do art. 113 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84). Há também o consenso para se estabelecer a suspensão condicional da pena (art. 169 da Lei 7.210/84) e também para a concessão do livramento condicional (art. 137, III, da Lei 7.210/84), que deverá ser obtida em audiência de justificação, especialíssima para o caso.<sup>199</sup>

O tratamento dispensado às medidas penais consensuais desperta reflexões de ordem ideológica. Uma primeira inquietação quanto às medidas em estudo diz respeito à análise equivocada que pode ser estabelecida a partir da falsa premissa de que as medidas consensuais se apresentariam, para o ordenamento jurídico penal, como um retrocesso no que

---

<sup>198</sup> CONSENSO UNIVERSAL (lat. *Consensus gentium*; it. Consenso universale). Na obra de Aristóteles é comum a referência à “opinião de todos” como prova ou contraprova da verdade; em *Ética* a Nicômaco (X, 2, 1.172 b 36), diz explicitamente “Aquilo em que todos consentem, dizemos que assim é, visto que rejeitar semelhante crença significa renunciar ao que é mais digno de fé.” Os estoicos, por sua vez, insistiram no valor do C. universal, donde a importância que tiveram para ele as “noções comuns”, pelo fato de se formarem igualmente em todos os homens, ou naturalmente ou por efeito da educação (Dióg. L., VII, 51). Todavia só os ecléticos fizeram do C. comum o critério da verdade; Cícero exprimia o ponto de vista deles quando dizia: “Em todos os assuntos, o C. de todas as gentes deve ser considerado lei natural” (Tusc. I, 13, 30). A filosofia moderna, que tem Descartes como ponto de partida, pretendeu instaurar uma crítica radical do saber comum e, por isso, não viu mais no C. comum, que sustenta esse saber, garantia ou valor de verdade. Portanto, só raramente recorre ao *consensus gentium*. Isso se observa na escola escocesa do senso comum, encabeçada por Tomás Reid (1710-1796). Opõe-se sobretudo ao ceticismo de Hume, e para superá-lo recorre ao C. universal, que apoiaria ideias, criticadas por Hume, de substância, causa etc. (Indagação sobre o espírito humano segundo os princípios do senso comum, 1764) (v. Senso Comum). O recurso ao C. comum muitas vezes constitui uma prova da existência de Deus (v. Deus, Provas de). Por outro lado também serviu de fundamento à noção de direito natural (v. Direito). Mas estes e outros usos eventuais não modificam a substância da noção, que é tentativa de colocar ao abrigo da crítica conhecimentos ou julgamentos julgados absolutamente válidos, mas cuja efetiva universalidade seria muito difícil provar. ABBAGBI, Nicola, 1901-1990. Dicionário de filosofia. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bossi ; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª Ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

<sup>199</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. A sanção penal e suas espécies. Curitiba: Juruá, 2010. p.119.

respeita ao *jus puniendi* estatal. Isso porque se poderia concluir, repita-se, equivocadamente, que o consenso entre os indivíduos, ao menos de forma aparente, restringe do Estado o poder punitivo no âmbito da persecução penal.

Se um dos propósitos do Direito é a busca pela pacificação social e se ela puder ser alcançada às margens do mecanismo estatal jurisdicional, as medidas consensuais apresentar-se-ão, dentro do sistema normativo contemporâneo, como propostas ideais à redução da interferência das instâncias de controle formal. Desse modo, o caráter residual do Direito Penal se eleva e se valoriza, ao lado do exercício da cidadania, uma vez que a cada um será permitida a participação efetiva nessa pacificação, tão almejada pela coletividade.

Embora este conceito seja precisado adiante, é possível afirmar que, por ora, a tendência à intervenção penal mínima como tática de diminuição progressiva da intervenção penal só é admissível à medida que os conflitos sejam subtraídos da programação decisória pelo modelo punitivo para proporcionar-lhe outra solução – via um modelo diferente de solução de conflitos (reparador, conciliatório etc.) – ou para deixá-lo à mercê de instâncias informais.<sup>200</sup>

Para estabelecer um critério na aplicação das medidas penais consensuais, deve-se considerar o tipo de consequência que se pretende extrair da aplicação da lei penal, em detrimento da resolução pacífica do conflito entre as partes envolvidas. Desde a apresentação da proposta consensual, à aceitação e posterior homologação das soluções consensuais precisam estar atreladas a determinados princípios do ordenamento jurídico constitucional e penal, a exemplo do devido processo legal, da tipicidade penal para o fato em conciliação, a culpabilidade do agente infrator, bem como a punibilidade da conduta do mesmo.

Via de regra, as medidas de consenso tem uma natureza antecipatória do desfecho do caso, além de que as soluções encontradas nos casos concretos têm também o condão de prevenir demais condutas lesivas, além de retribuir tal conduta, sem necessariamente fazer uso de uma reprimenda.<sup>201</sup>

Uma segunda reflexão ainda neste viés acima apontado segue no sentido de que as medidas consensuais estimulariam a vingança privada, dado ao protagonismo das partes no âmbito da resolução de seus conflitos de ordem particular, sem a interferência do Estado na persecução do fato delituoso. Sobre esta, também não há justificativa plausível em acreditar num estímulo à vingança privada, tendo em vista a atuação do Estado, quando da homologação do acordo. Em outras linhas, o que se espera das medidas consensuais não é um afastamento do Estado na resolução do conflito, mas sim a facilitação e permissão para que as

---

<sup>200</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas...cit. p. 177.

<sup>201</sup> Ibid. p.127.

partes possam dialogar, dirimindo o conflito, antes que o Estado interfira e aplique o *jus puniendi* nem sempre necessário, a depender do caso concreto e da disponibilidade dos bens jurídicos ou interesses em discussão.

Outra ponderação a ser estabelecida seria a da flexibilização das garantias, duramente criticada pela doutrina de Ferrajoli<sup>202</sup>. A esta porque alguns dos novos institutos despenalizadores como a suspensão condicional do processo e a transação penal possuem algumas peculiaridades que de fato flexibilizam algumas garantias processuais, embora também estabeleçam novas garantias naquilo que concerne à intervenção mínima.

Sobre essa crítica, salienta-se que nem o instituto da transação penal, nem a suspensão condicional do processo ou qualquer outra medida de consenso é imposta pelo Estado. Embora tais medidas sejam consideradas como direito público subjetivo das partes, não é de se supor uma obrigatoriedade para a resolução dos conflitos. Diante das medidas que buscam a pacificação social, sem a intervenção direta do Estado na aplicação da lei penal, resta às partes aceitar o eventual acordo e homologá-lo judicialmente para garantirem a exequibilidade do acordado, ou deixar ao encargo do Estado a aplicação da lei penal, sem ferir as garantias processuais encabeçadas por Ferrajoli.

É necessário o rompimento com o paradigma atual de aplicação da lei penal e processual penal, visando assim atender a necessidade de resolução de conflitos diversa do modelo penal tradicional. Mostra-se “falido” o modelo atual de aplicação da pena tanto por não se mostrar eficaz na ressocialização do indivíduo, quanto por não ser uma forma eficaz de contemplar as necessidades e questionamentos da vítima quando da resolução dos conflitos.

Neste sentido floresce a ideia de justiça restaurativa que aborda de maneira diversa a noção de reparação dos danos causados às pessoas em detrimento da aplicação de sanção. O transgressor tem por objetivo mitigar os efeitos da sua ação às vítimas, sendo que estas participam deste processo colaborativo no intuito de auxiliarem o próprio transgressor (e também o Estado) para que seja encontrada a melhor solução.

Diante desse novo contexto, tem-se que a solução a ser homologada jurisdicionalmente pode advir por critério de justiça consensuada em determinadas hipóteses, notadamente em crimes de menor e médio potencial ofensivo, deixando a justiça conflitiva para os casos de ofensa mais graves aos bens jurídicos penais.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal/Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 60.

<sup>203</sup> KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Direito penal constitucional e exclusão social. Porto Alegre: Núria Fabris. 201, p.124.

A ideia da justiça restaurativa, que busca “uma atenuação da pena, ou uma suspensão condicional da pena, ou do processo, ou inclusive, ainda, uma renúncia da pena, se o autor repara os danos produzidos”<sup>204</sup>, planta novos ideais no sistema da reação social. Contudo, é importante frisar que as medidas consensuais não importam em novas modalidades de sanção penal, mas sim estabelecem o sentido restaurador e pacificador, necessário não somente às partes, mas também à sociedade.

Já ficou assentado que o Direito Penal tem por finalidade regular a convivência em sociedade, servindo, pois, como limites à atuação humana para que seja assegurada a inviolabilidade daqueles que convivem em coletividade. Ademais, uma das funções do Direito Penal é analisar a aplicação das penas se debruçando sobre a legitimidade do instituto. Nos tópicos que se seguem neste trabalho será mais fácil identificar a natureza jurídica e o momento em que as medidas podem ser aplicadas. A partir deles, poder-se-á compreender com maior facilidade como as espécies alternativas serão lançadas no conflito penal e em que momento elas deixam de estabelecer uma relação autor do fato – vítima e passam a fazer parte do rol de sanções impostas pelo Estado.

#### 4.1 O CONTEXTO NORMATIVO DA CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE

Tomando por base o Direito Penal Internacional, que traduz os anseios da vontade geral dos signatários da Corte Penal Internacional, normatizando direitos fundamentais a serem tutelados pelos Estados membros, as medidas alternativas penais encontram escopo normativo no ordenamento jurídico pátrio, sendo, portanto, instituídas através de normas constitucionais, e também trazidas nas leis penais, tanto através dos Códigos Penal e de Processo Penal, quanto nas leis extravagantes. Ademais, a par do que foi exposto no capítulo anterior, no concernente às Regras de Tóquio e a ascensão da política criminal de cunho alternativo à privação da liberdade, insta salientar, conforme preleciona Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, que

---

<sup>204</sup> SANTANA, Selma Pereira. Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.



É incontestável que as penas substitutivas devem ser utilizadas como instrumentos de efetivação dos princípios que regem o direito penal – como os princípios da proporcionalidade e da individualização, à medida que podem garantir um tratamento ajustado à necessidade de prevenção (ou até mesmo de repressão) do crime e às necessidades do delinquente, sem privar o indivíduo de sua liberdade.<sup>205</sup>

Sem pretender exaurir o rol legislativo que traz as penas e medidas alternativas para o sistema jurídico penal pátrio, pode-se constatar, a título de registro, que além dos dispositivos legais constitucionais e os Códigos Penal e de Processo Penal, existe uma legislação extravagante robusta que também trata da matéria. Dentre elas, destacam-se como principais as seguintes: Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); a Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que alterou o Código Penal, inseriu estas novas modalidades de reprimendas legais, dando-as autonomia e caráter substitutivo em relação às penas privativas de liberdade; a própria lei dos Juizados Especiais Criminais – Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01 (Lei dos Juizados Federais); a Lei nº 12.403/11, que trata das prisões e das medidas cautelares penais etc.

Com a inserção dessas normas referentes à matéria das medidas alternativas penais no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário averiguar se tais normas possuem compatibilidade com o sistema jurídico adotado para, a partir daí, verificar como a sociedade civil recepciona este novo paradigma sancionatório alternativo ao modelo até então adotado, o qual prevê a privação da liberdade ambulatorial como reprimenda penal autônoma.

No que respeita ao ideal de justiça, ao tratar as medidas alternativas penais como forma de readequar o Direito Penal a uma sociedade que preze pela dignidade da pessoa humana e também pela pessoa do ofendido, sem olvidar a observância ao critério da ressocialização, intrínseco ao Direito Penal, vê-se que neste aspecto há uma perfeita correspondência entre os valores instituídos pela Constituição e os fins que buscam alcançar através das medidas alternativas penais.

Destarte o objetivo deste trabalho não seja traçar uma delimitação acerca do conceito de justiça, é de se notar que o fim a ser perseguido por meio desta nova modalidade de justiça penal encontra escopo na ordem constitucional, quando se analisa a compatibilidade das medidas alternativas penais com o postulado da dignidade da pessoa humana. Percebe-se que o incremento das penas alternativas no ordenamento encontra fundamento na perda da legitimidade da constrição ambulatorial como pena principal no sistema penal. É bem certo que quando a legitimidade se esbarra na própria noção de direito justo, a crise paradigmática se instaura. Conforme aduz o Ricardo Maurício Freitas Soares:

---

<sup>205</sup> PRADO, Alessandra R. Marcarenhas. op. cit. p. 320.

Com o ressurgimento das teorizações sobre a justiça, na segunda metade do século XX, a filosofia do Direito, mediante a consolidação de um paradigma pós-positivista, passou a formular novas propostas de compreensão do significado de um direito justo, buscando compatibilizar as exigências de validade e legitimidade da ordem jurídica, mediante o delineamento de variadas alternativas teóricas, com destaque, dentro do paradigma neoconstitucionalista, para valorização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como alternativa de fundamentação e legitimação das opções hermenêuticas e decisórias.<sup>206</sup>

E frise-se, não somente nestas duas ordens (hermenêuticas e decisórias), mas também no âmbito da aplicação do direito material ao caso concreto, através do uso efetivo das sanções penais, como forma de resposta social aos transgressores das normas jurídicas penais.

Ainda no contexto do direito justo, mais a frente mesmo autor entende que:

Se a norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos, é um enunciado para a solução de um problema humano. A norma jurídica não pode ser julgada como um fim, mas como um meio para a consecução de valores concretos, tais como o bem-estar social, a dignidade, a liberdade e a igualdade. Sendo assim, a materialização dessas estimativas sociais permite a realização da justiça e, portanto, do direito justo.<sup>207</sup>

No que se refere à validade, uma vez que a legislação concernente à matéria em estudo esteja em harmonia com as regras de produção legislativa e de acordo com o sistema normativo a que se inserem, também não haverá por que se considerar tais medidas alternativas como inválidas.

Já com relação à eficácia, deve-se ter uma atenção especial. Isto porque segundo Norberto Bobbio, o problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.<sup>208</sup> Noutros termos, para que a eficácia das medidas alternativas seja assegurada, é importante concatenar a fiel aplicação da sanção penal e sua respectiva resposta, no caso de violação ou do não cumprimento da medida alternativa aplicada ao caso concreto.

No caso da legislação brasileira, o caráter substitutivo das penas alternativas reforça os ideais do estado democrático de direito, ao tempo em que impulsiona a interferência estatal na vida das pessoas de forma mais adequada, justa e proporcional. Logo, ao invés das medidas

---

<sup>206</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

<sup>207</sup> Ibid. p. 121.

<sup>208</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 47.

alternativas penais afastarem peremptoriamente a intervenção estatal naquilo que respeita à aplicação da norma penal, na verdade uma nova leitura acerca da sanção penal e dos seus fins passa a ser observada à luz da dignidade da pessoa humana, reestruturando o poder punitivo de uma maneira mais fragmentária, residual, proporcional e adequada ao caso concreto, evitando a instrumentalização e o aviltamento das pessoas submetidas a um processo criminal.

A norma penal, apesar de possuir um conteúdo menos flexível do que outras normas do ordenamento jurídico, ainda assim deve acompanhar as transformações da reação social. Principalmente quando se está diante de uma reconstrução e readequação do sistema às novas perspectivas, com um novo paradigma, baseado em princípios fundamentais que regem o ordenamento. E não poderia ser diferente, pois entende-se que é justamente a discrepância entre a pena privativa de liberdade e a dignidade da pessoa humana que vem ensejando o incremento das novas modalidades de sanção criminal no sistema penal brasileiro.

O escopo constitucional das normas que preveem a substituição das penas de encarceramento demonstra a preocupação do legislador constituinte em adequar o poder sancionador estatal aos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal brasileira.

No que tange aos direitos fundamentais, Gustavo Amaral aduz que, “o conceito de direitos fundamentais aparece na história a partir da era moderna. As ideias de dignidade, liberdade e igualdade existiam na história antes do Renascimento, mas não formuladas como direitos, tal como hoje”.<sup>209</sup> Conquanto, as medidas alternativas penais, por terem guarida constitucional, devem estar atreladas aos direitos fundamentais preconizados em todo corpo da Constituição Federal. Ademais, tais medidas fazem parte do novo paradigma do Direito Penal contemporâneo, que introduz alguns procedimentos mais flexíveis no âmbito do processamento dos feitos criminais e contravencionais, para que determinados delitos, desde que sejam considerados como de menor potencialidade danosa, possam ser analisados e processados dentro de uma perspectiva nova, que possua uma forte relação com o princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal.

A realização do direito material, em face do caso concreto, faz-se por meio das regras do processo. Este, por sua vez, funciona como o instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa. Há uma íntima aproximação entre o direito processual e o direito material, e para que opere o máximo proveito quanto aos resultados pretendidos por meio do processo, este deve ser “compreendido como uma fórmula institucional fluida e maleável, já que a

---

<sup>209</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas* / Gustavo Amaral. — Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 50.

inflexibilidade e a rigidez são próprias de um formalismo ultrapassado, incompatível com os reclamos de processo socialmente legítimo”.<sup>210</sup>

A inclusão das medidas alternativas penais no ordenamento vigente, além de trazer uma nova forma de se garantir a punibilidade de determinadas condutas de menor potencialidade danosa, reduzindo, quando não, afastando a sensação de impunidade, pretende, igualmente, atender aos anseios de um Direito Penal em transformação, sem que ela provoque maior segregação social.

Através dessas alternativas penais, o princípio da intervenção mínima renasce no universo dos delitos menos graves à sociedade. Outros princípios penais constitucionais como a proporcionalidade entre as medidas passíveis de aplicação e os delitos em análise, a flexibilização do princípio da obrigatoriedade do Ministério Público na persecução penal, etc., estão dentro do que se pretende no Estado democrático de direito que deve propugnar a maximização de resultados, através do menor custo possível.

#### 4.2 MOMENTOS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Sabe-se que no sistema processual penal pátrio vigente as medidas alternativas à privação da liberdade podem ser encontradas em alguns momentos distintos, sendo classificados da seguinte forma: medidas alternativas pré-processuais ou medidas consensuais; medidas de desjudiciarização; medidas alternativas processuais ou cautelares; penas alternativas e medidas consensuais no âmbito da execução das penas privativas de liberdade.

Para melhor conceituar as medidas precitadas, analisar-se-á cada uma destas modalidades em separado nos tópicos deste capítulo, conforme se exporá a seguir. Por ora, cabe trazer à baila uma singela exposição da sistemática processual penal vigente. Isso porque para que seja possível a aplicação da sanção penal no caso concreto, será necessário, antes da pena, fazer uso das regras de natureza processual. Em outras linhas, é o Processo Penal que confere efetividade ao Direito Penal, pois aquele oferece o caminho a ser trilhado para se chegar à materialização da aplicação da pena no caso concreto.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. op.cit. p. 186.

<sup>211</sup> ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. De; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 8ª Ed. 2009. p. 30.

