



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

VINICIUS CAMARGO FIDELIS DE MORAES

A TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Assis
2016

VINICIUS CAMARGO FIDELIS DE MORAES

TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial de aprovação no curso de Direito, ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de - Assis – FEMA.

Aluno: Vinicius Camargo Fidélis de Moraes

Orientador: Aline Silvério de Paiva

Assis
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

M827t MORAES, Vinicius Camargo Fidélis de
A teoria do direito penal mínimo / Vinicius Camargo Fidélis de
Moraes. --Assis, 2016.
29p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). --Fundação Educacio-
nal do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Esp. Aline Paiva Silvério

1.Sistema penitenciário 2.Direito penal mínimo

CDD 341.582

VINICIUS CAMARGO FIDÉLIS DE MORAES

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao instituto municipal de ensino superior de Assis, como requisito do curso de graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Prof. Aline Silvério de Paiva

Analizador:

ASSIS

2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a aquele que nas horas difíceis me fortaleceu, que estendeu seus braços quando o cansaço bateu, ao meu refúgio, meu melhor amigo, rei e mestre JESUS CRISTO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a todos os professores que tentaram ao máximo transmitir seus conhecimentos a nossa turma, aos meus colegas de sala que me deram o prazer de suas companhias nesses cinco maravilhosos anos, a minha companheira Joice fontes que me deu seu apoio de fundamental importância para o florescer desse trabalho, ao meu pai Marcos Fidelis que sempre será o meu exemplo a ser seguido, minha rainha e mãe Damaris Camargo que sempre lutou e não poupou esforços para que esse dia chegasse, aos meus irmãos Victor Camargo e Daniel Albano dos quais eu amo muito, a minha querida madrasta Elisangela Albano que sempre me ajudou com importantíssimas palavras de carinho e ao meu querido padrasto Beto Galvão que não poupou esforços para me ajudar no construir desse trabalho.

Tempo virá. “Uma vacina preventiva de erros e violência se fará. As prisões se transformarão em escolas e oficinas. E os homens imunizados contra o crime, cidadãos do Novo Mundo, contarão às crianças do futuro, estórias absurdas de prisões, celas, muros e um tempo superado”. (Cora Carolina)

RESUMO

Vivemos uma crise em nosso sistema penal atual, reflexo de um péssimo serviço prestado por parte do Estado principalmente na área da educação. Várias ideias são lançadas constantemente como “fórmulas” mágicas a sociedade com a intenção de reverter esse cenário de horror, como a pena de morte, prisão perpétua e a diminuição da maioridade penal. A maioria embasadas no chamado movimento de lei e ordem, influenciadas pela grande mídia. Veremos que o caminho correto a seguir não está ligado a punição em si, mas a informação antecedente a formação de um criminoso.

Palavras-chave: Direito penal mínimo; Direito penal máximo; Abolicionismo penal; Sistema penitenciário no Brasil.

ABSTRACT

Service provided by the State, mainly on the educacional field. Many ideas come up with a promise of being a "magic formula" to the society problems, with the intention to revert this horror scenario, with death penalty, life imprisonment and the decrease of the penal majority. The majority of them are embased in what is called of movement of law and order, influenced by the big media. We might see the correct path to be followed is not the punishment on it self, but on social-educational projects, raising the oportunities and bringing choices that go beyond crime life.

Keywords: Minimum criminal law; maximum criminal law; criminal abolitionism; penitentiary system in Brazil.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	11
2. ABOLICIONISMO PENAL.....	12
2.1 A FALÊNCIA DO DIREITO PENAL.....	12
2.2 REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL.....	13
2.3 CRÍTICAS AO ABOLICIONISMO PENAL.....	14
3. MOVIMENTO LEI E ORDEM.....	16
3.1 FIXING BROKEN WINDOWS/THREE STRIKES AND OUT.....	17
3.2 DA PENA DE MORTE.....	18
3.3 DA PENA DE CARÁTER PERPÉTUO.....	19
3.4 DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.....	21
3.5 CRITICA AO MOVIMENTO DE LEI E ORDEM.....	22
4. O DIREITO PENAL MÍNIMO.....	24
4.1 DOS PRINCÍPIOS.....	25
5.CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS.....	29

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca encontrar uma solução racional para a diminuição da criminalidade em nosso país. Analisaremos o sistema penal atual de uma forma a criticá-lo e tentar verificar o ponto central de sua falha.

A primeira teoria que veremos é a ideia do abolicionismo penal, que critica tão duramente o nosso sistema atual que arrisca-se a nos mostrar que a solução é extingui-lo por completo, por conta de sua falência notória.

Alguns programas de televisão cuja audiência é abissal tem como pauta principal o crime. Os seus apresentadores comentam o assunto como se conhecessem profundamente o tema, propondo solução, passando-se assim formadores de opinião. Esse tipo de “show business sangrento” tem um discurso voltado a acatar a ideia do chamado movimento de lei e ordem ou direito penal máximo, que é justamente o contrário do discurso abolicionista, que resumidamente consiste na ideia de reduzir a criminalidade quando as penas em geral forem mais severas, defendendo por exemplo a pena de morte e a diminuição da maioridade penal.

Temos ainda uma terceira corrente que é chamada pelo procurador de justiça Rogério Grecco de direito penal do equilíbrio, que tem essa denominação por estar entre as duas teorias anteriores. Sua ideia central é diminuir ao máximo os tipos penais deixando só os de maior relevância moral, tornando assim mais célere e eficiente a justiça penal.

Conheceremos no próximo capítulo essas três ideias para buscar uma conclusão de qual é a mais eficiente e racional para ser colocada em prática no nosso dia a dia.

2. O ABOLICIONISMO PENAL

2.1 A FALÊNCIA DO DIREITO PENAL

Capitaneado por autores do norte da Europa, tendo também bastante repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Parte do pressuposto de deslegitimar o poder punitivo do Estado, justificando-se que o mesmo se mostra ineficaz e não alcança as soluções almejadas.

Por conta dessa incapacidade de solucionar os conflitos, postula essa teoria o desaparecimento do sistema penal e a implantação de outro meio de organização da sociedade que ela mesmo irá desenvolver conforme as suas necessidades.

Vale salientar que os que defendem o abolicionismo, são pessoas que se preocupam grandemente com a dignidade da pessoa humana, e só criaram essa teoria diante da crueldade e ineficiência do nosso sistema penal atual.

Não podemos negar a tamanha relevância do direito penal em nossa sociedade, porém, nota-se que somente uma parte da sociedade acaba sofrendo maiores sanções: a menos favorecida. Historicamente o nosso sistema sempre foi um mecanismo de produção de dor e violência aos subalternos. Temos como grande exemplo os chamados crimes de colarinho branco, que dificilmente são atingidos e punidos efetivamente pelas leis penais, esses tipos de crimes são os que mais prejudicam a sociedade, porém são na maioria das vezes ignorados por parte da justiça, por conta da condição financeira elevada dos que os praticam.

Más as críticas não se limitam somente a isso, temos também a chamada cifra negra, que é a quantidade de crime que nem se quer chega ao conhecimento da sociedade ou da justiça, e dos conhecidos nem todos são denunciados, e dos denunciados nem todos são condenados e quando condenados a pena não chega nem perto de atingir a sua função social.

2.2 REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL

Um dos principais argumentos dos que defendem o abolicionismo, é o descaso que o país encara a população carcerária. Agindo de forma racional ao encarar tal assunto, devemos urgentemente nos livrar do discurso de ódio contra o criminoso e fazer o seguinte questionamento: o que será desse detento quando ele sair do sistema penitenciário com sua pena cumprida?