Segundo Frederico Marques, o Processo Penal “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”.<sup>212</sup>

O Código de Processo Penal brasileiro foi inserido no ordenamento pátrio através do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, e desde então muitas foram as alterações legislativas que buscavam readequar os procedimentos à nova realidade Constitucional, inaugurada com de 1988.

A aludida legislação processual criminal originária ainda hoje possui um conteúdo obsoleto e autoritário, dadas às influências recebidas pelos legisladores daquela geração passada. Segundo Eugenio Pacelli, “inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o código de Processo Penal brasileiro foi elaborado em cases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem”<sup>213</sup>. Destarte aos poucos o código venha sendo modificado e sofrendo diversas reformas no intuito de adaptá-lo à nova ordem constitucional, que se baseia em princípios e garantias fundamentais (art. 5º e incisos da Constituição Federal), tais alterações legislativas têm tornado o ainda vigente diploma processual penal uma verdadeira “colcha de retalhos”. Só para constar, recentemente foram sancionados diversos diplomas alteradores do Código de processo penal, destacando-se os seguintes: Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, todas de junho de 2008; Leis nº 11.900/09, 12.015/09, 12.033/09, 12.037/09; Lei nº 11.403/11.

No bojo das alterações realizadas na lei processual, a Lei nº 11.689/08 alterou substancialmente o rito procedimental do júri, enquanto as Leis nº 11.690/08 e 11.719/08 alteraram, respectivamente, os pontos que correspondem às provas no processo penal e a modificação dos procedimentos e ritos ordinário e sumário, ambos tratados dentro do Código de processo penal.

A Lei nº 11.900/09, por sua vez, cuida dos assuntos relacionados ao ato de interrogar o acusado, que precisou sofrer sérias adaptações em respeito ao princípio do contraditório e ao devido processo legal, entre outros. Já as Leis 12.015/09 e 12.033/09 trataram de valorizar o caráter público do processo penal, trazendo para as ações penais públicas (algumas condicionadas à representação do ofendido ou do representante deste) os crimes contra a dignidade sexual e também aquelas condutas típicas relativas aos crimes contra a honra

---

<sup>212</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. Ed. Campinas: Millennium, 2003, v. 1, p. 16.

<sup>213</sup> PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

consistente na utilização de preconceito de cor, raça, origem, etnia, idade ou deficiência da vítima.

Por fim, mas não menos importante, com o advento da Lei nº 12.403, de 5 de maio de 2011, foram inseridas diversas alternativas à prisão cautelar. Observa-se nesta lei a intenção do legislador em reduzir a privação da liberdade na fase inicial do processo, lançando mão de outras medidas cautelares pessoais.<sup>214</sup>

Atualmente, tramita no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados) o PLS nº 156/09<sup>215</sup> (Projeto de Lei do Senado), que foi renumerado para Projeto de Lei nº 8.045/10. Este PLS, gerado a partir do anteprojeto produzido por uma comissão de juristas que se reuniu no ano de 2008 para organizar o projeto e levar para o Poder Legislativo Federal o que poderá se transformar no novo Código de Processo Penal.

A necessidade de mudança no cenário legislativo penal, experimentado pelo momento de ampla reforma do Direito criminal, faz parte de uma releitura dos institutos jurídicos penais, já que boa parte daquilo que está positivado no sistema penal pátrio já não mais responde aos anseios de uma sociedade em profundo processo de democratização e transformação. Após o advento da Constituição Federal de 1988, de cunho democrático e cidadão, as leis que a antecedem tiveram passar por uma ampla revisão, tanto em relação a seus conteúdos materiais, quanto em relação à suas respectivas compatibilidades com o novo sistema constitucional.

E é assim que uma vez ocorrido o evento criminoso, surge para o Estado o direito de iniciar a persecução penal, com base nas normas dispostas no ordenamento jurídico penal e processual penal, que deverão guardar uma sintonia entre o fato tipificado como delitivo e o rito a ser observado no processamento dos feitos.

#### **4.2.1 Medidas alternativas pré-processuais ou medidas consensuais**

No presente subitem serão estabelecidos conceitos e diretrizes relacionados às medidas pré-processuais, que são as que mais se amoldam à justiça do consenso, haja vista o suposto afastamento do *jus puniendi* estatal pela vontade das partes envolvidas no conflito.

Num primeiro momento ou fase da persecução penal, encontra-se a fase administrativa ou inquisitorial. É o instante pelo qual o Estado se volta para a investigação e colheita de

---

<sup>214</sup> PACELLI, Eugênio. op. cit., p. 2.

<sup>215</sup> Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=90645](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645)> acessado em 4 de dezembro de 2014.

elementos indiciários que poderão ser utilizados posteriormente pelo órgão legitimado para a perseguição penal (Ministério Público), ou pelo próprio interessado, naquelas hipóteses em que se têm a ocorrência de um crime na qual a iniciativa da persecução depende da vontade do próprio ofendido (nas ações penais exclusivamente privadas), ou quando a legitimidade poderá se dar pelo ofendido ou de seu representante legal (ações penais privadas não exclusivas), desde que haja legal neste sentido, já que a regra no sistema pátrio é que as ações penais são públicas incondicionadas, sendo condicionadas à representação do ofendido se a lei dispuser neste sentido.

Observa-se que nesta “fase” inicial da persecução criminal, os atos praticados pela autoridade pública que preside a investigação tem natureza jurídica administrativa e de ofício. Logo, é de fundamental importância para a legalidade do procedimento que se observe os princípios regentes do Direito Administrativo, em especial a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a discricionariedade, excetuando-se a publicidade, já que a investigação deverá ser sigilosa pela própria razão de ser do inquérito e também para que outros direitos fundamentais sejam observados, a exemplo da privacidade e intimidade das “partes” (indiciado e vítima).

Para tanto, deve-se estabelecer algumas características da investigação da polícia judiciária durante a atuação no inquérito policial e também no termo circunstanciado de ocorrência. Dentre elas, as principais são: a natureza inquisitória, discricionária, dispensável, sistemática, unidirecional, sigilosa, escrita e indisponível.

Enquanto o inquérito é rigoroso, formalíssimo e exaustivo quanto à apuração do delito investigado, o termo circunstanciado de ocorrência (TCO) não possui a mesma liturgia do inquérito. Isto porque a peça é despida de rigor formal. Ela contém breve e sucinta narrativa que descreve sumamente os fatos e indica os envolvidos com eventuais testemunhas. Após finalizado o TCO, ele é encaminhado para o Juizado Especial Criminal, tendo em vista se tratar de procedimento prévio para os crimes de menor potencial ofensivo.

Tanto o inquérito quanto o termo circunstanciado são inquisitórios, porque não se estabelece o contraditório e a ampla defesa nesta fase da persecução criminal. Também são atos administrativos discricionários porque caberá ao juízo de conveniência e oportunidade da autoridade investigadora observar as circunstâncias e o momento para se praticar os atos procedimentais proscritos em lei, na busca da elucidação do fato criminoso investigado. Por se tratarem de meras peças de informação, são dispensáveis para a propositura da ação penal.

No concernente ao caráter sistemático, significa dizer que organização dos atos segue uma cronologia dos acontecimentos. É necessário se ter uma organização lógica sistemática

para se tornar compreensível tanto a sequência de atos praticados, quanto à dinâmica do fato investigado com circunstâncias locais e temporais hábeis à propositura da exordial acusatória. O destinatário (Ministério Público) deverá recebê-los em condições de entendimento de forma cronológica. Ademais, são unidirecionais porque o objeto da investigação visa apurar determinado fato. É comum que durante uma investigação surjam provas de outros crimes e muitas vezes se apuram vários crimes porque são conexos. Porém, não se pode usar um determinado inquérito para apurar crime diverso.

Quanto ao sigilo, busca-se garantir a eficácia da investigação (art. 20 do Código do processo penal). Tal sigilo não alcança o Juiz, o Ministério Público e o Advogado (o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil preconiza isso). Advogados têm direito líquido e certo de acessar os autos do inquérito, conforme entendimento consolidado pelo STF, através da súmula vinculante nº 14.<sup>216</sup>

Observa-se que diferente do inquérito e também do termo circunstanciado, o processo propriamente dito tem uma ordem predefinida por lei. São os ritos, os procedimentos. Se o juiz inverte a ordem dos atos poderá incorrer em nulidade processual. Já o procedimento investigatório não terá o mesmo tratamento pela lei dispensado ao processo. Por isso que se diz que processos são formais, enquanto procedimentos não o são.

A forma escrita é necessária para que sejam catalogados e postos em termo todos os atos praticados e documentos produzidos durante a investigação. A indisponibilidade decorre do sistema acusatório que obriga o presidente do inquérito encaminhar o produto de suas investigações ao destinatário legal para apreciação do feito (art. 17 do Código de processo penal) e ulteriores deliberações.

O objeto de investigação de um termo circunstanciado ou de um inquérito policial não é o indiciado ou suspeito, mas sim o fato reputado como criminoso dentro do ordenamento jurídico. Ao delegado ou presidente do inquérito policial cabe a colheita de elementos que poderão ser utilizados como provas em relação a um fato, e não em relação a uma pessoa. Portanto, o presidente da investigação criminal busca elucidar a autoria e a materialidade para, posteriormente, encaminhar as peças produzidas ao legitimado processual para a propositura da ação penal.

Por ser o presidente do inquérito (via de regra, o delegado) um agente administrativo do Estado que atua em nome deste, ele deverá se pautar nos princípios da Administração

---

<sup>216</sup> Súmula vinculante n. 14 do STF – É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.



Pública (legalidade, moralidade administrativa, discricionariedade, impessoalidade etc.). Entretanto, é importante salientar que o delegado não é parte durante o processo. Por essa razão, não se pode arguir suspeição do delegado. A impessoalidade é inerente à atuação do presidente da investigação. É ele quem elucida o crime, não interessando se as provas colhidas durante as investigações servirão para a acusação ou para a defesa.

Destarte caiba ao Estado iniciar a investigação dos fatos para que posteriormente o Ministério Público promova a ação penal, existem situações bem peculiares em que o Estado não poderá iniciar a persecução penal, sem que haja manifesto interesse da pessoa do ofendido ou de seu representante legal, caso a lei permita esta intervenção. Tais casos se relacionam aos crimes de natureza pública condicionada à representação e também aos crimes de iniciativa privada. Para os primeiros, não havendo manifestação do ofendido no sentido positivo do início da investigação, ela não poderá ser deflagrada e a futura e eventual ação penal correspondente ao fato típico não representado não poderá ser instaurada. Caso instaurada a investigação à revelia da vítima, esta poderá impetrar Mandado de Segurança ao Poder Judiciário, buscando garantir direito seu líquido e certo de não autorizar a investigação nos crimes que dependem da sua vontade. O acusado, por sua vez, poderá impetrar com ordem de Habeas Corpus apontando como autoridade coatora aquela autoridade que atua sem a devida autorização da vítima, buscando afastar o constrangimento ilegal que afeta seu direito de ir e vir contrário, inclusive, à vontade do ofendido “não interessado” na persecução penal.

No ano de 1995, foi criado os Juizados Especiais Criminais, competentes para apreciação e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo. A previsão legal dos Juizados Especiais Criminais encontra escopo na Constituição Federal, no art. 98, inciso I e a Lei 9.099/95, por sua vez, criou o Juizado criminal para julgar, na esfera estadual, as infrações de menor potencial ofensivo, a que a lei comine pena máxima não superior a anos de prisão, podendo ser ou não ser cumulada com multa (art. 61 da Lei nº 9.099/95). Por seu turno, a Lei 10.259/2001 deu origem aos Juizados Criminais, para julgar a mesma espécie de crime na órbita federal.

Nos termos do art. 62 da Lei nº 9.099/95, deverão ser observados nos juizados os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Objetiva-se ainda, nesta lei, a reparação dos danos sofridos pelo ofendido de modo a afastar dos juizados a aplicação de penas privativas de liberdade. A razão do afastamento do encarceramento para

situações dessa natureza decorre da constatação de que na grande maioria dos casos, o ofendido se satisfaz melhor com a reparação do prejuízo, a seguir com o processo.<sup>217</sup>

Antes mesmo do oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial ou da queixa-crime pela vítima dos crimes de iniciativa privada, o ordenamento passou a permitir a composição cível como forma de afastar o rigor penal das condutas que ofendem bens disponíveis e de reduzida potencialidade ofensiva por parte do autor do fato criminoso. A priori era diferente. Anteriormente o Estado afastava a vítima da lide penal e promovia a sanção, sem levar em conta os anseios do ofendido. Hodiernamente, a partir desse novo paradigma das medidas alternativas penais, a vítima passa a ter uma participação ativa, crucial em algumas situações, evitando a desnecessária prisão do autor do fato. Nas palavras de Rogério Greco

[...] o trabalho com a vítima retira-a da condição de “coitada”, ou seja, de pessoa desamparada, esquecida por todos, característico do processo a que se denomina vitimização. A vítima, portanto, passa a assumir as rédeas do conflito, olhando seu malfeitor nos olhos, resolvendo um problema que a angustiava. Assim, passa a conhecer a infração penal, seus sentimentos, sua culpa, seu arrependimento e a vontade de reparar o dano.<sup>218</sup>

O pedido de perdão feito pelo autor do fato, uma vez reconhecendo seu erro, promove a pacificação com a vítima e a resposta penal perde sentido. Através de medidas consensuais, as partes se veem valorizadas, inclusive se sentindo dignas enquanto participantes deste sistema democrático estabelecido através da conciliação prévia ou pré-processual.

Rogério Greco cataloga as “fases da mediação”, estabelecendo o seguinte panorama: num primeiro momento encara-se uma fase peculiar em que dado fato criminoso, passível de mediação, é levado ao conhecimento da Justiça Penal. Observa-se que, neste momento, já se está no início de persecução penal, haja vista que o fato delituoso chega ao judiciário através do termo circunstanciado de ocorrência ou do inquérito policial, para crimes de ação penal pública incondicionada e também nos de ação pública condicionada à representação. Quando se tratar de ação penal de iniciativa privada ou exclusivamente privada<sup>219</sup>, o tipo penal prevê instauração do processo mediante queixa-crime, que deverá ser apresentada dentro do prazo estabelecido no art. 38 do Código de Processo Penal, sob pena de incorrer em decadência do direito de ação. Uma vez operada a decadência do direito de representação ou queixa-crime, o ofendido não poderá mais impulsionar a máquina estatal, em face do disposto no art. 107, IV

---

<sup>217</sup> GRECO, Rogério. Op.cit. p. 358.

<sup>218</sup> Ibid. p. 360.

<sup>219</sup> Só há uma única ação desta natureza no Direito Penal hodierno que está disposta no art. 236 do Código Penal.

do Código Penal, que prevê a extinção da punibilidade pela prescrição, decadência ou preempção.

Portanto, extingue-se a punibilidade do autor do fato, quando operada a decadência pela inércia da vítima em representar, nos crimes de ação penal pública condicionada, e também se não for apresentada a queixa-crime privada no prazo estabelecido na lei.

Seguindo-se para a fase posterior, havendo manifesto interesse da vítima em perseguir o fato criminoso, inicia-se o contato entre a vítima e o autor da infração penal. Tendo o termo circunstanciado de ocorrência sido levado à distribuição processual nos Juizados Especiais Criminais, nascerá um procedimento preliminar, com numeração própria, identificação das partes (ofendido e autor do fato) e demais elementos essenciais ao processamento do feito e será designada audiência preliminar ou de tentativa de conciliação. Nesta oportunidade, já cientes a vítima e o autor da infração quanto ao procedimento sumaríssimo típico dos juizados especiais, passar-se-á ao terceiro momento, quando surge a figura do mediador do conflito que conduzirá as partes ao diálogo, buscando o consenso.

A atuação do conciliador ou mediador é fundamental nesta fase, já que não se busca, ao menos neste momento, adentrar nas questões relacionadas ao evento delituoso. A função do conciliador e a do juiz leigo são similares do âmbito criminal, não sendo possível a este último promover qualquer ato instrutório ou decisório, diferindo dos poderes dos juízes leigos dos Juizados Especiais Cíveis. Ademais, busca-se a pacificação entre as partes de todas as formas admissíveis em direito, inclusive através de composição cível, termo de acordo de respeito recíproco, pedido de desculpas formal, aceite de perdão etc.<sup>220</sup>

Sendo possível o acordo entre as partes, os pontos em consenso serão reforçados em prol da conscientização dos envolvidos quanto à forma menos dispendiosa de resolução da lide. Uma vez celebrado o acordo, partirá para a execução deste acordo e por fim, uma vez resolvido o conflito entre vítima e autor da infração penal, o magistrado exaurirá sentença homologatória do acordo, fazendo coisa julgada material, extinguindo-se a punibilidade.

#### **4.2.2 Medidas de desjudiciamento**

O instituto da transação penal, medida exemplar de desjudiciamento, também pode ser considerado como uma modalidade de medida consensual. Ela traz uma natureza mista, tendo em vista não se tratar de um consenso entre o autor da infração e a pessoa da vítima,

---

<sup>220</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. Juizados especiais cíveis e criminais: Federais e Estaduais. Tomo III. Marisa Ferreira Santos e Ricardo Cunha Chimenti. São Paulo: Saraiva 2004. Coleção Sinopses Jurídicas, v. 15, p. 292.

mas sim entre o autor da infração penal e o próprio Estado, representado pelo órgão do Ministério Público. Esse instituto, originado do *plea bargaining* norte americano, tem o condão de extinguir a punibilidade, mas mediante acordo celebrado entre o autor do fato e o Ministério Público, em regra, antes do oferecimento da denúncia.

Quanto à natureza da transação penal enquanto benefício em favor do acusado de delitos de menor potencial ofensivo, percebe-se que faz parte do espírito da Lei 9.099/95 considerar os delitos alcançados por esta norma a incidência dos princípios da oralidade, da formalidade mitigada, do consenso e da composição como formas de solução dos conflitos. Obviamente a norma em comento apresenta as condições para que determinados agentes possam ser alcançados pelos benefícios trazidos pela citada norma. É da essência da Lei dos Juizados Especiais Criminais o seu caráter benéfico tanto para o acusado, quanto também para o ofendido, que saiu de uma posição passiva, de mero espectador da Lei penal, e passou a ser agente participativo, em razão dos institutos despenalizadores e consensuais intrínsecos à referida norma.

Essa possibilidade de acordo extraprocessual, que fulmina o procedimento criminal antes do seu nascedouro abranda os ânimos, uma vez que evita maiores constrangimentos em desfavor do autor do fato. A transação penal traduz uma consequência desjudiciariante, sancionatória, não penal e positiva em favor do acusado. Em contrapartida, a transação penal não deve ser vista somente enquanto benefício trazido pela norma constitucional, mas sim como um direito público subjetivo exigível do Estado pelo acusado, desde que este sofra contra si um processo da competência dos Juizados Especiais Criminais.