A questão da ressocialização deve ser trabalhada com afinco no país e encarada com a responsabilidade devida, mas infelizmente essa está longe de ser a nossa realidade. Encontramos no Brasil o contrário, prisões lotadas sem nenhum tipo de estrutura para o detento possuir o mínimo de dignidade e poder cumprir a sua pena de uma forma humana. Com isso ele fica longe de alcançar a sua ressocialização e quando voltar ao convívio social tem grande possibilidade de cometer outro tipo de delito, comprovando assim, uma realidade do muito aquém do desejável e cada vez mais longe de resolver o problema da criminalidade. A grande verdade é que tentam de diversas formas substituir o Estado penal pelo Estado social, sabemos que o direito penal foi feito em regra para um grupo determinado de pessoas, os pobres.

Princípios como o encontrado no artigo 5º, inciso XLV da nossa constituição federal que diz:

Art. 5, XLV: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (BRASIL, 1988).

O texto de lei é claro, mas não respeitado. É uma hipocrisia tamanha em dizer que a pena se restringe apenas a pessoa do condenado, claramente seus familiares ficam sujeitos ao reflexo da pena que muitas vezes é até mais severa do que a do próprio execrado. Se pensarmos em uma família cuja única fonte de renda era a do que agora está preso, o que ela irá fazer? Filhos dependentes daquela quantia passam a se tornar miseráveis, a pedir dinheiro

na rua e está aí um ótimo convite para criminalidade, se tornando assim um ciclo vicioso difícil de se mudar a não ser alterando o nosso pensamento tendo um ponto de vista mais humano e racional, para só assim resolvermos de fato essa situação em que viemos.

2.3- CRÍTICAS AO ABOLICIONISMO PENAL

Mesmo diante de todo o exposto, a ideia de extinguir por completo o direito penal é tanto quanto radical. Tirando do estado o direito de punir quem inflige a lei, quem o teria? E qual o sistema a ser adotado depois de abolir o atual? São perguntas como essas que não são totalmente esclarecidas por parte dos que defendem essa teoria.

Embora o discurso do abolicionismo seja muito virtuoso, nos deparamos com situações em que o direito penal é indispensável para o bem da própria sociedade, como deixar, por exemplo, para esta a responsabilidade pela resolução de um estupro, homicídio doloso ou outros crimes vistos como graves. Por isso não podemos abrir mão completamente do nosso direito penal.

Marchi Júnior, expondo brilhantemente sobre a impossibilidade da atribuição dessa teoria diz:

O abolicionismo surgiu a partir da percepção de que o sistema penal, que havia significado um enorme avanço da humanidade contra a ignomínia das torturas e contra a pena de morte, cujo rituais macabros encontram-se retratados na insuperável obra de Michael Foucault, perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social. (MARCHI JÚNIOR, 2005).

Todavia, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de

alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção da abolição da pena.

De fato, a opção pela construção de sociedades melhores, mais justas e mais racionais, impõem a reafirmação da necessidade imediata de redução do sistema penal enquanto não se alcança a abolição, de forma a manter as garantias conquistadas em favor do cidadão e, ao mesmo tempo, abrir espaço para a progressiva aplicação de mecanismo não penais de controle, além de privilegiar medidas preventivas de atuação sobre causas e as origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas.

3. MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

Também chamado de direito penal máximo o movimento de lei e ordem vem tomando força principalmente por ser demasiadamente incentivado pela mídia. Programas de televisão que tem como pauta principal o crime, exploram o tema de forma totalmente sensacionalista a amedrontar seus telespectadores, e servem um “mar de sangue” pra quem quiser ver, criando assim um sentimento de revolta e ódio na sociedade em geral.

Como brilhantemente destacou Leonardo Sica:

O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana. (2002, p. 77).

Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, como a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, sequestros-relâmpagos, chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em cadeia nacional, somados ao aumento da pobreza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares.

Ao contrário do pensamento dos abolicionistas, o direito penal máximo prega o recrudescimento ou aumento da gravidade das penas e a criação de leis que possam a punir qualquer conduta que prejudica a ordem social com maior severidade possível.

Ocorre também que dentro dessas perspectivas mais rigorosas, entre a sociedade e o criminoso, ela passa a desconhecer e afastar uma série de direitos, inclusive garantias constitucionais, direitos fundamentais da pessoa humana acabam sendo desprezados em troca de uma punição rápida e pesada.

No movimento de lei e ordem ocorre uma certa glorificação do estado pois nessa teoria o direito penal não passa a ser a última razão ou a última

alternativa a ser aplicada em razão dos desvios de conduta, sendo assim ele o primeiro plano ou a primeira r tio.

3.1 FIXING BROKEN WINDOWS/THREE STRIKES AND OUT

O direito penal máximo está em consonância com algumas teorias, as principais são fixing broken windows e three strikes and out.

Analisaremos a valiosa li o de Daniel Rubim:

Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, publicaram na revista Atlantic Monthly um estudo em que, pela primeira vez, se estabelecia uma rela o de causalidade entre desordem e criminalidade. Naquele estudo, cujo título era The Police and Neighbourhood Safety (a polícia e a segurança da comunidade), os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida.

Kelling e Wilson sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manuten o da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio. E tampouco pela rua que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou até ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O Passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas e bem deixando o birro a mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens, mais tarde ao crime. (2003).

Em razão da imagem das janelas quebradas, o estudo ficou conhecido como broken windows, e veio a lançar os fundamentos da moderna política criminal americana que, em meados da década de noventa, foi implantada com tremendo sucesso em Nova Iorque, sob o nome de tolerância zero.”

Há muitas críticas a respeito dessa teoria, uma das mais relevantes foi feita por Jock Young, que disse:

Como manobra que objetiva limpar as ruas de destroços humanos; como parte do processo de exclusão concomitante à emergência de uma sociedade com grande população marginalizada e empobrecida, a qual deve ser dominada e contida - um processo atuarial que se preocupa mais com saneamento do que com justiça. Pois os felizes compradores nos shoppings não podem ser perturbados pelo grotesco dos despossuídos, que bebem em pleno dia. (2002, pp.199-200).

Já, sobre a teoria chamada Three Strikes and you are out, esta vem sendo adotada em mais de 20 estados norte-americanos, passando a ser popular a partir da década de 90 do século passado.

Em suma, a teoria adota o seguinte pensamento: todos os que são reincidentes e passarem pela terceira vez pelo poder judiciário, por terem cometido determinados crimes, serão punidos com muito mais rigidez, com penas entre 25 anos de regime fechado e prisão perpétua, dependendo da gravidade do crime.

3.2 DA PENA DE MORTE

Políticos extremamente mal intencionados usam como pauta principal de suas campanhas a implementação da pena de morte no Brasil para outros crimes que não os já estabelecidos na constituição federal, sendo essa hipótese absolutamente impossível de acontecer.

Primeiramente é de extrema importância salientar a total ilegitimidade da implantação da pena de morte no nosso país, pois os direitos constitucionais já conquistados não podem de forma alguma retroagir, pois quando se trata de matéria de direitos humanos, não se admite tal regressão, sendo assim impossível a aceitação da pena de morte em nosso sistema atual.

A Convenção Americana sobre direitos humanos, que trata da proibição da pena de morte traz:

Art. 4º: Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece o direito à vida e restringe a aplicação da pena de morte;

Que toda pessoa tem o direito inalienável de que se respeite sua vida, não podendo este direito ser suspenso por motivo algum;

Que a tendência dos Estados americanos é favorável à abolição da pena de morte;

Que a aplicação da pena de morte produz consequências irreparáveis que impedem sanar o erro judicial e eliminam qualquer possibilidade de emenda e de reabilitação do processado;

Que a abolição da pena de morte contribui para assegurar proteção mais efetiva do direito à vida;

Que é necessário chegar a acordo internacional que represente um desenvolvimento progressivo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos;

Que Estado-partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos expressaram seu propósito de se comprometer mediante acordo internacional a fim de consolidar a prática da não aplicação da pena de morte no continente americano.