De outra banda, também é possível (e fácil) perceber, na prática, que a desejada sensação de pacificação entre as partes envolvidas no delito pode não ser alcançada através da transação penal. Isso tende a ocorrer porque ela – diferente da composição cível que é anterior à apresentação da proposta de transação –, estando revestida de um caráter punitivo/sancionador, mesmo que aparentemente não tenha este propósito (pelo menos em tese), provoca no acusado uma sensação de culpa, em sentido amplo.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Neto, a transação penal “pressupõe a aplicação de uma medida alternativa, análoga à pena restritiva de direitos aplicada no caso da sentença condenatória, que demonstra um juízo antecipado de culpabilidade, contrário ao princípio da presunção de inocência”<sup>221</sup>. Foi através da Lei dos Juizados Especiais Criminais, aliada ao discurso do garantismo penal e sob a égide do princípio da intervenção mínima, que

---

<sup>221</sup> NETO, Fernando da Costa Tourinho. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 3ª. Edição. 2002, p. 526.

trouxe o instituto da transação penal como fruto da construção entre o direito comparado e a criatividade dos juristas nacionais. Talvez por isso que a figura da transação penal, mesmo estando prevista no texto da Constituição Federal, parece não ter sido criada dentro dos padrões normativos dos direitos fundamentais. Damásio de Jesus aborda alguns pontos divergentes entre o instituto nacional e o norte americano:

1ª.) No *plea bargaining* vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto na transação o Ministério Público não pode exercê-lo integralmente; 2ª.) Havendo concurso de crimes, no *plea bargaining* o Ministério Público pode excluir da acusação algum ou alguns dos delitos, o que não ocorre na transação criminal; 3ª.) No *plea bargaining* o Ministério Público e a Defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo penal amplo), como, por ex., concordar sobre o tipo penal, se simples ou qualificado, o que não é permitido na proposta de aplicação de pena mais leve; 4ª.) o *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito, ao contrário do que ocorre com a nossa transação; 5ª.) o *plea bargaining* o acordo pode ser feito fora da audiência; a transação penal em audiência (art. 72).<sup>222</sup>

Assim, diante desta análise em torno do incremento da transação penal na legislação penal brasileira, evidenciam-se vantagens e desvantagens do instituto em comento. Como vantagem, abraça-se a ideia de que o cidadão não precisa apresentar defesa ou provas, uma vez que o mesmo não está sendo condenado criminalmente pelo fato contra si imputado no termo circunstanciado de ocorrência policial (ou pela Queixa privada), sem olvidar que a parte beneficiária não terá seu nome inserido no rol dos culpados, nem haverá registro em sua ficha criminal, modificando sua condição de primariedade.

Noutro sentido, como desvantagem, embora não haja registro que implique na perda da primariedade, uma vez sendo aceita a transação penal, o beneficiário será impedido de fazer jus a nova proposta dentro de 5 (cinco) anos. Tal impedimento, aliado ao cumprimento de pena alternativa de forma antecipada, sem condenação e sem um devido processo, nos moldes da Lei dos Juizados Especiais Criminais, significa, para o acusado, a perda da inocência, por mera conveniência. Isso sem olvidar da falsa impressão de se chegar à pacificação social, com a aceitação de cumprimento de penas alternativas – que não deixam de traduzir o caráter simbólico sancionador do Direito Penal –, que suprime a presunção de não culpabilidade constitucional e, diferente do acordo civil prévio, a sensação, por parte do acusado, de que o mesmo assumiu, previamente, sua responsabilidade penal.

Não sendo observadas as condições impostas ou não as cumprindo, ou mesmo que se cumpra parcialmente, não as finalize, nos termos da Súmula vinculante nº 35 poderá o autor

---

<sup>222</sup> JESUS, Damásio de. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. 8ª. Edição, São Paulo: Saraiva. 2003, p. 66-67.

do fato voltar a responder criminalmente ao processo suspenso, retomando ao seu *status quo ante*, tendo em vista que de acordo com o entendimento sumulado pelo STF, a decisão homologatória da transação penal não faz coisa julgada material.<sup>223</sup>

Muitos foram os casos envolvendo transações penais voltados para tipos penais a que a benesse de destina, ou seja, de menor potencial ofensivo, que após homologação judicial do acordo condicionando ao cumprimento medidas alternativas em espécie, tais condições não foram efetivamente cumpridas. Como não havia um consenso jurisprudencial quanto à natureza jurídica da decisão homologatória decorrente da transação, ou seja, se tal decisão faria ou não coisa julgada material, muitos processos foram extintos sem o devido cumprimento das medidas e sem que fosse possível adentrar no mérito e prestar devidamente a jurisdição no caso concreto.

Nos EUA e, em menor grau, na Inglaterra e no País de Gales, a maior parte das disputas de direito civil é resolvida na base de negociações que antecedem os julgamentos. Isso ocorre também no campo de direito criminal, através da utilização da assim chamada "negociação do pleito". Por essa prática, o acusado admite sua culpa em troca de uma sentença menor. Nos EUA essa prática é abertamente adotada. Calcula-se que em 90% das causas criminais foi usada a admissão de culpa, sendo que 50% dessas causas envolveram uma negociação entre o acusado e o promotor.<sup>224</sup>

Pode-se, efetivamente, qualificar a transação penal sob dois aspectos: o direito à transação penal e o benefício trazido pela Lei.

No que toca à qualificação da transação penal como benefício em favor do acusado de delitos de menor potencial ofensivo, percebe-se que faz parte do espírito da Lei 9.099/95 considerar estes delitos alcançados por esta norma a incidência dos princípios da oralidade, da formalidade mitigada, do consenso e da composição como formas de solução dos conflitos. A norma em comento atribui condições para que determinados agentes possam ser alcançados pelos benefícios trazidos através dela. Por outro lado, a transação penal é um direito que o acusado pode lançar mão, em face do Estado, e que impede o oferecimento de uma denúncia (ou recebimento de queixa privada), sempre que, após serem verificadas as condições objetivas e subjetivas do mesmo para fazer uso do benefício, chegar-se à conclusão de que a sua anuência é viável, em respeito a *ultima ratio*.

É direito de qualquer cidadão primário, que não tenha se beneficiado pela transação nos últimos cinco anos e que, além de não possuir antecedentes criminais, também não

---

<sup>223</sup> SÚMULA VINCULANTE 35 DO STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-16/veja-quatro-novas-sumulas-vinculantes-aprovadas-supremo>> acessado em 04.12.2014,

<sup>224</sup> VELJANOVSKI, Cento. op. cit. p. 77-78.

possuam uma má conduta social, ou uma personalidade voltada para o crime, ou que as circunstâncias e os motivos do crime não sejam incompatíveis com a medida alternativa.

Para que se possa fazer jus à proposta de transação penal, no caso de uma pessoa imputável que sofra contra si um processo da competência dos Juizados Especiais Criminais, não é necessário que as três causas impeditivas legais sejam observadas. Diferente disso, bastará a configuração de qualquer delas para impedir a proposta e sua homologação.<sup>225</sup>

Impende salientar que por meio desta medida despenalizadora e desjudiciarizante, propõe-se a redução da intervenção penal, reforçando o princípio penal da *ultima ratio*. Doravante a inserção dela no cenário jurídico brasileiro, viabiliza-se o ajuste de medidas, através de concessões recíprocas, em prol de um bem comum.

A falta de eficiência do Direito Penal, que acabou produzindo a falta da sua eficácia na resolução dos delitos de menor gravidade, aliada à crise do sistema prisional, conduziu a sociedade e, por conseguinte o legislador, à concretização de novas alternativas para promover o *jus puniendi* estatal, ou mesmo afastá-lo, quando desnecessária tal intervenção.

Antes da inserção do instituto no ordenamento, os delitos de menor gravidade, também conceituados como crimes de menor potencial ofensivo – ou seja, aqueles cuja pena não excede a dois anos de privação de liberdade (Art. 2º da Lei 10.259/01) –, pecavam pela falta de resposta adequada e suficiente para a sociedade. A morosidade da justiça, aliada ao excesso de formalismo no processamento dos feitos criminais relacionados a tais delitos de menor reprovabilidade social, quase sempre conduziu mal a persecução penal. Razão porque a lei dos juizados trouxe um novo paradigma no âmbito da legislação penal pátria, ao flexibilizar algumas garantias processuais penais, em prol da pacificação social, pela via do consenso.

A transação penal representa para o suposto autor do fato como uma negociação que este faz com o Ministério Público, evitando que se instaure uma ação penal em seu desfavor. As formas de adimplir com o acordo celebrado com o órgão ministerial variam entre prestação pecuniária a entidades sociais ou prestação de serviços à comunidade. Já para o representante do Ministério Público, este se responsabiliza em requerer o arquivamento do feito ao final do cumprimento do pacto pelo autor do fato, sem apreciar o mérito.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 163.

<sup>226</sup> Vale registrar que nos crimes de iniciativa privada, mais precisamente nos crimes de ação penal privada, no entendimento de Ada Pellegrini Grinover, caberia ao representante do Ministério Público tão somente opinar acerca da proposta de transação penal, já que a natureza do delito retira do órgão ministerial o poder da persecução penal. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit., p. 142-143.

Acrescenta-se que não é possível pessoa diversa autor do fato delituoso aceitar a proposta. Logo, tal benefício é de natureza personalíssima, não podendo, nem mesmo a defesa, através de procuração com poderes específicos, aceitar a proposta em nome daquele. E nem haveria razão para tal possibilidade, haja vista a individualização da pena ser princípio de natureza fundamental para o beneficiário.

A utilização de determinados institutos desjudiciarizantes também perpassa por questões relacionadas aos custos atribuídos à persecução penal estatal, muito embora tais questões não sejam as cruciais para a defesa destes institutos de natureza consensual. Razões mais óbvias, como a necessidade da pacificação social e da maior efetividade da mínima ofensa ao acusado devem ser averiguadas como fomentadoras destas modalidades de alternativas penais. Na mesma linha, Maria Auxiliadora Minahim assevera que:

Para realçar a importância e a propriedade de tais sanções tem-se recorrido ao seu baixo custo, não sendo incomum que, de uma só vez, se afirme que significam uma despesa pequena para os cofres públicos, ao tempo em que se mostram eficazes para evitar a reincidência. Estes argumentos, embora possam ser verdadeiros, impedem a verdadeira reflexão sobre a sua maior qualidade, que é a de impor, ao final, menor sofrimento ao autor do crime do que a privação de liberdade.<sup>227</sup>

A transação penal, nos moldes da Lei 9.099/95, ainda sofre críticas em torno da inobservância de alguns princípios constitucionais e também processuais penais. Nesta senda, o princípio do contraditório, por exemplo, restará mitigado quando, mesmo em sendo verificada de pronto alguma causa excludente de ilicitude, para que não seja oferecida a denúncia ou queixa, e para que o nome do autor do fato não passe a constar como réu em processo crime, este, por sua vez, tende a aceitar a proposta de transação penal de forma leviana e desnecessária, na maior parte dos casos.

Mesmo com previsão legal no corpo da Constituição Federal (art. 98, I), ainda assim não é pacífica a constitucionalidade do instituto. Alega-se que a transação fere princípios fundamentais, uma vez que não atenta para o devido processo legal e para os princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.<sup>228</sup>

Destarte haja argumentos contrários ao instituto, é inoportuno falar em ampla defesa nesta fase pré-processual. Mesmo estando o autor do fato acompanhado de Defensor, não se

---

<sup>227</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. Pena e sofrimento. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. Revista 17. Salvador – BA, 2008.2. p. 29.

<sup>228</sup> NETO, Fernando da Costa Tourinho. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 3ª. Edição. 2002, p. 526.



produz uma defesa propriamente dita, mas sim uma simples aceitação de acordo entre o “acusado” e o Ministério Público que partirá de ato voluntário, nunca impositivo.

Naquilo que se refere ao devido processo legal, embora pareça que este princípio esteja sendo mitigado quando se aplica uma sanção alternativa à privativa de liberdade, sem processo, sem produção de provas, sem defesa e contraditório, na verdade estar-se-á diante de uma medida consensual extraprocessual. Logo, não há que se falar em pena propriamente considerada neste momento inicial, e sim mero oferecimento e aceitação de condições para que a punibilidade seja extinta sem apreciação do mérito, sem eventual condenação pena, sem aplicação de sanção penal.

No concernente à presunção de inocência, evidentemente, com a aceitação da transação, não será possível adentrar no mérito da causa e se chegar a uma sentença condenatória ou absolutória, restando prejudicada a comprovação da perda do estado de inocência.

A formação do processo criminal no âmbito dos juizados, decerto, mitiga algumas formalidades essenciais ao sistema acusatório. Entretanto, tal mudança de paradigma tem até uma certa justificativa, através da experiência comprovada por meio do novo modelo trazido pela justiça consensual que, dentro do que preconiza o Direito Penal minimalista, na qual a Lei dos Juizados encontra-se revestida, traduz algumas nuances e novos anseios de uma sociedade complexa, pós moderna, que necessita de novas formas menos interventivas por parte do Estado, quando da solução dos conflitos sociais.

#### **4.2.3 As novas medidas cautelares processuais penais em alternativa à constrição cautelar da liberdade**

Antes mesmo de enfrentar as medidas cautelares pessoais não privativas de liberdade, cumpre registrar que a suspensão condicional do processo, enquanto medida alternativa consensual, poderá ser aplicada já no início da fase processual, ou seja, no recebimento da denúncia ou queixa pela juízo competente para o feito.

Insta salientar que as condições impostas na suspensão do processo não podem ser consideradas punitivas, vez que não se enfrentou o mérito, nem se definiu a certeza sobre o fato punível. O mesmo se aplica às condições impostas da transação, já exaurida acima.

Segundo Geraldo Prado, nas medidas de natureza consensual, “a busca da verdade é substituída pela prevalência da vontade convergente das partes”<sup>229</sup>.

Trata-se de condição necessária à pena a verificação e reconhecimento da culpabilidade, que somente poderá ser configurado a partir da sentença, ou seja, de um juízo definitivo de certeza. Já no caso da suspensão condicional do processo, o juízo da consensualidade impede que se chegue neste momento, resultando em não reconhecimento de culpa. Portanto, o processo ficará paralisado, até que se comprove o cumprimento de todas as condições impostas na decisão judicial que as decretou.

Malgrado a transação penal e a suspensão condicional do processo não sejam consideradas formas de se punir, vez que não se elaborou um juízo meritório sobre o fato imputado aos beneficiados desses dois institutos, as consequências para ambos os institutos estão baseadas num juízo provisório e de mera probabilidade. Tanto a transação penal, quanto a suspensão condicional do processo se orientam pelo princípio da consensualidade, afastando-se do princípio da verificação do ônus da prova e da existência de culpa, já que ela resulta de um juízo definitivo de mérito.<sup>230</sup>

Tangenciando as medidas cautelares processuais penais, assevera-se que em 4 de maio de 2011 foi sancionada a Lei nº 12.403 de que trata dessas novas modalidades de cautelar pessoal penal. Insta salientar que o texto trazido pela nova lei em comento, com diversos dispositivos reescritos e inseridos no Código de Processo Penal, possui natureza jurídica de diploma alterador.

Considera-se bastante inovador o texto legal acima mencionado, já que ele introduziu no sistema processual penal brasileiro, uma ampla reforma processual penal no que respeita às prisões e medidas cautelares. A alteração legislativa tratou de diversificar a cautelaridade processual penal que outrora se operava basicamente em torno da privação da liberdade ambulatorial.

A ideologia basilar do sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi construída com base em um juízo de antecipação de culpabilidade, de forma que o embasamento da custódia não se refere a um motivo cautelar específico, mas apenas à lei. A insipiente reforma do processo penal, apresentada, sobretudo, nas Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, pôs fim, categoricamente, à prisão como simples consequência da decisão de pronúncia ou de sentença condenatória. O sistema de aprisionamento da redação

---

<sup>229</sup> PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999. p. 198.

<sup>230</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. Op.cit. p. 125.

original do Código de Processo Penal não tinha como intenção acautelar a prestação jurisdicional. Partia-se, simplesmente, do pressuposto de que os acusados e investigados deveriam ser mantidos reclusos até a decisão definitiva, ferindo o princípio da presunção de inocência, e sem que fosse necessário nenhum motivo específico para tanto, ou seja, não era preciso a comprovação dos elementos que configuram a permissão da “cautela”: o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*. Era preciso, apenas, haver a prisão em flagrante, a pronúncia etc., para que o investigado ou acusado devesse ser mantido preso até a decisão definitiva.

Tanto a Constituição Federal, quanto as reformas do Código de Processo Penal, inauguraram, assim, o novo paradigma, permitindo que as prisões concedidas *antes* da condenação definitiva assim existissem somente em virtude de um *motivo determinado*. A partir de então passou a ser necessário especificar, fundamentadamente, as razões pelas quais o acusado ou investigado deveria ser levado ao cárcere a título provisório, uma vez que, agora, a regra é a liberdade de todos, em virtude da consagração do princípio da presunção de inocência. Impende salientar que foi a própria Constituição Federal que constituiu a prisão provisória como medida cautelar no processo penal. A partir da consagração da presunção de inocência, pelo novo ordenamento constitucional inaugurado em 1988, a liberdade passou a ser regra, enquanto a prisão passou a ser permitida somente quando presentes os requisitos autorizadores da cautela: a fumaça do bom direito – no caso do Direito Penal, os indícios do cometimento do delito – e o perigo na demora ou perigo da liberdade.

Apesar de a Constituição Federal ter alterado o panorama do aprisionamento provisório, é sabido que a constrição da liberdade há muito já sofria ataques pela doutrina, em razão dos prejuízos decorrentes do segregamento. Não por outra razão, a prisão cautelar aos poucos vai deixando este de ser regra e passando a ser exceção no ordenamento penal. A doutrina, já insatisfeita com a privação da liberdade cautelar desarrazoada e desproporcional à luz de uma nova ordem constitucional, passa a defender a criação de alternativas que visassem a proteção do processo penal, mas sem que fosse necessário recorrer à prisão. Com base nessas premissas, antes da reforma anunciada pela Lei nº 12.403/11, a legislação pátria foi instituindo mecanismos cautelares diversos da prisão, até que, por fim, sobreveio a reforma processual penal em estudo. Diante da novidade, há que se fazer uma reflexão sobre o que se pretende “acaustelar” com a criação das novas medidas cautelares previstas no reformado artigo 319, que estabelece medidas cautelares diversas da prisão e a estas preferenciais.

É possível interpretar as medidas cautelares como garantidoras tanto da concretização do *jus puniendi* quanto dos bens jurídicos já vitimados pelo delito e, ainda, os direitos fundamentais do acusado. Ademais, é importante enfatizar que, ponderadas em conjunto, as medidas cautelares agasalham direitos fundamentais do acusado ou investigado, uma vez que é constituído um rol de medidas preferenciais a serem concedidas prévia e preferencialmente à prisão, em evidente apoio ao princípio da presunção de inocência. Para tanto, tais medidas não foram postas simplesmente com o intuito de garantir a aplicação da lei penal, consubstanciada no direito de punir (*jus puniendi*), mas, a bem da verdade, objetiva-se a proteção de direitos. Assim sendo, protege-se tanto o próprio direito de punir, quanto direitos das vítimas dos delitos e até mesmo direitos fundamentais do próprio investigado ou acusado.