Vale a pena frisar a consideração que diz que a aplicação da pena de morte torna impossível a reparação de qualquer erro judicial tornando assim uma sentença irreparável por sua própria natureza.

Mesmo sendo impossível haver pena de morte no Brasil é importante fazer algumas considerações sobre o tema. Muitos defendem como solução da criminalidade a simples eliminação do agente que cometeu o crime, sem notar que as mesmas medidas adotadas aos “outros” poderão atingir a sua família e a si próprio, sendo assim pouco conveniente.

É evidente que o caminho não é esse. A adoção da pena de morte em nosso país traria mais problemas do que a tão sonhada solução.

3.3 DA PENA DE CARÁTER PERPÉTUO

Um dos direitos principais que a sociedade possui é a liberdade, porém

sabemos que algumas atitudes delituosas cometidas por um indivíduo podem colocar a sua liberdade em jogo, com a respectiva pena de prisão.

Não podemos de forma alguma esquecer a função social dessa pena, que é fazer o cidadão refletir sobre o suposto erro cometido para que não o cometa mais, e depois de um determinado tempo inserir-se novamente a sociedade já ressocializado.

José Antonio Boschi, disserta sobre o tema de forma brilhante, afirmando:

“A proibição de imposição de penas de caráter perpetuo, até o fim dos dias, guarda correspondência com a ideia de que a pena, além da função retributiva, deve ser instrumento de reconstrução moral do indivíduo, de modo a despertar o desejo de reinserção na sociedade livre.(2004, p.152).

A pena não pode perder sua função principal, que é ressocializar o indivíduo dando-lhe esperança de retomar um vida digna novamente com a sua família e conviventes. A pena perpetua fere essa ideia e com isso o princípio da dignidade da pessoa humana, não somente as perpetuas, mas as penas de longa duração também ferem diretamente esse princípio. Por isso temos em nosso sistema o limite taxado em lei que é de 30 anos no máximo.

De grande importância, a opinião sobre o assunto de Luigi Ferrajoli:

Qual poderia ser, numa perspectiva de minimização da pena, a duração máxima da pena de prisão? Nenhuma pena privativa de liberdade, escreveu Vittorio Foa, em 1949, poucos anos depois da sua longa permanência nas prisões fascistas, deveria superar os três ou, no máximo cinco anos; e, pouco antes, na Assembleia Constituinte, Umberto Tarracine, que também tinha passado na prisão os vinte anos de facismo, tinha proposto que duração da reclusão não superasse o limite de quinze anos.

Penso que a duração máxima da pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito cometido, poderia muito bem reduzir-se, a curto prazo, a dez anos e, a médio prazo, a um tempo ainda menor; e que uma norma constitucional deveria sancionar um limite máximo, digamos, de dez anos.

Uma redução deste gênero suporia uma atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena, dado que a ideia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo ou talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão.” (2006, p 332)

Esse é o pensamento daqueles que querem respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, excluindo de certa forma as penas perpetuas e também as de longo tempo. Porém os nossos legisladores possuem uma grande influência do direito penal máximo, influenciando assim as penas encontradas no nosso sistema.

3.4 DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Outra discussão absurda é sobre a chamada diminuição da maioridade penal, discutem sobre a possibilidade de diminuir a idade da maioridade penal, de dezoito para dezesseis anos. Veremos alguns motivos que nos comprovarão que essa medida seria um enorme equívoco e não mudaria em nada o cenário da criminalidade de nosso país.

A sociedade em geral está vestida de um discurso de ódio e acaba deixando de analisar o problema de forma racional como deve ser feito, muitos falam que menores infratores devem ser punidos como adultos, porém devemos esclarecer que essas crianças são sim punidos porém com uma atenção a mais por conta a delicadeza que a ocasião necessita. Devemos pensar somente na ressocialização desses menores e não somente em puni-los de forma vazia, acrescentando assim nenhum benefício a sociedade.