As medidas cautelares aproximam-se, portanto, do processo penal através da corrente doutrinária de ordem processual civil que afirma que as medidas cautelares têm como escopo a proteção dos direitos em si e não apenas a da “efetividade do processo”. Consoante prescrevem Marinoni e Arenhart:

Contrapondo-se à teoria clássica – que, repita-se, não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material –, surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito.<sup>231</sup>

Em suma, as medidas cautelares alternativas no processo penal, retratadas no novo art. 319, pretendem garantir a efetividade de direitos, resguardar o direito de punir, bem como o direito das vítimas dos delitos e, também, os direitos fundamentais do investigado ou acusado. Contudo, nove foram as cautelares pessoais instituídas que podem variar deste o comparecimento em juízo ao monitoramento eletrônico do acusado, à prisão preventiva, capitulada no artigo 312 do Código de Processo Penal e também à prisão temporária (Lei nº 7.960/89), comportando como fundamentos norteadores os dos artigos 282 e 283 do Código Processual Penal.

Percebe-se que o legislador foi cuidadoso com a questão, quando tratou de disciplinar o cabimento das cautelares pessoais, atrelando-as à necessidade para aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais, bem como à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

---

<sup>231</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 20.

Quanto às modalidades de medidas cautelares, observa-se que as duas primeiras hipóteses demonstram a imprescindível instrumentalidade das medidas cautelares. A medida, enquanto cautelar, precisa servir à finalidade do processo, ou seja, garantir que o resultado pretendido sobrevenha. Este resultado não ocorrerá caso o acusado possa furtar-se à aplicação da lei penal, assim como se ele criar embaraços à persecução penal, em juízo ou quando da investigação policial.

A terceira hipótese, adstrita aos “casos expressamente previstos”, cuida das situações em que é preciso determinar a aplicação da medida visando evitar que novas violações se operem. Neste particular, forçoso registrar que a cautelar decretada com base nesta hipótese autorizadora deve estar baseada em induções concretas, objetivas, comprovadas. Dessa forma, a mera presunção de que o acusado, se solto, voltará a delinquir, constitui *exercício de futurologia*<sup>232</sup>, não autorizando a decretação da medida cautelar.

Por fim, o artigo 282, inciso II, do Código Processual Penal oferece os padrões para, com auxílio no princípio da proporcionalidade, eleger, o juiz, qual ou quais as medidas serão aplicadas. Dessa forma, um crime perpetrado com violência e por sujeito com passagem pela polícia tende a vincular-se a medida cautelar mais gravosa do que a medida a ser conferida a indivíduo sem antecedentes criminais que tenha cometido um crime menos gravoso.

Realce-se que a gravidade é parâmetro, mas não indicador absoluto, devendo ser combinada com outros fatores – e respeitar a presunção de inocência. A interpretação analógica do entendimento sumulado inscrito no verbete 718 do STF<sup>233</sup> é indicativo da moderação na leitura judicial da “gravidade do crime” como parâmetro para decretação de medidas.

Por fim, referindo-se aos contornos gerais das medidas cautelares, insta aferir o artigo 283, §1º, do Código Processual Penal que dirige-se à impossibilidade de emprego das medidas cautelares a violações às quais não se preveja pena privativa de liberdade. Bom exemplo deste particular é o crime inscrito na Lei 11.343/2006, artigo 28, cujas penas são diferentes da pena de prisão. Nítida circunstância em que não se poderá fixar medida cautelar por vedação expressa do novel dispositivo.

---

<sup>232</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>233</sup> STF, Súmula 718: “A opinião do julgador sobre gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

#### **4.2.4 Penas alternativas decorrentes da sentença penal condenatória e medidas alternativas do âmbito executacional penal**

Em que pese os esforços da doutrina e as tentativas de se justificar a pena privativa de liberdade (apresentadas do capítulo terceiro), entende-se que esta nunca escapou de exasperadas críticas por parte de seus estudiosos. Empenhado na construção de uma teoria sólida, que exerce forte influência nos ordenamentos de cunho humanitário e garantista, Luigi Ferrajoli, em sua clássica obra “Direito e Razão”, apresenta em capítulo específico algumas nuances em torno da “abolição da pena carcerária”. Para o autor, mesmo que a pena privativa de liberdade tenha surgido na história do Direito Penal como uma importante alternativa frente às penas cruéis, com a atual crise do sistema carcerário, dado o caráter criminógeno das prisões, que hoje funcionam como escolas de delinquência e recrutamento da criminalidade organizada, a prisão não comporta mais idoneidade, não são pertinentes, nem necessárias. Ademais, além desses motivos fundamentais pelos quais a pena privativa de liberdade não deve prosperar nos ordenamentos, deve-se considerar que

Se é verdade que o grau de dureza tolerável das penas está ligado em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele, resulta possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição dessa moderna barbárie que é a prisão perpétua.<sup>234</sup>

Após estabelecer um recorte temporal e processual quanto ao posicionamento das medidas alternativas na lei penal pátria e também no âmbito da aplicabilidade destas medidas, cabe registrar que mesmo não sendo substituída a intervenção do Estado nos conflitos anteriores ao nascimento do processo, ou mesmo durante o processo, haverá ainda mais duas oportunidades para que se lance mão destes novos meios sancionatórios da justiça penal.

É assim que, após o julgamento da ação penal, nos casos em que houver condenação em crimes com pena atribuída concretamente não superior a quatro anos, para os crimes dolosos e qualquer situação que haja condenação por crime culposos, independente de qual seja a pena cominada, o magistrado deverá estipular a pena dentre aquelas dispostas no rol das penas alternativas. Para proferir a sentença adequada aos princípios da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana e da individualização penal, alternativas à prisão se mostram os meios mais eficazes, com base no novo paradigma da sanção penal.

---

<sup>234</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 330.

Sabendo-se que a pena de prisão falhou quanto aos objetivos pelos quais visava cumprir, os estudiosos trilharam por novos caminhos no concernente à execução da pena. Com base nisso, paulatinamente, vislumbraram-se nas penas alternativas à prisão uma nova via para a verdadeira “ressocialização”, sem perder de vista o caráter de prevenção geral e especial intrínsecos à pena. Bastante esperada e efetivamente acolhida, a reforma penal de 1984 sedimentou pontos cruciais relacionados à reinserção do apenado na sociedade, uma vez que foram regulamentados os institutos da “suspensão condicional da pena” e do “livramento condicional”.

Consoante dispõe Bitencourt, “na busca constante de meios alternativos para diminuir os males causados pela prisão, o instituto jurídico da suspensão condicional da pena constitui um dos índices mais elevados da moderna evolução ética, política e científica da Justiça Penal”.<sup>235</sup>

O interesse precípua da suspensão condicional da pena é o de proporcionar um período de prova ao condenado, no qual ele deverá demonstrar ao juízo que está com um padrão de vida inapto à prática do crime. Exatamente por isso, o benefício não pode ser conferido àquele que já praticou outro crime doloso (reincidente), conforme dispõe o inciso I do artigo 77 do Código Penal.

Outro aspecto importante desse instituto se refere à necessidade de cumprimento de uma “pena alternativa” à privativa de liberdade, uma vez que o § 1º do artigo 78 do Código Penal aponta que no primeiro ano do prazo estipulado na decisão judicial homologatória da suspensão, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se a limitação de fim de semana.

Ao lado da suspensão condicional da pena, outro instituto jurídico-penal que funciona como alternativa ao cárcere é o livramento condicional, capitulado pelo artigo 83 do Código Penal. Por este instituto, cessa-se antecipadamente a efetiva privação de liberdade do sentenciado, permitindo-se que a execução penal, ainda não finalizada, se faça longe do sistema prisional. Outrossim, o livramento condicional se trata de medida progressiva de execução de pena, situada no momento final da persecução penal, ou seja, no âmbito da execução ou cumprimento da reprimenda penal.

Outros institutos que objetivam a descarcerização são a progressão de regime de pena e a remição penal. O artigo 112 da Lei de Execuções Penais possibilita a modificação de um regime mais rigoroso (fechado, por exemplo) para um mais brando (semiaberto), caso o preso

---

<sup>235</sup> Ibid. p. 239.

tenha cumprido um sexto da pena, além de outros requisitos, sendo que nos casos de prática de crimes hediondos, a progressão de regime é mais rigorosa, estabelecendo a fração de dois quintos de cumprimento de pena no regime mais gravoso.

A remição da pena, por sua vez, é um benefício/direito, ao qual o condenado que cumpre pena em regime fechado ou em regime aberto adquire pelo trabalho ou pelo estudo, computando como parte do tempo de execução da pena. Este instituto que permite ao preso reduzir seu tempo de cárcere na fração de três dias trabalhados ou estudados, resultando em diminuição de um dia no cumprimento da pena estabelecida na sentença condenatória.<sup>236</sup> Pela remição, busca-se resgatar, descontar, abater pelas atividades realizadas dentro do sistema prisional, parte do tempo a cumprir da pena ou penas impostas ao sentenciado. A fração a ser descontada do cômputo da pena a ser cumprida deverá seguir à regra de a cada três dias de trabalho, adquire-se um dia de remição, a ser descontado da pena restante. A jornada de trabalho não poderá ser inferior a seis horas diárias e nem superior a oito horas, sem prejuízo da retribuição de natureza alimentar.<sup>237</sup>

Juarez Cirino dos Santos entendia que, mesmo antes da edição da súmula 341 do STJ<sup>238</sup> permitindo a remição pelo estudo, já se admitia o cabimento da remição da pena pelo estudo. O fundamento era que se trata de analogia *in bonam partem*, possível tanto no direito penal quanto no processo de execução penal.<sup>239</sup>

Atualmente não se discute mais acerca da pertinência da remição pelo estudo, tendo em vista as alterações introduzidas pela Lei nº 12/433/11. Em que pese o *caput* do novo artigo 126 da Lei 7.210/84 aludir à remição como direito de quem cumpre pena em regime fechado ou semiaberto, o §6º do mesmo artigo estendeu o direito subjetivo aos sentenciados em regime aberto ou em livramento condicional que frequentem curso de ensino regular ou de educação profissional e o §7º dilatou o direito inclusive em favor de presos cautelarmente.

Conclui-se, portanto, que a legislação nacional institui gradativamente, mesmo que a longo tempo, mecanismos alternativos à prisão, tendo em vista que são indiscutíveis as críticas à pena privativa de liberdade.

---

<sup>236</sup> REIS, Ângelo Maciel Santos. Inconstitucionalidade ou não recepção do artigo 127 da Lei Nº 7.210/84 à luz do Garantismo de Ferrajoli / Ângelo Maciel Santos Reis. Monografia de Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2010, p. 67.

<sup>237</sup> LIMA, Francisco Ferreira. Execução penal: penas privativas de liberdade e sua execução com igualdade de tratamento perante a lei. Fortaleza, 2005, p. 71-72.

<sup>238</sup> Súmula 341 do STJ<sup>238</sup> – “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”.

<sup>239</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 525.



## 5 CRIMES PATRIMONIAIS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

O sistema punitivo brasileiro é seletivo e isso conduz a uma alarmante constatação: a de que os crimes patrimoniais tendem a ser severamente punidos quando o indivíduo que os pratica não faz parte dos membros das classes mais favorecidas economicamente, consideradas dominantes. Esta seletividade é fruto de uma cultura excludente, típica de uma sociedade desigual, que fomenta a opressão das classes marginalizadas. Os dominados se veem obrigados a depositar a pequena parcela de poder que possuem – por conta do sufrágio instituído pelo modelo de estado democrático de direito –, nas mãos de uma pequena parcela de políticos que mantém a prevalência dos seus próprios interesses, ignorando ou superando os interesses das classes dominadas e economicamente hipossuficientes, alimentando o antagonismo social, expresso através da luta de classe.

Ao tipificar criminalmente os delitos de ordem patrimonial, o sistema penal pátrio reafirma a ideologia liberal-individualista, imagem do individualismo filosófico e político reinante no século das luzes, quando os valores individuais foram postos acima dos valores sociais “e em que o homem, titular desses direitos individuais absolutos (como a vida, a liberdade e o patrimônio), deveria ser resguardado contra toda e qualquer usurpação ou abuso do poder”<sup>240</sup>.

O modelo de sociedade burguesa inaugurado pelo liberalismo econômico se baseava na máxima *laissez faire, laissez passer* — liberdade indiscriminada e sem obstáculos (de uso e abuso) de produção, de acumulação e de hegemonia capitalista. Com aquela nova ordem ideológica de um Estado protetor da propriedade privada, os tipos penais patrimoniais receberam ampla adesão do legislador, tendo em vista a propriedade privada surgir como fundamento básico do regime capitalista.<sup>241</sup>

No contexto legislativo brasileiro, nota-se uma hipervalorização aos bens patrimoniais que por vezes chega a ser desproporcional em relação a outros bens jurídico-penais tutelados pelo ordenamento. A Constituição Federal, mesmo estabelecendo um valor fundamental ao patrimônio, traduz novos fundamentos que modificaram a escala de valores e ao mesmo tempo redimensionou o bem patrimonial em relação a outros bens jurídicos individuais ou supraindividuais. A consequência desse redirecionamento é a necessidade da requalificação

---

<sup>240</sup> ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica. 2012. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>241</sup> FRANCO, Alberto Silva. Breves anotações sobre os crimes patrimoniais. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo: Método, 2001, p. 57-72, p. 57.

da intervenção mínima para que se estabeleçam novos meios de controle social, seja pela mitigação da resposta punitiva, seja pela revisão dos tipos penais patrimoniais.<sup>242</sup>

A legislação penal e processual penal vigentes, mesmo que ela tenha sido fundada no paradigma positivista, lastreada no dogma da igualdade, ao ser aplicada no caso concreto, não garante a todos os mesmos direitos, como era de se esperar. Diferente disso, esta mesma legislação, uma vez posta em uso, não tem conseguido concretizar algumas garantias constitucionais, além de que ela não objetiva reparar as diferenças sociais existentes na sociedade brasileira. Segundo Alessandro Barata, “tem sido colocadas em evidência as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados provenientes de estratos superiores da sociedade”.<sup>243</sup> A marca do sistema punitivo brasileiro é a da exclusão e separação entre os ricos e os pobres. Para que os interesses daquela minoria poderosa continuem sendo garantidos pelo sistema normativo, alguns grupos dominantes estimulam a criação e o incremento de normas de controle social, ao tempo que investem na norma penal efeitos de intensificação da repressão penal, a fim de melhor assegurar seus privilégios.

Assevera-se a tudo isso que faz parte da própria essência do modo de controle do grupo dominante o fomento da figura do “inimigo” na mentalidade social –o crime. E para isso, aproveitam-se da hipossuficiência política-jurídica-social que sofrem os grupos marginalizados. O conceito de crime e o conceito de criminoso vai sendo construído (e também desconstruído) por vários segmentos da sociedade, com base nos aspectos de ordem moral, religiosa, econômica, filosófica, política, jurídica, histórica, biológica, psicológica etc., de uma maneira multidisciplinar, inclusive. O desafio para a compreensão dessa (des)construção conceitual está em se conhecer e analisar quais mecanismos levam as forças sociais a criminalizarem uma determinada conduta e a considerar um indivíduo (ou mesmo uma parcela marginalizada da sociedade), como criminoso(s).

Alessandro Barata assevera que o positivismo aceita o crime e a criminalidade como entidades ontológicas pré-constituídas ao Direito Penal e à reação social, partindo do Direito existente.<sup>244</sup> A perspectiva de análise do positivista parte do estudo dos sujeitos que cometem o fato reputado delituoso e das constantes sociais consideradas como ensejadoras do comportamento desviante. Neste ponto, falha a corrente positivista, já que parcela dos

---

<sup>242</sup> MOCCIA, Sergio. Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali. Padova: Cedam, 1988, p. 80-81.

<sup>243</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal / tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 177.

<sup>244</sup> Ibid., p. 40.

criminosos que não se identificam com as constantes estabelecidas pelo positivismo, a exemplo do baixo grau de escolaridade, a procedência de periferias de áreas urbanas etc., não se aplicam aos delinquentes das classes mais ricas. Ademais, a principal falha política da Criminologia tradicional reside no fato de não questionar os processos de definição (a criação da lei penal de acordo com os interesses das classes dominantes) e os discriminatórios processos de seleção (aplicação da lei em prejuízo das classes sociais mais débeis), o que faz com que ela funcione como instrumento de legitimação e conservação do *status quo*.<sup>245</sup>

Para Orlando Soares, “as variações da norma penal representam, assim uma espécie de barômetro social, em correspondência recíproca com as tendências e tensões sociais de cada época histórica”.<sup>246</sup> O que é tido como crime no Brasil, a título de exemplo, já pode não ser mais criminalizado em outros países, como o uso da maconha (ou *cannabis sativa*), permitida em países como a Holanda, o Canadá, a Suíça e em alguns estados dos Estados Unidos da América, por exemplo. Os crimes também se modificam, podendo ser abolidos ou alterados com o passar das gerações, a exemplo do que ocorreu no Brasil com as alterações ao Código Penal trazidas pela Lei nº 11.106/05, que revogou o tipo penal adultério, sedução e o rapto de mulher honesta mediante fraude, há tempos em desuso. A referida lei inseriu importantes alterações no diploma penal, conduzindo ao processo de descriminalização de algumas figuras típicas.

A construção de uma norma incriminadora varia de corrente para corrente, de tempo para tempo, mas a busca do estabelecimento de uma resposta imparcial ainda parece utópica, dado ao fato de que toda norma penal se apresenta tendenciosa na medida em que a eleição dos crimes se refere a uma escolha dos detentores de poder.

Para a vertente minimalista do Direito Penal, adotada neste trabalho, que propõe a contração e a diminuição da quantidade de tipos penais, não se deve punir uma bagatela, uma insignificância. Para esta corrente, “só deveria ser crime o fato que contém uma carga maior de reprovabilidade social”.<sup>247</sup>

A proposta do minimalismo consiste, sobretudo, na redução da utilização do Direito Penal, não só impedindo o quanto possível novas “criminalizações”, senão também a intensidade da resposta estatal, especialmente quando se trata de pena de prisão (processo de “despenalização”). Do seu discurso faz parte inclusive a desinstitucionalização, com uma

---

<sup>245</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. op.cit. p. 151.

<sup>246</sup> SOARES, Orlando. op.cit. p. 8.

<sup>247</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. A função da pena na visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 129-130.

proposta de diversificar a reação, transferindo a solução do conflito para instâncias informais.<sup>248</sup>

Nas palavras de Alice Bianchini, o minimalismo penal “apregoa que o sistema repressivo, por, intrinsecamente, produzir violência, deve ficar reservado aos episódios em que sua atuação torna-se indispensável – lógica do mal necessário”<sup>249</sup>. Nesse sentido, o Estado deve fazer uso do Direito Penal somente quando necessário, já que ele próprio pode se valer de outros meios de proteção diversos à intervenção penal. Por se tratar do último recurso do Estado, no âmbito do controle formal, dever-se-á proclamar a “máxima utilidade possível com o mínimo sofrimento necessário”<sup>250</sup>.

O gerenciamento de condutas criminosas pelos órgãos do poder, a existência de uma indústria do crime, tudo isso já foi incorporado pela sociedade, de modo que ela não consegue se desenvolver sem se margear pelo controle da prática de condutas ilícitas. O que fariam os delegados, os juízes penalistas, os investigadores se deixassem de existir os delitos? Onde os empregados de seguradoras de carros, de indústrias armamentistas, até mesmo de penitenciárias, iriam buscar o seu sustento? Nota-se, contudo, que a tipificação penal de determinadas condutas desviadas ou contrárias à ordem social convalida um mecanismo importante de persuasão e controle social, ao tempo em que protege os indivíduos, os bens e a economia de uma dada sociedade.

Todavia, a criminalização de condutas não pode ser justificada somente com base nesta visão, nem será erradicada com a criação exacerbada de novas leis penais. É preciso modificar a ideologia criminalizante, para que se possa alcançar um convívio pacífico entre os indivíduos e quem deverá buscar a concretização deste objetivo é o Estado, enquanto guardião do bem comum, através de medidas de controle social, não necessariamente utilizando-se de velhos paradigmas, a exemplo das penas de prisão, mas por meio das medidas alternativas penais e também da mediação.

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> REIS, Ângelo Maciel Santos. Inconstitucionalidade ou não recepção do artigo 127 da Lei Nº 7.210/84 à luz do Garantismo de Ferrajoli / Ângelo Maciel Santos Reis. – Salvador: 2010, p. 40.

<sup>249</sup> BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, V. 7, 2002, p. 26.

<sup>250</sup> Ibid. p. 100.

<sup>251</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas... cit., p. 15.

É lamentável a configuração das injustiças sociais quanto à discriminação, à separação entre as classes sociais e a desigualdade na aplicação da lei, principalmente dentro da perspectiva da justiça criminal, ainda encontradas no modelo dúbio de estado democrático de direito brasileiro. O menos favorecidos pelo sistema permanecem na hipossuficiência desde antes do início da persecução penal, até sua conclusão, ou seja, já antes de se praticar o delito, o pobre se vê ameaçado pela própria atividade policial opressora, violenta e discriminatória. Uma vez praticado determinado delito ou contravenção penal, surge a efetiva participação do Estado na aplicação da lei e a deficiência do aparelho estatal, aliado à má qualificação dos agentes, além da falta de estrutura adequada para a persecução do crime, promove excessos e abusos de poder por parte da própria polícia e dos demais atores sociais responsáveis pela persecução penal.

Impende salientar que não só as pessoas pobres delinquem. Diferente disso, a expansão da intervenção penal dos crimes considerados como de “colarinho branco”, ou seja, aqueles crimes praticados pelas pessoas das classes mais favorecidas pelo sistema capitalista e que também têm como bem jurídico o patrimônio, na maior parte dos casos, recebem um tratamento diferenciado, tanto pela própria legislação, quanto pelo poder judiciário. E tais pessoas, ao praticarem determinados crimes contra a ordem econômica, por exemplo, lançam mão de artifícios ou mecanismos de corrupção que constroem uma teia complexa e de difícil resolução no âmbito da persecução criminal. Além disso, delitos praticados contra a economia e valores patrimoniais da população em geral atingem dimensões que são incomparavelmente maiores do que aqueles que são causados pela criminalidade convencional.

A fase preliminar da persecução dos crimes patrimoniais, possui toda uma estrutura procedimentalizada constitutiva de atos administrativos praticados pelo presidente do inquérito criminal. Cumpre registrar que a presidência do inquérito policial competirá ao delegado de polícia nos crimes comuns e a um membro do corpo dos oficiais das polícias militares designado para a apuração em sede inquisitorial dos delitos capitulados no Código Penal Militar. Tais atos, por sua vez, quando se traduzem através dos documentos podem ser, inclusive, elaborados com objetivo de defesa de certos interesses, já que a corrupção pode estar inserida desde ou já nesta fase inicial.

Quando um indivíduo, membro daquela parcela excluída e marginalizada da sociedade, sofre o peso de uma investigação criminal, contra ele vislumbra-se a conhecida e odiosa má vontade por parte do corpo judiciário e policial de um modo geral. Assevera Alessandro Barata que “o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores

da população”<sup>252</sup>, ou seja, os magistrados não têm conseguido atuar com isenção quando estão diante das peças investigativas, mesmo naquelas situações em que não se tem certeza acerca da licitude dos atos inquisitivos praticados no âmbito da investigação policial para se chegar à conclusão acerca da ocorrência ou não da materialidade de determinadas condutas típicas. O autor referido defende que “isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas ‘teorias de todos os dias’, que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial”<sup>253</sup>. Lamentavelmente, muito diferente do que seria considerado um modelo justo e ideal de justiça penal, “isto leva os juízes, inconscientemente, a tendência de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados”<sup>254</sup>.

Em boa parte dos casos, as confissões obtidas em sede inquisitorial são produzidas às margens da legalidade, sob tons de ameaça, quando não mediante abusos, seja com o uso da força física, seja através do incutido temor pelo uso da “força policial”, bastante conhecida pelos pobres. Tudo isso aliado à “distância linguística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos, desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis”<sup>255</sup>.

Ainda hoje, são os crimes contra o patrimônio que estão no patamar mais alto das estatísticas da criminalística. Pode-se inferir que também a própria natureza excludente e capitalista da sociedade neoliberal hodierna fomenta a criminalidade patrimonial, já que há uma alta produtividade de bens de consumo, mas sem a contrapartida do incremento ou inserção dos pobres nas relações de consumo. Logo, se não há a efetiva participação de todos no meio produtivo, no mercado propriamente dito e se lhes faltam bens necessários até à sobrevivência, obviamente pela própria necessidade vital, alguns indivíduos, instintivamente, tentam se adaptar ao sistema de formas bastante peculiares, seja através da procura de um espaço neste sistema produtivo excludente, seja através das formas “mais fáceis” de aquisição de bens patrimoniais, a partir da prática de delitos patrimoniais.

Não se pode ignorar o fato de que o crime de roubo enquanto delito patrimonial ofende interesses caros à sociedade, ao tempo em que constitui um dos grandes problemas da persecução penal, ao lado de outros delitos também complexos, seja através da violência, seja em razão ameaça. Mas o mesmo não pode ser dito em relação ao furto, ao furto de energia ou

---

<sup>252</sup> BARATA, Alessandro. op. cit. p. 177.

<sup>253</sup> Ibid. p. 177.

<sup>254</sup> Ibid. p. 177.

<sup>255</sup> Ibid. p. 177.

similares, à sonegação tributária etc. Os bens jurídicos e a disponibilidade dos interesses não são os mesmos, como se verá a seguir nos próximos tópicos.

Por oportuno, cabe frisar que ainda são os crimes contra o patrimônio que ocupam e superlotam o sistema carcerário no Brasil. Uma parte significativa das pessoas que vão presas sofrem contra si acusações de incursão aos tipos penais que têm como bem jurídico o patrimônio, motivado, em boa parte dos casos, pelas parcas condições financeiras da maioria destas pessoas. A principal razão disso se dá como consequência da marginalização, das diferenças sociais e a desigualdade estabelecida entre as classes que acaba empurrando uma importante parcela da sociedade para as mãos do Estado punitivo.

De outro lado, embora os crimes financeiros e tributários também tenham adquirido espaço no cenário hodierno –pelo menos naquilo que diz respeito às páginas midiáticas—, as pessoas que sofrem imputações e respondem ações penais com base nesses tipos penais, raramente têm suas punições (quando as têm) convertidas em prisão.<sup>256</sup> Por tudo isto que é mais que chegada a hora de se levantar contra este tipo de sanção penal desproporcional e injusta trazida na lei penal pátria, no que tange aos crimes que somente ofendem bens patrimoniais disponíveis.

## 5.1 A NOÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO E A DISPONIBILIDADE DOS BENS PATRIMONIAIS

Na tentativa de inaugurar uma nova fase da perspectiva penal no Direito brasileiro, no dia 27 de junho de 2012 foi entregue ao presidente do Senado José Sarney o anteprojeto de Código Penal brasileiro que tem o objetivo de reformar a principal lei penal pátria. Registra-se que o anteprojeto foi organizado por uma comissão de juristas que teve como presidente o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp, tendo como relator o Procurador Regional da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves.

A reforma da lei penal durou sete meses hoje tramita como Projeto de Lei do Senado 236/2012<sup>257</sup>. Dentre as alterações da lei penal que não são poucas (mas que por razões de

---

<sup>256</sup> SUTHERLAND, Edwin H. El delito de cuello blanco. Tradução Rosa Del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999, p. 93. Disponível em [http://www.academia.edu/4224097/EL\\_DELITO\\_DE\\_CUELLO\\_BLANCO\\_-\\_EDWUIN\\_H.\\_SUTHERLAND\\_-\\_PDF](http://www.academia.edu/4224097/EL_DELITO_DE_CUELLO_BLANCO_-_EDWUIN_H._SUTHERLAND_-_PDF) acessado em 29/01/2015.

<sup>257</sup> Atualmente o PSL 236/2012 encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em situação pronta para pauta na comissão. Sobre isso, vide [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404) acessado em 05.12.2014

recorte metodológico não serão objeto do presente texto), salienta-se a alteração da ação penal para o crime de furto simples.

Nos termos do Código Penal em vigência, hoje a ação penal para o furto é pública incondicionada, cabendo tão somente ao órgão do Ministério Público, na qualidade de autor ou titular da ação penal pública incondicionada, promover a persecução criminal, seja através do oferecimento da exordial acusatória (Denúncia), seja no oferecimento da *opinio delicti*, que pode ensejar em arquivamento dos autos do inquérito policial, sem apresentação da daquela.

Dando um importante passo para a persecução penal, o anteprojeto de reforma modifica a ação penal dos crimes de furto, atualmente incondicionada, passando a se tratar de ação penal condicionada mediante representação do ofendido ou de quem tenha o poder de representá-lo neste tipo de ação, estendendo-se a condicionalidade da ação a quaisquer crimes patrimoniais não violentos. Pelo anteprojeto, a natureza incondicional da ação penal permanece para os delitos em que se incorra em grave ameaça ou violência contra, principalmente por força dos bens jurídicos atingidos, além do patrimônio, a exemplo da liberdade e da integridade física ou psíquica da vítima.

Registra Mauricio Antônio Ribeiro Lopes que houve um evento no Brasil, nos tempos do Império, em que envolveu um funcionário do Imperador Dom Pedro II, de grande estima sua, que teria furtado joias da Coroa e que posteriormente o criminoso teria sido descoberto pelas autoridades policiais do Império. Naquela ocasião, o Imperador achou por bem abrir mão do patrimônio, o que acabou gerando imensa discussão sobre a relevância ou não do consentimento do ofendido para crimes daquela natureza. Mesmo não havendo até hoje nenhum dispositivo legal no ordenamento jurídico pátrio que discipline o consentimento do ofendido, este é de grande relevância no estudo do Direito Penal moderno, uma vez que este às vezes opera-se como causa de exclusão da tipicidade e, por vezes, como causa de justificação.

Dentro do sistema penal vigente, existem diversos tipos penais que traduzem o consentimento do ofendido como causa que afasta a tipicidade. Seja no concernente à exclusão da tipicidade, teoria adotada por José Henrique Pierangeli, seja no concernente à exclusão de antijuridicidade, o consentimento do ofendido poderá aparecer junto ao tipo penal de forma clara e expressa, ou também tácita e implícita. Embora nos crimes de furto o consentimento do ofendido não opere expressamente no tipo penal, na linha de José Henrique Pierangeli



Já deixamos assinalado serem os bens patrimoniais, por excelência, disponíveis, até porque são transmissíveis, podendo se constituir em objeto de venda e compra, dação em pagamento, doação, empréstimo, porquanto o seu proprietário tem sobre eles o direito de uso, gozo e disposição. [...] [...] nos delitos patrimoniais, o consentimento do ofendido é sempre apto a excluir a ilicitude.<sup>258</sup>

Destarte não haja expresso consentimento do titular do bem jurídico nos crimes patrimoniais não violentos, é chegado o momento de se estabelecerem algumas reflexões sobre a disponibilidade dos bens patrimoniais, e o desaparecimento da lesão ao bem jurídico patrimonial, quando o seu titular demonstra, de forma espontânea, desinteresse quanto ao objeto furtado. De outra monta, quando se está diante de uma situação concreta em que o patrimônio, enquanto bem jurídico disponível e, portanto, susceptível de alienação, uma vez a própria vítima, titular do direito afetado, demonstrando consentindo quanto à subtração do bem, na verdade não haverá subtração propriamente dita. Isto ocorrerá porque o próprio consentimento impede a configuração do ato de subtrair, de modo que não haverá crime de furto.<sup>259</sup>

No que tange à distinção entre os bens disponíveis e os indisponíveis, José Henrique Pierangeli assevera que a comunidade jurídica busca estabelecer um critério objetivo que permita distinguir os bens disponíveis dos indisponíveis. Segundo o autor, há uma vertente doutrinária que entende que a distinção se baseia na utilidade social do bem, ou seja: “quando este não se reveste de uma imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, este é disponível, e, contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível”<sup>260</sup>.

Outro ponto em destaque, também é apontado pelo referido autor, diz respeito à natureza pública incondicionada da ação penal que faria presumir que o bem jurídico tutelado, nestes casos, se tratam de bens indisponíveis, concluindo-se que “inversamente, se a ação penal a ser proposta é de iniciativa privada, é de se presumir tratar-se de bem disponível”<sup>261</sup>.

Sobre este último fundamento quanto à indisponibilidade dos bens patrimoniais tutelados pela ação penal pública incondicionada, conclui-se que tais critérios não são exatos, haja vista se tratar de uma presunção *juris tantum* e não *juris et de jure*, já que será o legislador que irá estabelecer quais bens serão considerados disponíveis e quais serão considerados indisponíveis num dado sistema jurídico-normativo. Somente partindo-se de

---

<sup>258</sup> PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido : na teoria do delito. 3ª Ed. Ver. E atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-99.

<sup>259</sup> < <http://jus.com.br/artigos/988/o-consentimento-do-ofendido-na-teoria-do-delito>> acessado em 27/01/2015.

<sup>260</sup> Ibid. p. 119.

<sup>261</sup> Ibid. p. 119.

uma concepção superficial e apriorística da noção da indisponibilidade dos bens jurídicos que se pode concluir quanto à suposta incompatibilidade do consentimento do ofendido para os crimes patrimoniais no sistema brasileiro decorrente da natureza incondicionada e pública da ação penal que tutela esses bens.

Rechaçando a ideia da incompatibilidade do consentimento do ofendido com a natureza incondicionada da ação penal de crimes contra o patrimônio, é importante deixar bem claro que direito material e direito processual se complementam na persecução criminal, mas cada um destes direitos pertence a uma determinada ordem, de sorte que ambos não se confundem, não cabendo verificar a existência ou inexistência do crime à luz da modalidade de ação penal estatuída em lei. Diferente disso, a análise do crime perpassa pelo estudo do caso concreto, bem como da subsunção objetiva e subjetiva elementares à tipificação penal. Ter deixado, durante todos esses anos que se seguiram a partir da promulgação do Código Processual Penal, ao encargo da autoridade policial, que, via de regra, age de ofício, a persecução criminal de determinados crimes contra o patrimônio, afetou todo um sistema jurídico que poderia ter se voltado para crimes de outra natureza, ao invés de superlotar as delegacias e as varas criminais de casos que poderiam ser solucionados de forma mais célere, justa e pacífica, inclusive por outras vias alternativas às penas.

Vale frisar que faz parte da essência dos bens patrimoniais a sua disponibilidade, sem a qual não seria possível celebrar negócios jurídicos, já que o proprietário do bem, caso fosse este indisponível, não teria sobre ele o direito de disposição, de uso e de gozo, além de que a intransmissibilidade patrimonial resultaria em descompasso com as normas de outros ramos do Direito, cabendo um destaque para o Direito Civil.

Observa-se que se a questão sobre a necessidade de demonstração de interesse do ofendido em perseguir o delito nas ações penais para o crime de furto já tivesse sido concretizada no Direito Penal pátrio, não só o acusado obteria vantagens, mas toda a sociedade e, principalmente, a pessoa do ofendido, pois, mais importante do que aplicar uma pena nos crimes de menor gravidade, é estabelecer um mecanismo que garanta à suposta vítima um controle sobre seus interesses patrimoniais. Significa dizer que, independentemente da atuação da autoridade policial, o próprio ofendido, uma vez se sentindo lesado, poderia, em nome próprio, perseguir o crime de forma bem mais acertada e criteriosa, dada a conveniência e a oportunidade para o oferecimento da representação (ou propositura da queixa-crime, se fosse o caso), que dependeria da transformação da ação pública incondicionada em ação

pública condicionada, ou, se fosse o caso, em ação penal privada, como se observa em alguns ordenamentos penais estrangeiros.<sup>262</sup>

Ademais, é importante esclarecer que embora o direito de ação e o direito material possuam uma relação necessária, dado ao contato intrínseco a eles, se o consentimento do ofendido apaga o fato criminoso, diluindo o direito material, desaparecerão as condições gerais da ação pública incondicionada, em especial o interesse de agir e a justa causa. Desta sorte, torna-se uma necessidade crucial para o equilíbrio do ordenamento jurídico penal promover a alteração legislativa na parte que trata tipo de ação penal a ser deflagrada para o processamento dos feitos relativos aos crimes patrimoniais não violentos, dada a atual inadequação aos preceitos do Direito Penal mínimo.

O fundamento do tratamento dispensado aos crimes contra o patrimônio pelo Código Penal brasileiro decorre da natureza patrimonialista implantada pelo modelo de sistema capitalista do Estado brasileiro. A supervalorização dos bens patrimoniais, em detrimento de outros bens, decorre da própria lógica capitalista. No ordenamento vigente, o patrimonialismo chega a superar outros bens jurídicos mais relevantes, tais como integridade física, honra e até mesmo a vida. Entende-se que foi um grande equívoco do legislador considerar os crimes patrimoniais não violentos como se eles fizessem parte dos bens jurídicos indisponíveis, dando o tratamento inadequado para a aplicação da lei penal.

---

<sup>262</sup> **Código Penal Português:** Artigo 203 do: 1 - Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 - A tentativa é punível. 3 - O procedimento criminal depende de queixa.