O ECA (estatuto da criança e do adolescente) tem como objetivo principal ajudar e dar oportunidades claras desses jovens recomeçarem. Fica a pergunta, o que de mal tem nisso? O porque tiraríamos essa oportunidade desses jovens?

Já vimos no capítulo anterior, como anda o nosso sistema carcerário atual, com o índice de ressocialização baixíssimo, sendo assim não há motivos para encaminharmos nossos menores infratores para dentro de prisões comuns.

Precisamos trabalhar na inserção desse jovem para um convívio posterior na sociedade, não podemos encara-los como nossos inimigos, dificultando assim o processo de sua ressocialização.

Outro ponto a ser discutido, é que, é certo dizer que com aprovação da respectiva diminuição da maioria, não tiraria esses adolescentes do mundo do crime, o que de fato mudaria esse cenário seria o investimento maciço por parte do estado em projetos sociais e educacionais, dando a eles oportunidades reais para escolher outro caminho não sendo só o do crime. Com o Estado sendo omissos nesses quesitos, querem de certa forma compensar essa falha, punindo-os, para dar a sociedade um aspecto maquiado de justiça.

Depois de todos esses argumentos trazidos, vale destacar que essa redução afronta diretamente a nossa vigente constituição federal, que reconhece a prioridade e proteção especial a criança e adolescente. Sendo assim inconstitucional a tomada dessa medida, sem contar também que contraria a Convenção da Criança e do Adolescente das Organizações das Nações Unidas (ONU) e a declaração internacional dos direitos da criança, compromissos assinados pelo Brasil. Portanto essa medida seria como a pena de morte igualmente impossível.

O que devemos fazer de fato, é valorizar nossos jovens e encara-los com olhos de esperança e não de puro ódio, só assim teremos resultados positivos de fato.

3.5 CRITICA AO MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

Juntamente com a revolução industrial e a evolução da tecnologia, mudou drasticamente o mundo em que vivemos. O avanço do capitalismo, trazendo uma avalanche de produtos que são lançados à sociedade como itens

indispensáveis para a “felicidade” traz consigo uma fonte de desigualdade social e como consequência disso o aumento da criminalidade.

É notório que as oportunidades não são as mesmas para o rico comparando com as de um pobre, gerando assim uma revolta aos menos favorecidos.

A ausência do Estado em prestar serviços necessários como educação, saúde, lazer e vários outros é com certeza o culpado pelo aumento da criminalidade.

Já sabemos que a teoria do direito penal máximo é punir de forma mais severa possível, para compensar de certa forma o erro cometido por parte do estado citado no parágrafo anterior. Punir por punir não é o caminho, deveríamos deslocar os recursos gastos com essa repressão absurda e canalizá-los diretamente para esses serviços fundamentais a sociedade, matando assim o nascedouro da criminalidade. Só assim, traremos benefícios efetivos a ela.

4. O DIREITO PENAL MÍNIMO

Denominado pelo procurador de justiça e escritor Rogério Grecco, de direito penal do equilíbrio, pois está entre a ideia radical do abolicionismo penal e severidade excessiva do direito penal máximo. O direito penal mínimo tem como objetivo principal a diminuição efetiva da criminalidade, dosando de forma mais eficiente a aplicação do direito penal no nosso dia a dia. Devemos utilizar o direito penal somente quando não se cabe de maneira nenhuma outro ramo do direito, sendo assim ele a última ração, ou seja o último instrumento a ser usado pelo estado. Dessa forma combateremos de forma direta a morosidade processual, desafogando as diversas varas criminais com processos de pouca relevância em todo em todo país.

Vale salientar também o dano que o direito penal causa a quem ele atinge, devemos refletir de maneira racional se a punição aplicada irá causar benefícios efetivos a sociedade ou o contrário. Jogar um indivíduo que, por exemplo, cometeu um pequeno delito atrás das grades não é a opção mais adequada, pois em nosso sistema carcerário não há uma política efetiva de ressocialização, pelo contrário, o indivíduo sai de lá um bandido “graduado”.