Disponível em <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>> acessado em

15 de janeiro de 2015; **Código Penal Espanhol:** Artículo 234. El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros. Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito. Disponível em <[file:///C:/Users/Cliente/Downloads/BOE-038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria.pdf](file:///C:/Users/Cliente/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf)> acessado em 15 de janeiro de 2015; **Código Penal Italiano:** Art. 624 - Furto - Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sè o per altri è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da lire sessantamila a un milione.

Agli effetti della legge penale, si considera "cosa mobile" anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico.

Art. 626 - Furti punibili a querela dell'offeso - Si applica la reclusione fino a un anno ovvero la multa fino a lire quattrocentomila e il delitto è punibile a querela della persona offesa: 1) se il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita (1); 2) se il fatto è commesso su cose di tenue valore, per provvedere a un grave ed urgente bisogno; 3) se il fatto consiste nello spigolare, rastrellare o raspollare nei fondi altrui, non ancora spogliati interamente del raccolto. Tali disposizioni non si applicano se concorre taluna delle circostanze indicate nei nn. 1, 2, 3 e 4 dell'articolo precedente. (1) Con sentenza n. 1085 del 13 dicembre 1988 la Corte cost. ha dichiarato l'illegittimità di questo numero nella parte in cui non estende la disciplina ivi prevista alla mancata restituzione, dovuta a caso fortuito o forza maggiore, della cosa sottratta. Disponível em <<http://www.juareztares.com/textos/codigoitaliano.pdf>> acessado em 15 de janeiro de 2015.

Entende Raúl Cervini que a efetividade do texto penal somente poderá ser alcançada “quando todas as suas normas servirem ao homem para alguma coisa de valor significativo; do contrário, não nos encontraremos diante de um Direito Penal antropologicamente fundamentado e esses textos serão fonte de permanentes tensões e conflitos”<sup>263</sup>.

Diante disso, deve-se ponderar o que deve valer mais para um homem, se sua honra ou seu patrimônio. A honra, em diversas situações, pode afetar demasiadamente a esfera subjetiva e também objetiva de determinado indivíduo. Ainda assim, este bem é disponível e o direito de ação, pela regra estabelecida em lei, é condicionada à representação, quando não à requisição do Ministro da Justiça, quando o crime se referir à pessoa do Presidente da República, por exemplo. Além da natureza condicionada da ação, que impossibilita inclusive a instauração do procedimento investigatório, dada a falta da autorização para tanto, as penas são bem menores do que as relacionadas aos delitos patrimoniais.

Os crimes de furto, por sua vez, apesar de terem natureza pública incondicionada, também tratam de bens disponíveis que poderiam receber tratamento análogo aos delitos quanto a honra. Por tudo isso que seria oportuno ao legislador penal adequar os crimes contra o patrimônio àquilo que a sociedade verdadeiramente anseia, protegendo a intervenção mínima, a fragmentariedade, a lesividade e o respeito à autonomia da vontade do ofendido no que se refere ao seu patrimônio.

Para tanto, dando ao Código (ou ao novo Projeto de Lei PSL 236/2012) um tratamento mais brando aos crimes patrimoniais, o legislador poderia, inclusive, inserir uma modalidade de crime de furto de menor potencial ofensivo que coubessem a tentativa de conciliação ou a transação penal, conforme ditames da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95). Com isso, poder-se-ia racionalizar a Lei Penal pátria no concernente ao bem jurídico patrimônio, que não deve ser colocado num patamar mais alto que outros bens jurídicos de maior relevância.

## 5.2 CRIMES PATRIMONIAIS COMUNS E CRIMES FISCAIS: INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE EQUIDADE E ISONOMIA

O embasamento constitucional dos crimes contra o patrimônio encontra guarida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal que preconiza a proteção da inviolabilidade da

---

<sup>263</sup> CERVINE, Raúl. Os processos de descriminalização. Tradução Eliana Granja...et al. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995. Tradução da 2ª Ed. Espanhola, p. 163.

propriedade privada, e também está elencada no rol das garantias fundamentais, no inciso XXII deste artigo.

O bem jurídico protegido nos mencionados tipos penais — previstos no Título II da Parte Especial do Código Penal, denominado: “Dos crimes contra o patrimônio” — é o patrimônio. Seu conceito, de acordo com Alberto Silva Franco, está vinculado à ideia de bem ou de conjunto de bens, de caráter natural ou de conotação cultural, que é axiologicamente tido como relevante para uma determinada coletividade e que necessita de tutela jurídica a fim de que todos e cada um dos cidadãos possam dele usufruir.<sup>264</sup>

O ordenamento brasileiro investiu grande importância ao crime de furto, para o qual foram capituladas várias formas qualificadoras da conduta delitiva, mas não o fez com outras condutas delitivas que também protegem o patrimônio supraindividual, a exemplo dos delitos fiscais, conforme se passa a expor.

Para concretizar o estado social e democrático de direito, conforme propugna a Constituição Federal, o Estado lança mão da arrecadação tributária como uma das vias pelas quais se possibilita a realização da igualdade e a justiça entre todos, para objetivar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Será por meio dos tributos arrecadados, dentre outras receitas, que o Estado executará políticas públicas em benefício da sociedade, ao promover o melhor atendimento à saúde, melhores condições de moradia, de saneamento básico, de transporte, de educação etc. Neste diapasão, leciona Luiz Regis Prado

A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supraindividual, de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais. Tal assertiva é corroborada pela proteção constitucional conferida à ordem econômica (art. 170 da CF).<sup>265</sup>

Destaca-se que a arrecadação tributária corresponde aos interesses patrimoniais universais de que a comunidade é titular. Na medida em que se refere a toda coletividade, e não a um patrimônio individual da Fazenda Pública ou dos membros da sociedade singularmente, adquire um valor supraindividual, ou seja, atinge toda a coletividade.<sup>266</sup>

Assim como os delitos patrimoniais, os crimes de sonegação fiscal não fogem à regra de que todo bem jurídico penalmente tutelado deve encontrar parâmetro no Diploma

---

<sup>264</sup> FRANCO, Alberto Silva. Breves anotações sobre os crimes patrimoniais. *In*: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo: Método, 2001, p. 57-72, p. 57.

<sup>265</sup> PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 399.

<sup>266</sup> SOUSA, Susana Aires. Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 299.

Constitucional. A Constituição Federal, no Título VII, reserva-lhes um espaço, quando trata da ordem econômica e financeira, no artigo 170 e seguintes.<sup>267</sup> Extrai-se do referido dispositivo critérios legitimadores para a tutela penal do Direito Econômico e do Direito Tributário. Entende-se que o bom desenvolvimento da ordem econômica nacional é crucial para o crescimento e desenvolvimento da coletividade e de seus cidadãos, individualmente considerados. Também o é a estabilidade da vida econômica, a distribuição eficaz das riquezas e a justiça social, quando a política tributária possibilita o financiamento das atividades sociais pelo Estado. Qualquer conduta lesiva contra essa ordem deve ser sancionada pelo ordenamento jurídico pátrio e a tutela penal, enquanto *ultima ratio*, mesmo pautada no caráter simbólico, residual e fragmentário, também deverão proteger as instituições estatais.

No caso dos crimes tributários, mesmo afetando direitos patrimoniais supraindividuais, de forma muito mais ampla e expressiva em comparação com o crime de furto, haverá, para aquele delito fiscal, um tratamento diferente dado pela lei penal. Nota-se que tal diferença de tratamento atinge a equidade quando permite, inclusive, a extinção da punibilidade em determinados casos, nos termos do artigo 34 da Lei 9.249/95.

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

E os benefícios não param por aí. Mesmo o princípio da legalidade sempre tenha sido coluna mestra do ordenamento jurídico — sendo ainda mais rigoroso no âmbito penal —, parte das altas cortes do Judiciário estendeu a extinção da punibilidade ao pedido de parcelamento da dívida tributária, antes do recebimento da denúncia. Basta observar que algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sua grande maioria, são nesse sentido.<sup>268</sup>

---

<sup>267</sup> O artigo 170 da Constituição Federal preceitua: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

<sup>268</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 229.496-RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, j. 11 dez. 2002. DJ 03 fev. 2003. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 250.840-SC. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, j. 12 fev. 2003. DJU 17 mar. 2003.

Assim, optando, o sonegador, pelo parcelamento do débito tributário a qualquer tempo, não há que se cogitar em inquérito policial, oferecimento de peça acusatória ou prosseguimento da ação penal, não só pelo fato de estar afastada, temporariamente, a exigibilidade do crédito tributário, mas, sobretudo, por estar suspensa a pretensão punitiva estatal e a prescrição. Com o pagamento integral, possível o efeito extintivo penal.<sup>269</sup> E mais, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que opera a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo a qualquer tempo, tendo em vista se tratar de norma benéfica ao réu, suscetível de retroatividade.<sup>270</sup>

Estabelecendo-se um comparativo entre os delitos patrimoniais e a sonegação fiscal, destaca-se que ambos possuem como bem jurídico o patrimônio, sendo que no caso do furto, o patrimônio será individual, enquanto que na sonegação fiscal, o patrimônio será supraindividual. Ademais, ambos possuem como semelhança a forma da conduta que se opera sem violência ou grave ameaça, mas se diferem quando às consequências jurídicas penais, já que no furto, a devolução da *res furtiva* ou ressarcimento do dano não ocasiona a extinção da punibilidade, enquanto que para a sonegação fiscal, uma vez comprovado o pagamento do tributo, haverá a extinção da punibilidade do sonegador.

Conceituando as duas condutas mencionadas, verbera Fernanda Afonso de Almeida que “pode-se afirmar que furto é a subtração de coisa alheia móvel pertencente a um indivíduo, e que sonegação fiscal é a subtração de coisa alheia móvel, especificamente dinheiro, pertencente ao Fisco, em última instância, à coletividade”.<sup>271</sup>

O furto simples, a apropriação indébita simples e o estelionato possuem penas mais rigorosas do que alguns delitos capitulados em legislação especial, tutelam o mesmo bem jurídico patrimônio. Basta observar o tratamento penal dispensado aos crimes que dilapidam o erário público, que possuem penas cominadas em abstrato menores, em comparação com as penas cominadas aos delitos patrimoniais simples e comuns. Para exemplificar, os incisos III

---

<sup>269</sup> ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica. 2012. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 3.

<sup>270</sup> Neste sentido: “Ação Penal. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 81.929-RJ. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília, j. 16 dez. 2003. DJ 27 fev. 2004).

<sup>271</sup> ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica. 2012. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 66.

a XXIII, do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67 trata dos crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais e trazem penas que variam entre três meses e três anos de detenção.<sup>272</sup>

O furto simples e o estelionato também possuem penas mais severas do que as dos crimes contra a ordem tributária, que prevê, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.137/90, a pena mínima de seis meses e máxima de dois anos de detenção e multa.<sup>273</sup> Portanto, esse último é considerado delito de menor potencial ofensivo, podendo sujeitar o autor do fato delituoso aos benefícios insculpidos na Lei nº 9.099/95, em especial a transação penal e a suspensão condicional do processo, já explicitadas acima.<sup>274</sup>

Frise-se que antes da edição da Lei nº 8.137/90 que alterou a sanção penal para o crime de sonegação fiscal, a Lei nº 4.729/65 cominava em abstrato um patamar sancionatório bem menor do que hoje se observa, ou seja, por aquela norma, a pena mínima cominada em abstrato era de seis meses e a máxima de dois anos de detenção e multa.<sup>275</sup>

Não muito diferente dos crimes tributários supracitados, os previdenciários também guardam uma íntima relação com o bem público, em detrimento dos delitos patrimoniais comuns. Nos termos do Código Penal Brasileiro:

Art. 168-A: Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (...)

§ 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.(grifo nosso)

§ 3º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Todos os crimes retro mencionados se convergem quanto à defesa da propriedade. Entretanto, há um ponto crítico que os difere: a forma desigual de tratamento dada aos delitos fiscais e os delitos de furto. Estranhamente, os órgão julgadores recusam-se a aplicar a

<sup>272</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015.

<sup>273</sup> BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)> Acesso em: 14 jan. 2015

<sup>274</sup> “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015).

<sup>275</sup> BRASIL. Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4729.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015.



analogia *in bonam partem* aos delitos de furto e a estender o benefício da extinção da punibilidade aos crimes fiscais para aqueles que devolvem a *res furtiva* ao ofendido, conforme julgado abaixo.

Apelação crime. Furto simples. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Decreto condenatório mantido. Autoria e materialidade demonstradas. Dosimetria da pena [...] 3. Arrependimento posterior. Como o bem objeto do furto foi devolvido à vítima, antes do oferecimento da denúncia, incidiu a redutora prevista no art. 16 do CP. Impossibilidade de analogia com o Direito Tributário - o qual permite a extinção da punibilidade com a reparação do dano -, porque a situação em comento tem previsão na lei penal. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 70.015.163.355**. Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. j. 23 ago. 2006. DJ 13 out. 2006).

Não há razão ou lógica que justifique a desproporcionalidade manifestada na falta de equidade para a aplicação da lei penal para crimes diversos, uma vez que eles se encontram num mesmo patamar. Noutros termos, tanto o furto simples, quando os delitos fiscais deveria ser tratados com isonomia e equidade pela lei penal, pois a discrepância do próprio sistema penal pela quebra dessa isonomia, afeta a credibilidade social quanto às instituições de controle formal.

Nas palavras de Fernanda Alonso de Almeida

E, não obstante um sonegador possa causar danos imensos ao erário, lesionando uma quantidade enorme de vítimas que deixam de ter melhores condições de moradia, saúde, educação, lazer, transporte, etc., se e quando decidir efetuar o pagamento do tributo estará liberto das garras da justiça penal. “Ladrões de galinha”, entretanto, padecem no banco dos réus em virtude da subtração de coisas de valor insignificante — se comparados —, permitindo-se apenas o abrandamento da pena no caso da reparação do dano antes da denúncia (ou quando o agente é primário e é de pequeno valor a *res*).<sup>276</sup>

Assim como o furto protege a propriedade individual em si, a sonegação fiscal deve receber um tratamento equânime, tendo em vista que a ordenação da vida econômica nacional é alcançada pela via tributária e o equilíbrio econômico conduz à efetiva distribuição de riquezas para todos os membros da sociedade. Como o patrimônio originado por meio da arrecadação se trata de patrimônio coletivo, a todos pertence. Logo, não há que se tutelar o patrimônio coletivo de forma menos rigorosa em comparação ao patrimônio individual. Se não se aplicam as mesmas sanções correspondentes aos crimes de furto simples aos delitos fiscais, ou seja, se para os delitos fiscais cabem as medidas alternativas penais capituladas na Lei nº 9.099/95 (transação penal, suspensão processual etc.), que sejam alteradas as normas

---

<sup>276</sup> ALMEIDA, Fernanda Afonso de. op. cit. p. 87.

penais e se apliquem as mesmas sanções dos delitos fiscais nos crimes de furto simples, em respeito aos preceitos da isonomia e da proporcionalidade. Para tanto, urge a necessária revisão nas leis penais, em específico e especial no que tange aos delitos patrimoniais, conforme se sugere no próximo tópico.

### 5.3 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: FURTO PRIVILEGIADO E CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO À LUZ DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Como alhures se expôs, o Direito Penal experimenta uma nova crise de paradigmas sendo clarividente a tendência do legislador em criminalizar novas condutas, endurecendo a intervenção penal diante do crescimento da criminalidade violenta. Essa tendência do aumento das penas e do embrutecimento do sistema choca com o paradigma minimalista, não intervencionista que se baseia nos princípios da *ultima ratio* e da fragmentariedade penal, já estudados nos tópicos pretéritos. Busca-se, através do endurecimento do sistema punitivo, o incremento de novas leis penais, em sua grande parte meramente simbólicas, contrariando os anseios da doutrina e os princípios fundamentais do ordenamento.

A sociedade, por sua vez, fica à mercê e atônita diante das vozes que ecoam no afã da adoção de uma maior severidade, com as privações de liberdade mais longas e com o aumento da população carcerária. O recrudescimento do sistema não é mais que uma fantasiosa atitude de alguns legisladores que objetivam adquirir apoio e votos para que possam permanecer na mesma condição política-diferenciada enquanto representantes da vontade coletiva. Os “políticos” elaboram e votam em leis de cunho simbólico, sensacionalista, insuflam a sociedade na discussão de temas que por estarem condicionados como cláusulas pétreas pelo ordenamento constitucional, sequer deveriam ser questionados da forma atécnica como o fazem, sem um verdadeiro compromisso com o ordenamento jurídico e seus princípios ou mesmo com a sociedade. Outrossim, entende-se que está sedimentado que o endurecimento de um sistema punitivo não controla o fenômeno da criminalidade.

A própria Criminologia explica claramente que o crime é um fenômeno sócio-político que se relaciona com condições estruturais da formação social. Enquanto o Estado não se municiar dos meios e elementos necessários à sobrevivência individual e também coletiva para todos os membros da sociedade, de forma inclusiva e humanitária, o controle da criminalidade contra o patrimônio continuará dúbio e debilitado. A falta de uma resposta

penal ideal para a redução dos crimes patrimoniais conduz à falsa crença de que se aumentando a intervenção estatal, estar-se-á reduzindo a criminalidade patrimonial.

A priori, insta salientar que os crimes que se passa a analisar não são crimes de menor potencial ofensivo, em que se poderá fazer uso dos institutos consensuais da audiência conciliatória ou de composição cível entre as partes ou da audiência para oferecimento da transação penal pelo Ministério Público, elencadas na Lei nº 9.099/95. Entretanto, a proposta que ora se lança vai no sentido de readequar a intervenção penal para os crimes que, pela sua baixa lesividade, não atentem a bens jurídicos indisponíveis, sendo, portanto, passíveis a um reenquadramento no sistema legislativo criminal.

Nesse diapasão, há que se reconsiderar a intensividade da repressão punitiva da lei penal, mas sem abrir mão da análise do grau de danosidade do comportamento a ser censurado, aliado à natureza do fato e a relação com a condição do autor do fato criminoso.

Já tendo sido apresentada a fala conforme considerações pretéritas referentes ao novo projeto de Código Penal em tramitação no Senado, que objetiva traduzir novos ideais da sociedade hodierna, ratifica-se, nos termos do projeto em alusão, a uma norma que permite a aplicação exclusiva de multa, se o autor do fato típico se tratar de indivíduo primário e o bem furtado tiver pequeno valor (inc. I, § 3º, art. 155 do PLS 236/2012).

Outro ponto a ser considerado é o da possibilidade de extinção da punibilidade no furto simples ou com aumento de pena, no caso de reparação do dano, desde que aceito pelo ofendido, que passa a ser uma condicionante para a persecução criminal nestes delitos. Neste caso, o aceite do ofendido teria a possibilidade de anuir com a extinção do feito até a sentença de primeiro grau (inc. II, § 3º, art. 155 do PLS 236/2012), passando a ação penal a ser pública condicionada à representação da (inc. III, § 3º, art. 155 do PLS 236/2012).

Sobre este ponto, o Relatório Final do PLS 236/2012 elaborado pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal que teve como Relator o Senador Pedro Taques, no caso do furto houve dissenso quanto à alteração das penas mínima e máxima do *caput* do art. 155, que se refere ao crime de furto. Enquanto no PSL 236/2012 as penas seriam de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, de acordo com o relatório final, as penas deveriam ser mantidas no patamar mínimo de 1 (um) ano e máximo de 4 (quatro) anos de prisão.

Nos termos do relatório,

Furto é um crime de massa no Brasil. Mais de 50% das pessoas presas em nosso sistema penitenciário, segundo dados do Inforpen, foram condenadas por furto ou roubo. A proposta do Projeto, além de gerar uma desproteção ao bem jurídico, acabará sendo aplicada de forma retroativa (porque mais benéfica), gerando

prescrição (leia-se impunidade) em milhares de casos, além de saídas em massa dos estabelecimento penais. Convém manter a na no patamar atual<sup>277</sup>.

Com base nos fundamentos acima catalogados quanto ao bem jurídico nos crimes patrimoniais, ousa-se discordar do trecho transcrito do aludido Relatório. Furto só é crime de massa no Brasil por conta da própria estrutura da sociedade capitalista excludente, que não oportuniza os mesmos direitos para os pobres e para os ricos. Vê-se que tais argumentos estampam a discrepância no tratamento penal dado aos menos favorecidos economicamente que se encontram esquecidos nos cárceres por conduta inadequada por parte do próprio Estado opressor. Sendo o bem jurídico dos crimes patrimoniais disponível e a lesão de menor potencialidade danosa, nada obsta a permissão da extinção da punibilidade, uma vez havendo aceitação pela própria vítima que será restituída do prejuízo sofrido e que poderá ou não autorizar o Ministério Público atuar nesses casos.

Não há que se falar em desproteção ao bem jurídico, haja vista não deixar de ser tratado como assunto de matéria penal. Além do mais, a retroatividade da lei penal mais benéfica não é mera questão de política criminal, como se quer fazer entender, equivocadamente, no Relatório. Retroatividade é princípio, base, fundamento do Direito Penal. É uma garantia que possui relação com outras máximas do Direto Penal a exemplo do *in favor rei*, e o fato de se poder evidenciar a aplicação do instituto da prescrição em algumas situações não ocorrerá por culpa de conduta inadequada por parte do réu, mas sim do próprio Estado que não se mostrou capaz de julgar seus processos dentro do tempo razoável, incorrendo ele mesmo em afronta ao devido processo legal.

Da leitura do trecho acima retirado do Relatório, observa-se claramente a tentativa da manutenção do sistema pernicioso, seletivo e excludente, mesmo com o advento de um novo Código Penal.

Nos termos do Código Penal vigente (Decreto-Lei nº 2.848/40), o crime de furto é processado mediante ação penal pública incondicionada e possui pena de um a quatro anos de reclusão. A pena proposta pelo anteprojeto de novo Código Penal, sendo de seis meses a três anos é ainda uma proposta tímida, embora não deixe de ser mais condizente com os objetivos da sociedade hodierna, que caminha no sentido do consenso e da resolução dos conflitos de forma pacífica. Por isso que o condicionamento da ação penal por crime de furto à representação da vítima traduz algo que há tempos já se esperava do legislador penal. É um

---

<sup>277</sup> Relatório final sobre a reforma do Código Penal. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>> p. 184. Acessado em 5 de dezembro de 2014.

grande equívoco os membros que elaboraram o Relatório Final buscarem manter a pena para o furto no patamar acima mencionado. Teriam agido com inteligência e maior responsabilidade social caso estipulassem a pena máxima no patamar dos 2 (dois) anos, permitindo a inserção dos delitos patrimoniais de menor lesão ao rol dos delitos de menor potencial ofensivo, que por sua natureza, apresentam uma resposta muito mais factível às pessoas do autor do fato e do suposto ofendido, quando ambos estão em conflito de interesses jurídicos.

Já foi dito alhures que as medidas alternativas se amoldam de uma maneira bem mais adequada e proporcional aos delitos a que se destinam. Além do mais, tais medidas possuem caracteres efetivamente positivos tanto para a sociedade, quanto para a pessoa do acusado, em comparação com a privação da liberdade.

Continuando, de acordo com o aludido anteprojeto de Código Penal, seriam qualificadoras do crime de furto, cuja pena de reclusão seria de dois a oito anos: a) de veículos transportados para outro estado ou para o exterior; b) de bens públicos e aqueles cometidos em ocasião de incêndio, naufrágio e calamidade, os chamados saques.

É previsto ainda a qualificadora de furto com o uso de explosivos. Nesse caso a pena será de quatro a oito anos de reclusão.

A mudança, em princípio, "desqualificaria" várias circunstâncias hoje previstas e possibilitaria a aplicação da suspensão condicional do processo em situações que hoje não são possíveis (art. 155 §1º e 4º do CP): furto noturno; quando há destruição ou rompimento de obstáculo; com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; com emprego de chave falsa e mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Com essa redefinição das penas crime de furto a Comissão muda a Política Criminal para promover uma "descarceirização" dos crimes de menor ofensividade, a fim de otimizar a repressão dos crimes mais violentos. Destarte tais alterações na política criminal voltada para os crimes de furto tenham caminhado no sentido da intervenção mínima e da fragmentariedade, não era ainda o que se esperava, tendo em vista que os crimes de furto simples desta modalidade acima descrita possuiriam pena mínima de 6 (seis) meses e máxima de 3 (três) anos.

No que respeita à pena mínima, parece não ter havido muita diferença, já que a pena mínima do Código Penal vigente, com pena mínima de 1 (um) ano, possibilita a suspensão condicional do processo, por exemplo. O ideal seria apresentar um patamar máximo de pena que permitisse a composição cível ou a transação penal para este tipo penal, como alhures se expôs. Em outras linhas, se se trata de um bem jurídico disponível, que não atinge outros bens

jurídicos mais relevantes além do patrimonial, que não conduzirá à ação penal pública incondicionada e que em razão da pena mínima admite *sursis* processual, nada mais justo e proporcional que fosse dado aos autores de fatos desta natureza a possibilidade de transacionar ou de reparar o dano à vítima, extinguindo sua punibilidade dessa forma. Outrossim, uma vez sendo possibilitada a aplicação da transação penal, nada impediria que a persecução penal fosse encerrada de forma mais racional e justa, abrindo-se a possibilidade para a aplicação de medidas alternativas penais, antes mesmo do oferecimento da Denúncia pelo Ministério Público, como ocorre atualmente nos crimes contra a honra.

Para Cesare Beccaria, “não é a intensidade da pena que produz o maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente afetadas por impressões mínimas porem renovadas que por um abalo forte, mas passageiro”<sup>278</sup>.

Ainda tratando do PSL 236/2102, pelo novo texto, equipara-se à coisa móvel o documento de identificação pessoal, a energia elétrica, a água ou gás canalizados, o sinal de televisão a cabo ou de internet ou item assemelhado que tenha valor econômico (§ 1º, art. 155).

No furto é acrescida uma nova modalidade, a da subtração mediante emprego de explosivo ou outro meio que cause perigo comum (furto com uso de explosivo - § 5º, art. 155). Com essa previsão, o projeto quer enquadrar com maior rigor uma prática comum nos dias atuais: o furto de caixas eletrônicos de bancos. Também se a *res furtiva* é pública, ou se o agente se valeu de momento de grande fragilidade das vítimas, como desastres, a sanção será igualmente qualificada (§ 4º, art. 155).

Em ponto conclusivo, a extinção de punibilidade a ser aplicada ao agente que repara o dano ou devolve a coisa até a sentença de primeiro grau, desde que não se trate de bem público, é o principal ponto positivo sugerido pelo PLS 236/2012. Isto porque trata com isonomia dois tipos penais não violentos a exemplo do crime de furto e do estelionato. Enquanto no estelionato por meio de cheque sem provimento de fundos o pagamento do valor pecuniário pode extinguir punibilidade, caso tenha sido feito até o oferecimento da denúncia pelo órgão do *Parquet*, no furto a mesma ideia se aplica por analogia e com base na isonomia. Sendo quitado o valor no caso do estelionato, opera-se inexistência de justa causa para a perseguição penal. Neste mesmo diapasão, assevera Eduardo Luiz Santos Cabette que “não há

---

<sup>278</sup> BECCARIA, Cesar Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. Dos delitos e das penas. Trad. Luca Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Clássicos). P. 96.

motivo plausível para esse tratamento diferenciado, de modo que a previsão legal de extinção de punibilidade pela reparação do dano ou devolução da coisa até a sentença para o furto promove, ainda que tardiamente, um necessário ajuste”<sup>279</sup>.

Observa-se que nos termos da lei penal em vigência, no furto quando o agente repara o dano e devolve a coisa antes do recebimento da denúncia, poderá ser aplicado ao caso a causa de diminuição do art. 16 do Código Penal, ou seja, arrependimento posterior. Por outro lado, caso o crime seja de estelionato por meio de cheque, há previsão dessa causa extintiva de punibilidade, mas tal modalidade é trazida como Súmula (554 do STF), e não como dispositivo na lei penal.

Entende-se ser inegável a dificuldade em encontrar argumentos contra a tipificação dos delitos patrimoniais, que têm por finalidade proteger o patrimônio individual, sob pena do caos e da desordem social. Contudo, é legítima a intervenção penal estatal perante condutas ofensivas ao patrimônio individual, a fim de que se possa garantir a convivência pacífica e a promoção do bem-estar social, almejados em um estado social e democrático de direito. Apesar disso, continua-se a atacar a severidade penal com que são tratados esses tipos: praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa e com possibilidade de ressarcimento integral ao ofendido — que é desproporcional em comparação a outras condutas lesivas a bens jurídico-penais de maior ou pelo menos de igual relevância no ordenamento.

Logo, a mudança da legislação deverá vir acompanhada de critérios que restabeleçam o princípio da proporcionalidade, em relação aos seus três elementos constitutivos: adequação, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito. A uma, porque a adequação tem o poder de relacionar o tipo penal à medida alternativa mais justa a ser aplicada no caso concreto. A duas, porque a intervenção penal deve sempre se basear no caráter útil da pena ou medida a ser sofrida pelo réu. A três, porque em se tratando de bens disponíveis, a medida sancionatória deve guardar proporção com a lesão. Se a lesão ao bem jurídico for de menor potencialidade, a punição não poderá ser desproporcional, sob pena de ferir a lesividade penal. Por tudo isso, clama-se por uma aproximação das penas ou medidas alternativas aos tipos penais de baixa gravidade, em respeito também aos anseios de uma sociedade complexa, que necessita de melhores respostas às suas demandas, fomentando o bem estar coletivo na busca da evolução positiva do sistema jurídico.

---

<sup>279</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Alterações do Projeto de Código Penal previstas para o crime de furto: uma abordagem crítica. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11563](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11563)>. Acesso em dez 2014.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode notar, aquele modelo de política criminal que consagrou a privação da liberdade, outrora considerada reação penal justa em comparação com as penas cruéis, vem perdendo espaço para novas medidas penais alternativas, de natureza menos aflictiva à pessoa humana. A razão disso encontra justificativa nas ideologias que deslegitimam o encarceramento, antes considerado meio capaz ressocializar e preparar o indivíduo para o retorno social.

Ao adentrar nas questões concernentes à prisão, verificou-se que ela, além de não cumprir com a utópica ressocialização, pelo contrário, ela acaba promovendo uma verdadeira dessocialização da pessoa do preso. Como se não bastasse, viu-se que parte da doutrina considera a prisão inumana e contrária aos direitos humanos, principalmente quando se está diante da aplicação de penas privativas de liberdade para sancionar condutas delituosas que comportam penas de curta duração.

A reeducação também não se mostrou possível por meio desta modalidade de pena, uma vez ela que introduz uma nova cultura, própria do sistema carcerário, através das relações de subordinação e da maior marginalização provocada pelo próprio sistema carcerário na vida do preso. Por isso que, em sede de medidas alternativas à prisão, exaltam-se penas restritivas de direito, a serem cumpridas fora do cárcere, e também penas de multa, que na sociedade capitalista possuem um forte conteúdo sancionatório, ao passo que fortalecem as relações sociais do apenado.

Viu-se que a trilha percorrida pelos estudiosos na idealização de uma resposta aos fenômenos da criminalidade e das sanções penais ficou demarcada por conflitos dogmáticos e teóricos, havendo, inclusive, um momento histórico em que se tentou aplicar às ciências humanas alguns métodos aplicáveis às ciências naturais, de cunho racionalista, empírico, objetivo, atrelando às ciências humanas, diga-se de passagem, equivocadamente, as mesmas certezas das ciências naturais.

A tentativa de pacificação social sem a interferência estatal, antes somente operada por meio do Processo Penal propriamente dito, inaugurada pelas medidas alternativas penais, reduziram substancialmente as interferências das instâncias de controle formal. Com isso, reforçou-se a natureza residual do Direito Penal, ao tempo em que se valorizou a efetiva participação dos indivíduos sob a proteção do Estado, promovendo o exercício da cidadania, necessária ao estado democrático de direito. O incremento das novas modalidades de controle informal atribuídas às medidas de natureza consensual pré-processual, bem como quaisquer



das alternativas à privação da liberdade têm conduzido o Estado na direção da substancial redução da população carcerária, o que faz revigorar o sistema e ao mesmo tempo mitiga a violação dos Direitos Humanos.

No que tange aos ataques às penas privativas de liberdade, evidenciou-se que a crise penitenciária decorreu da omissão do próprio Estado que não respeita as garantias e alguns preceitos básicos a exemplo da legalidade. Outrossim, a intervenção superficial do Direito Penal não alcança o universo das condutas delituosas, e ainda alimenta as “cifras ocultas”, por não traduzir a realidade entre os crimes praticados e os efetivamente processados e solucionados pelo próprio sistema penal.

De tudo que foi exposto, aspectos como o alto custo de manutenção dos estabelecimentos prisionais, bem como o caráter estigmatizante trazido pela privação da liberdade que sujeita o indivíduo antes mesmo da sentença condenatória e que o segue para o resto de sua vida, funcionaram como base para as propostas de alteração legislativa que ora são elencadas. Para tanto, pode-se extrair subsídios para a mudança da lei penal tanto da interpretação das normas internacionais—analizadas no terceiro capítulo, quando se tratou das regras internacionais de tratamento do preso—, quanto das normas insculpidas na Constituição Federal de 1988, que estabelece diretrizes para o aprimoramento da legislação penal brasileira, reafirmando o reforço à proteção dos direitos humanos e apresentando, no seu próprio texto, os fundamentos da política das penas e medidas alternativas.

O incremento das penas alternativas no ordenamento também encontra fundamento na perda da legitimidade da constrição ambulatorial como pena principal no sistema penal e as medidas penais consensuais surgem como nobres mecanismos de resolução de conflitos humanos.

Evidenciou-se que para se chegar ao consenso diante de um conflito de interesses em sede de Direito Penal, deve-se estabelecer diretrizes para as partes, conduzindo-as ao bem comum, promovendo o ideal de acordo, anuência, consentimento e reciprocidade entre os envolvidos.

Não se pretendeu aqui deslegitimar a intervenção estatal naquilo que se refere aos novos bens e interesses suscetíveis de proteção legal. Mesmo concebendo-se a tutela penal como legítima, a partir do momento em que vinculou a proteção jurídica criminal aos bens mais caros à sociedade (vida, integridade física, saúde, patrimônio etc.), buscou-se construir um Direito Penal com outra face, com menos rigor no que respeita aos crimes novos a exemplo dos tipos penais que protegem o bem coletivo do meio ambiente, desde que a proteção a estes bens também perpassem sobre novas modalidades punitivas diversas da

prisão. Nesta mesma senda, entendeu-se que se deve promover uma releitura acerca dos delitos contra o patrimônio e suas respectivas penas, uma vez que à luz da proporcionalidade, nota-se um desacerto entre a pena cominada em abstrato pela lei e a lesão ao bem jurídico tutelado, que tem natureza disponível.

Destarte a Reforma do Código Penal no ano de 1984 tenha inserido importantes mudanças na legislação penal, em especial naquilo que concerne à pena, quando elencou o rol das penas alternativas no corpo do referido diploma, tais alterações não foram suficientes para adequar a lei penal ao sistema constitucional de garantias, que preza pela proporcionalidade, isonomia e pela dignidade da pessoa humana, embora a inserção das medidas alternativas possam ser consideradas como um nascimento de um novo paradigma sancionatório penal.

A argumentação desenvolvida ao longo da dissertação conduziu ao entendimento de que não se deve utilizar medidas penais superadas, e sim lançar outro olhar sobre novos aspectos, reforçando a ideologia que preconiza que as penas alternativas deverão ser elevadas à categoria de penas principais, autônomas, proporcional à gravidade do delito, de maior eficácia, eficiência e aceitabilidade social.

Viu-se ainda que o ordenamento brasileiro historicamente elegeu o bem jurídico patrimônio dentre uma das garantias constitucionais, para o qual foram criadas diversas formas de tutela desse bem e diferente do tratamento dado ao patrimônio supraindividual—tutelado pelos delitos fiscais—, o tratamento dispensado ao crime de furto sempre traduziu a seletividade e a desigualdade entre as classes sociais. Para constatar tal argumento, basta observar que no caso do furto, existem diversas formas qualificadoras da conduta delitiva, o que não ocorre com os delitos fiscais.

A contribuição final do presente trabalho milita no sentido de se alterar a pena cominada para o crime de furto simples, reduzindo a pena máxima em abstrato para dois anos, o que possibilitará a inclusão deste tipo penal rol dos delitos de menor potencial ofensivo, passíveis de aplicação de medidas extrapenais. Tal embasamento encontra escopo na proposta minimalista ou reducionista da utilização do Direito Penal, que preza pela diminuição da intervenção penal e pela descriminalização de condutas consideradas pouco lesivas à ordem e também pela transferência da solução dos conflitos para outras instâncias informais.

Restando comprovada a seletividade do sistema penal, que se dirige escancaradamente aos menos favorecidos, faz-se necessário redimensionar a intervenção punitiva estatal, permitindo o incremento de um modelo mais justo e cidadão de reação social. Para isso, tornou-se crucial apontar os vícios dessa legislação excludente, atacando a

reprodução das desigualdades sociais no seio da lei penal, que ainda retroalimenta a exclusão social, nos termos da legislação vigente.

Não se pode mais permitir que o sistema punitivo brasileiro seja demarcado pela separação entre os ricos e os pobres no que respeita à aplicação da lei penal. Não se deve permitir que haja uma maior intervenção penal nos delitos voltados para as classes inferiores, por meio de normas de controle social severas, intensificando a repressão penal com o fito de assegurar os privilégios da classe dominante.