Mas, diferente do abolicionismo o direito penal mínimo não prega a extinção total do direito penal e sim usá-lo de forma racional visando um maior benefício a sociedade, tendo em vista não somente a punição que em muitos casos é sim necessário, mas também respeitando princípios como o da dignidade humana que se ignorados acarretarão prejuízos irreversíveis.

Vale destacar, que devemos usar a constituição federal como parâmetro para sabermos qual é o momento ideal que o direito penal deve interferir em nossas relações.

É esclarecedor o apontamento de Lopes sobre o tema:

Em definitivo, o bem jurídico deve conceber-se no arbitro de uma relação social dialética, como instrumento que garante o desenvolvimento da pessoa ao permitir-lhe uma participação dentro do âmbito em que juridicamente a constituição representa o marco geral de referência que define os direitos e uma organização político social concreta. Isto, de acordo com as correntes doutrinárias existentes, pode significar que é a constituição que determina bens que bens jurídicos sejam efetivamente protegidos pelo direito penal, ou menos estritamente, que ela sirva de parâmetro para reconhecer esses referidos bens do sistema social. (2000, p.139).

4.1 DOS PRINCÍPIOS

Vale destacar alguns princípios que serão utilizados pelo legislador tanto para revogação quanto para criação de novos tipos penais.

Entre os princípios indispensáveis para elencar essa ideia estão:

- a) lesividade;
- b) dignidade da pessoa humana;
- c) intervenção mínima;
- d) adequação social;
- e) insignificância;
- f) individualização da pena;
- g) proporcionalidade;
- h) responsabilidade pessoal;
- i) legalidade.

No direito penal só será punível uma conduta que acaba de certa forma prejudicando terceiro não sendo sujeito a punição a alto lesão, vale lembrar que esse prejuízo causado tem que ser relevante para o direito penal intervir. Nessa mesma linha de raciocínio temos a questão da preparação ou cogitação do crime, que também não é punível respeitando assim o primeiro princípio que é o da lesividade.

Sem dúvida nenhuma o princípio central que norteia essa teoria é o da dignidade da pessoa humana, devendo, toda pena respeitar os direitos essenciais do ser humano, mantendo assim a sua dignidade mesmo cumprindo sua respectiva pena.

YACOBUCCI esclarece em poucas palavras esse princípio:

(...) a dignidade da pessoa humana, dentro da vida social e política, reclama o exercício ordenado da liberdade através da convocação primária dos valores e fins comuns, preservando em todo momento aquele espaço de 'interioridade' e realização própria que é reclamado pela singularidade de cada homem, com uma vida e um fim por realizar existencialmente. Assim, da existência mesma da pessoa surge determinados deveres e direitos que recebem a denominação de 'humanos', por sua quase imediata vinculação com as necessidades fundamentais para o desenvolvimento dos homens. Trata-se, obviamente, de direitos que não são criados nem construídos propriamente pelas instâncias do poder político, senão, bem antes, que devem ser reconhecidos por este como primeiro nível de legitimação na tomada de decisões. (2000, p.139)

Temos também o princípio da intervenção mínima, ou seja a interferência mínima do estado nas relações dos cidadãos em geral. Em suma, se tal conduta praticada não for tão reprovável ao ponto de vista moral e puder ser tutelado por outro ramo do direito não sendo o direito penal assim deve ser feito.

Já o princípio da adequação social orientará o legislador para revogação e se necessário também da criação de novos tipos penais, adaptando a legislação a nossa realidade.

Vale destacar também o princípios da insignificância, que consiste em observar se há relevância ou não o bem jurídico violado, só depois dessa análise se chegará em um denominador comum se é ou não viável a punição desse sujeito.

Não menos importante é o princípio da individualização da pena. Essa ideia consiste em ajustar a pena para respectiva conduta praticada, ou seja, dependendo da conduta irá se determinar a severidade da pena imposta.