Destarte o fundamento para o tratamento dado aos delitos patrimoniais pela lei pátria decorra da natureza patrimonialista característica do modelo de Estado Capitalista, é chegada a hora de superar esse paradigma seletivo e excludente, que considera o patrimônio individual superior a outros bens, a exemplo da honra, da integridade física, dentre outros também disponíveis. Enquanto o bem jurídico patrimonial individual for considerado superior ao bem jurídico supraindividual, haverá diferença de tratamento entre o criminoso rico e o criminoso pobre, ferindo a isonomia constitucional. Como visto, não se deve aplicar um tratamento privilegiado para o agente que pratica um crime tributário, que por sua vez atinge toda a coletividade, em detrimento do agente que pratica um delito isolado de furto simples, contra determinada vítima. Ou se aplica para ambos uma medida severa, a exemplo da pena atualmente atribuída ao furto simples, ou se adéqua todo o sistema punitivo hodierno à equidade com base na máxima do *in favor rei*. Logo, se for para aplicar a causa de extinção de punibilidade para o indivíduo que sonegou, não se poderá agir de modo diverso para aquele que, mesmo cometendo um simples furto, reparou o dano produzido perante a vítima.

Neste mesmo ínterim, foi possível explicitar as semelhanças nas condutas praticadas por quem furta e por quem sonega. Logo, ambas as condutas, operando sem violência ou grave ameaça, merecem um tratamento igual nos termos da lei penal, que deve estar balizada pela Constituição Federal. Para tanto, as consequências jurídicas não podem ter disparidade, operando a extinção da punibilidade do sonegador com o pagamento do tributo, enquanto na devolução da *res furtiva* do furto, o mesmo não se operará.

Não há que se tutelar o patrimônio coletivo de forma menos rigorosa em comparação ao patrimônio individual. Se não se aplicam as mesmas sanções correspondentes aos crimes de furto simples aos delitos fiscais, ou seja, se para os delitos fiscais cabem as medidas alternativas penais capituladas na Lei nº 9.099/95 (transação penal, suspensão processual etc.), que sejam alteradas as normas penais e se apliquem as mesmas sanções dos delitos fiscais nos crimes de furto simples, em respeito aos preceitos da isonomia e da proporcionalidade.

Como proposta de alteração legislativa, capitulando-se a pena máxima para o furto simples no patamar de dois anos, possibilitar-se-á o acordo entre as partes envolvidas na questão penal (autor do fato e vítima), permitindo a reparação do dano de forma célere, justa e eficaz.

Como se pretendeu neste trabalho alavancar o ideal minimalista, pregando a redução gradual das penas privativas de liberdade, limitando o Direito Penal às hipóteses de absoluta necessidade, nada mais justo que redimensionar a aplicação da lei penal alternativa para os delitos de furto simples desde o início da persecução penal, perpassando pela fase processual, finalizando na execução penal. Para tanto, dever-se-á, em primeiro lugar, cominar abstratamente uma pena mais branda para os delitos em estudo, amoldando aos crimes de menor potencial ofensivo e garantindo a estes delitos, com fulcro nos ideais defendidos por Ferrajoli, a estrita legalidade, a lesividade, a proporcionalidade e a ampla defesa.

Em segundo lugar, será necessário modificar a natureza da ação penal pública incondicionada, para pública condicionada à representação, ou até mesmo privada, possibilitando também a celebração de acordo entre as partes envolvidas no conflito, em audiência conciliatória, a ser cumprido dentro dos parâmetros já observados para os demais crimes que admitem a conciliação como causa extintiva de punibilidade, após o cumprimento do acertado entre as partes. De forma justa porque se evitará, tanto para vítima, quanto para o autor do fato delituoso, à exposição e à incerteza características do processo judicial.

Por conseguinte, em não sendo celebrado nenhum acordo entre as partes, deverá seguir o rito dos demais delitos de menor potencial ofensivo, com a apresentação de proposta de transação penal pelo Ministério Público ou suspensão condicional do processo em audiência própria, com aplicação de medidas alternativas à prisão, no afã de reaproximar os interesses entre o suporte autor do fato, da suposta vítima, bem como aos interesses do Estado.

É necessário o rompimento com o paradigma atual de aplicação da lei penal e processual penal, visando assim atender a necessidade de resolução de conflitos diversa do modelo penal tradicional. Mostra-se “falido” o modelo atual de aplicação da pena tanto por não se mostrar eficaz na ressocialização do indivíduo, quanto por não ser uma forma eficaz de contemplar as necessidades e questionamentos da vítima quando da resolução dos conflitos.

Diante dos incontáveis estudos dirigidos ao Direito Penal e das finalidades das suas penas, verifica-se que a cada momento fica mais clara a ideia de que não será com um mero recrudescimento de penas ou com uma criminalização exacerbada de condutas que se reduzirá a tão combatida criminalidade. A sanção penal, para que seja justa, é necessário que seja adequada, proporcional e eficaz. Logo, não basta punir de maneira inflexível, tendo como fim

somente a vontade social da vingança, exaustivamente criticada ao longo dessa exposição. A aplicação da lei penal deverá se basear no interesse público e coletivo em detrimento dos interesses particulares das classes mais favorecidas pelo sistema. Para tanto, devem-se considerar os limites naquilo que diz respeito às consequências que se procura extrair com a punição do infrator e sem que se perca de vista a dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ABBAGBI, Nicola, 1901-1990. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bossi ; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª Ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

ALMEIDA, Fernanda Afonso de. **Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica**. 2012. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em [file:///C:/Users/USU%20C3%81RIO/Downloads/DISSERTACAO\\_FINAL\\_Fernanda\\_Afonso\\_de\\_Almeida.pdf](file:///C:/Users/USU%20C3%81RIO/Downloads/DISSERTACAO_FINAL_Fernanda_Afonso_de_Almeida.pdf)>acesso em 30.11.2014

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues C. De; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 8ª Ed. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2ª tiragem, 2012.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas** / Gustavo Amaral. — Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAHIA, Saulo José Casali. **Juizados especiais criminais federais: competência, execução e participação do Ministério Público** (sugestões ao anteprojeto de lei). **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, n.8 , jan./dez.2000.

\_\_\_\_\_. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**: Salvador, 2002, v. 10.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal** / tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. [O Tribunal Penal Internacional e sua implementação. Questões controversas](#). Jus Navigandi, Teresina, [ano 15, n. 2638, 21 set. 2010](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17037>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos Delitos e Das Penas**, Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira – 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos)

BELING, Ernest Von. **Grumidzüge des Strafvchchts (Esquema de Derecho Penal): Die Lehre ivn Tntbestand (La Doctrina del Delito-Tipo)**.11ª edición, 1930. Traducción de Sebastian Soler. Librería "El foro", Buenos Aires, 2002.

BENTHAM, Jeremy. **As recompensas em matéria penal**. 1748-1832; tradução Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio – 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007 – Biblioteca Clássica.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1/ 20ª**. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Penas e medidas alternativas: visão crítica**. Revista Cej, Brasília, v.5, n.15, p.65-69, set./dez. 2001.

BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.

BOBBIO, Norberto. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra: tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135

BRACCO, Bruno Amabile. **Carl Jung e Direito Penal**. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2013.

BRANDÃO, Claudio, SALDANHA, Nelson, FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva** / Cláudio Brandão, Nelson Saldanha, Ricardo Freitas, coordenadores. São Paulo : Atlas, 2012.

BRASIL. Senado Federal. **Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.juarezstavares.com/Textos/anteprojeto.pdf>> Acesso em 19.05.2014

\_\_\_\_\_. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 10-09.2014

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De10201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10201.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4729.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm)> Acesso em: 14 jan. 2015

\_\_\_\_\_. Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em :  
<[http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209\\_84.PDF?PHPSESSID=9c23f29430bdf6fcc0acd243ed68863b](http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF?PHPSESSID=9c23f29430bdf6fcc0acd243ed68863b)> Acesso em 17.12.2014

\_\_\_\_\_. Relatório final sobre a reforma do Código Penal. Disponível em  
<<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>> p. 184. Acessado em 5 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Justiça. Súmula nº 341. A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto. Disponível em:  
<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=101](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=101)> Acesso em 21.10.2014

\_\_\_\_\_. SÚMULA VINCULANTE 35 DO STF. Disponível em:  
<<http://www.conjur.com.br/2014-out-16/veja-quatro-novas-sumulas-vinculantes-aprovadas-supremo>> acessado em 04.12.2014

\_\_\_\_\_. PSL 236/. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Disponível em :  
<[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)> acessado em 05.12.2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 81.929-RJ.** Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília, j. 16 dez. 2003. DJ 27 fev. 2004

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 69

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Alterações do Projeto de Código Penal previstas para o crime de furto: uma abordagem crítica.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11563](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11563)>. Acesso em 4 de dez 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1996.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral.** São Paulo, SP: Saraiva, 1956-1957. 2v.

CERVINE, Raúl. **Os processos de descriminalização.** Tradução Eliana Granja...et al. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995. Tradução da 2ª Ed. Espanhola.



CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em:  
<<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>> acessado em 15 de janeiro de 2015;

CÓDIGO PENAL ESPANHOL. Disponível em <[file:///C:/Users/Cliente/Downloads/BOE-038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria.pdf](file:///C:/Users/Cliente/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf)> acessado em 15 de janeiro de 2015

CÓDIGO PENAL ITALIANO. Disponível em  
<<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>> acessado em 15 de janeiro de 2015.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. SHECAIRA, Sergio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **1936 – Raízes da Sociedade Criminógena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador-BA: Editora JusPudivm, 2010.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na “Belle Époque”**: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DE FOLTER, Rolf S. *Sobre la Fundamentación Metodológica del Enfoque Abolicionista del Sistema de Justicia Penal*. Uma comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, Mathiesen. *Abolicionismo Penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrit a Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal Revisadas**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo Manual básico de criminologia**. Ney Fayet Júnior. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**/Luigi Ferrajoli. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Rosilda Arruda. **A pesquisa científica nas ciências sociais: caracterização e procedimentos**. Editora UFPE; Recife, 1998. P. 26

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Breves anotações sobre os crimes patrimoniais**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001.

FREITAS, Daniel Dottes de; SALDANHA, Luciana Blazejuk. **A INTEGRAÇÃO BRASILEIRA AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DOMÍNIO DO ESPAÇO PÚBLICO: OPORTUNIDADES PERDIDAS PELA DEMOCRACIA E PELA CIDADANIA**. Disponível em

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel\\_dottes\\_de\\_freitas.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel_dottes_de_freitas.pdf)>

Acesso em 14 de janeiro de 2015, p. 1351

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. P. 239

GARCIA, Basileu, 1905-1985. **Instituições de Direito Penal** v. I, tomo I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. – Série Clássicos Jurídicos (Direito, Desenvolvimento, Justiça) Coordenação Maíra Rocha Machado. Denise Garcia. Vários Colaboradores.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos : introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais** / Antônio García-Pablos de Molina, Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. Ver.atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 140

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**/Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, out. de 2004.

\_\_\_\_\_. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre – RS. Sérgio Antônio Fabris Ed. 2005.

GRECO, Luís. Artigo intitulado "**Introdução à dogmática funcionalista do delito**", publicado na Revista Jurídica, Porto Alegre, Jul. 2000.

\_\_\_\_\_. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 56, p. 80-112, 2005. P. 93.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. – São Paulo : Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOULD, Stephen Jay. **A FALSA MEDIDA DO HOMEM**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo – novos rumos e redefinições**. 2ª ed. (ano 2001), 3ª reimpr. / Isaac N. B. Sabbá Guimarães. Curitiba, Juruá, 2008.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HERIVEL, Tara. **Quem lucra com as prisões : o negócio do grande encarceramento** / tradução Lívia Maria Silva Macedo, Renato Gomes de Araújo Rocha, Victor Caldeira de Medeiros. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

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

\_\_\_\_\_. **A falência da pena de prisão**. Revista do CEPEJ, Salvador, n.5, p.173-194, jan./jun.1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdicionalização do processo de execução penal**. 2002. Artigo disponível em:  
<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/33050/32230>>  
Acesso em 11.03.2010

HOBBS, Thomas. **LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://temquele.files.wordpress.com/2009/12/hobbes-leviata.pdf> Acesso em 01.04.2010

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói -RJ, Luam, 1993.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Trad. José Lameno, 2011.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris. 201, p.124.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3. ed. 1998. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa**. 19. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

KUHN, Thomas s. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 5ª edição, 1998.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación**, 2ª edición, Marcial Ponz, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas Alternativas: anotações à Lei nº 9.714 de 25 de novembro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada**. 8ª. Edição, São Paulo: Saraiva. 2003, p. 66-67

JIMENEZ, SANTOS, MEDINA, María Angélica A., Tamara Santos A. e Paula G. **Un Nuevo Tiempo Para La Justicia Penal. Tensiones, amenazas y desafíos**. Chile: Universidad Central. 2014.

LEAL, João José. **Três Questões ainda Polêmicas a Respeito do Instituto da Remição Penal**. Artigo disponível em:  
<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=534>> Acesso em 20.05.2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. Disponível em:  
<<http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12.pdf>> Acesso em 22.06.2014.

LIMA, Francisco Ferreira. **Execução penal: penas privativas de liberdade e sua execução com igualdade de tratamento perante a lei**. Fortaleza, 2005.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**/ Franz Von Liszt; prefácio de Edson Carvalho Vidigal; [tradução José Hygino Duarte Pereira]. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **O furto das jóias da coroa ou impunidade X irrelevância**. Boletim IBCCrim., mar., 1999, n. 76.

LUTHOLD, Pedro Henrique. **Uma breve história do direito penal positivo brasileiro e o PLS n.º 236/2012**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em:  
<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12965&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12965&revista_caderno=3)>. Acesso em jan 2015

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Cabeça de Juiz*. Fortaleza: Impreco, 2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7.ed.rev.atual.São Paulo:Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. Ed. Campinas: Millennium, 2003, v. 1.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal**. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, Salvador, v.6, n.9 , p.19-42, jul./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito penal – sistemas, códigos e mocrossistemas jurídicos.** 1º ed. 2004, 3ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional/** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3ª. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Fabio Victor de Aguiar. **A pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional: Aspectos constitucionais.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6758&revista\\_caderno=3](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6758&revista_caderno=3)>. Acesso em jan 2015

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática.** 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Pena e sofrimento.** Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira. Revista 17. Salvador – BA, 2008.2.

\_\_\_\_\_. **Justiça criminal e o mito da pena ressocializante.** Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, v.37 , p.149-159, 1997/1998

MIR PUIG, Santiago. **Bases Constitucionais Del Derecho Penal.** Iusted, 1ª Edicion, 2011.

\_\_\_\_\_. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2ª Ed. En ontevideo, República Oriental del Uruguay: Editora B de F Ltda, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984.** 11. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

MOCCIA, Sergio. **Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali.** Padova: Cedam, 1988.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **Penas restritivas de direito:** alternativa de punição justa : uma análise dos fins das penas restritivas de direitos à luz da teoria dialética unificadora de Claus Roxin. 2007. 273 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2007.

NETO, Fernando da Costa Tourinho. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 3ª. Edição. 2002.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2012.

PAGLUICA, José Carlos Gobbi. **Direito penal moderno: parte especial do Código penal:** arts. 121 a 361. – São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2000.

PARIZATTO, João Roberto. **Furto Roubo Receptação em face da Lei 9.426, de 24-12-96.** Editora Direito : São Paulo, 1997.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Breves apontamentos sobre o funcionalismo penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3474>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito.** 3ª Ed. Ver. E atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido : na teoria do delito.** 3ª Ed. Ver. E atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. **Regras de Tóquio e as penas restritivas de direitos: histórico e retratos do Brasil.** MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos (org.). *Reflexões sobre os 60 anos da ONU.* Ijuí: Unijuí, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral : arts. 1.º a 120 / Luiz Regis Prado.** 3. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte geral.** 2.ed.rev.aum. São Paulo:Saraiva, 2005.

RAIZMAN, Daniel Andrés. **O Direito Penal Internacional.** A Necessidade de uma Limitação Discursiva. Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado. Ed. Lumen Juris: RJ, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

REIS, Ângelo Maciel Santos. **Inconstitucionalidade ou não recepção do artigo 127 da Lei Nº 7.210/84 à luz do Garantismo de Ferrajoli / Ângelo Maciel Santos Reis.** Monografia de Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2010.

PESCUMA, Leandro Recchiutti Gonsalves. **Reincidência:** um instituto não recepcionado pela norma fundamental. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6306>> Acesso em 03.06.2014

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena.** São Paulo : Atlas, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>> Acesso: 01.04.2014

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.** Tradução Luís Greco. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal Parte General**, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 2ª Ed. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Juizados especiais cíveis e criminais: Federais e Estaduais.** Tomo III. Marisa Ferreira Santos e Ricardo Cunha Chimenti. São Paulo: Saraiva 2004. Coleção Sinopses Jurídicas, v. 15.

SANTANA, Selma Pereira. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da Pena.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Breno Inácio da. **Formas Institucionais de Produção da Verdade: Transação Penal x Plea Bargaining.** Revista Ciências Sociais. Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 119-136, 2004.

<<http://www.ugf.br/files/editais/Artigo%205%20Vol%2010%20n%201%20e%202.pdf>>  
acesso em 04/09/2014

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales.** 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio sobre a pena de prisão.** Curitiba: Juruá, 2009.

SOARES, Orlando. **Curso de Criminologia:** o fenômeno criminal, evolução da criminalidade, crime organizado, narcotráfico, mediocridade, astúcia, indolência, criminalidade, a criminologia sob a ótica da Escola de Direito do evolucionismo, estratégia operacional de combate à criminalidade, globalização e seus efeitos criminológicos, terrorismo, pena de morte. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. ***O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.*** São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1987). **Um Discurso sobre as Ciências;** Edições Afrontamento; Porto; 1988.

SOUSA, Susana Aires. **Os crimes fiscais:** análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 2. ed. Porto alegre: livraria do advogado, 2000.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Tradução Rosa Del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999, p. 93. Disponível em:

<[http://www.academia.edu/4224097/EL\\_DELITO\\_DE\\_CUELLO\\_BLANCO - EDWUIN H. SUTHERLAND - PDF](http://www.academia.edu/4224097/EL_DELITO_DE_CUELLO_BLANCO_-_EDWUIN_H._SUTHERLAND_-_PDF)> acessado em 29/01/2015

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução** / Cento Veljanovski; tradução de Francisco J. Beralli. - Rio de Janeiro : Instituto Uberal, 1994.

VON IHERING, Rudolf. 1818 – 1892 – **A luta pelo direito**/ Rudolf Von Ihering - Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal** – Uma introdução à doutrina da ação finalista. RT: 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, 1ª impressão, outubro de 2010, 2ª reimpressão, setembro de 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal - Vol I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003

1946: Primeira Assembleia Geral da ONU. Disponível em < <http://www.dw.de/1946-primeira-assembleia-geral-da-onu/a-1851249>> acessado em 14 de janeiro de 2015