Neste sentido:

Para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei". (BECCARIA, 1764, p.139).

Em suma, esse princípio diz que a pena será ajustada usando de termômetro o "mal" que o acusado causou quanto maior, mais severa é a pena, devendo ser proporcional a conduta praticada.

Vale salientar também o princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como o da transcendência da pena, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, ou seja só sofrerá os "castigos" impostos a pessoa do condenado.

Finalmente, o princípios da legalidade que nesse tema é o pilar dos outros, que diz que deve o interprete da lei verificar não só a legalidade formal mais também a material da lei. Devemos nos atentar se a respectiva lei respeita todos os princípios que estão presentes na nossa constituição federal, para evitar de certa forma a imposição de um modelo indigno a população como por exemplo o forma de pensamento dos que defendem o movimento de lei e ordem.

Para somar com esse pensamento:

Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também [...] um imperativo de justiça social. Sim, pois porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF art. 1º), que declara, como seus fundamentos, a 'dignidade da pessoa humana', a 'cidadania', 'os valores sociais do trabalho', e proclama, como seu objetivos fundamentais, 'constituir uma sociedade livre, justa solidara', que promete 'erradicar e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais', 'promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (art 3º), e assume, assim declaradamente, missão superior em que lhe agigantam as responsabilidades, não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que o sistema penal, máxime quando é o Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão em grande parte corresponsável pelas gravíssimas disfunções sociais que sob seu cetro vicejam e pelos dramáticos conflitos que daí derivam. (QUEIROZ, 2002, pp.31-32)

5. CONCLUSÃO

Detectamos ao longo do trabalho, uma postura completamente omissa por parte do Estado, omissão no sentido de não prestar os seus serviços sociais devidos e posteriormente querendo compensar essa falha, retalhando esse erro de forma nada adequada, utilizando o direito penal com instrumento principal.

Conhecemos o discurso radical do abolicionismo, sabemos que a total extinção do nosso direito penal não nos trará a tão sonhada paz, não podemos utilizar o direito penal para todos os casos, más por outro lado devemos sim reconhecer o seu valor para um controle social necessário.

Também nos foi apresentado o discurso do direito penal máximo e toda a sua carga de revolta e ódio. Esse pensamento é o que tem mais adeptos em nossa sociedade atual, pois foi alimentado pela mídia, mostrando a sociedade em geral um cenário de horror dando a ela um sentimento de insegurança exorbitante não real.

Sabemos sim que passamos por um momento delicado quando se trata do tema violência, porém, a decisão a ser tomada deve partir de preceitos racionais e a ideia que mais chega perto disso é a do chamado direito penal mínimo, que mais atende os anseios de nossa sociedade. Essa teoria não prega uma extinção total do nosso sistema como o do abolicionismo e nem a ideia de que a solução está na maior severidade das penas, digamos que o direito penal mínimo fosse a teoria mais equilibrada e adequada a ser adotada.

Em suma essa ideia consiste em excluir alguns tipos penais pouco relevantes que podem ser resolvidos com outros ramos do direito como exemplo o administrativo, civil, tributário entre outros, deixando assim o direito penal como a última razão ou última razão como deve ser.

Para mudarmos de fato esse cenário, em vez de cobrar penas cada vez mais

severas, devemos canalizar nossas críticas a falta de serviços fundamentais que não são prestados por parte do estado, e que essa omissão sim é o nascedouro de bandidos e violentadores da sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 13ª Edição. Editora Ediouro: Rio de Janeiro, 1999.

BORGES, Tasilla Aguiar Carvalho. A função social da pena e a ressocialização da Penitenciária Lemos Brito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8275>. Acesso em agosto de 2016.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECCO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 9ª Edição. Editora Impetus: Niterói-RJ, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do direito penal**. 2ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2002.

_____. **Direito penal: Parte geral**. 2ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2005.

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

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.