

TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: ENFOQUE MINIMALISTA CONSUBSTANCIADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Franciele Cit¹

Resumo: O presente artigo visa a demonstrar as tendências da política criminal no Estado Democrático de Direito Brasileiro, sobretudo o modelo proposto pelo minimalismo e sob o enfoque constitucional. Como consequência da não análise dos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade e outros fundamentais neste Estado e propostos pelo aspecto mínimo da tutela penal, há a seletividade do sistema penal brasileiro para os desfavorecidos financeiramente e socialmente, gerando ainda mais violência. Para ter uma visão mais justa, há que se abster do tecnicismo voltando para uma visão mais humanística do problema.

Palavras-chave: Minimalismo penal. Punitivismo. Abolicionismo. Princípios constitucionais para o direito penal. Influência midiática.

1 Aluna do Módulo III da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP e em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pós-Graduanda em Prática Jurídica pela FURB. Advogada.
E-mail: francielecit@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema minimalismo penal é de extrema relevância para ser estudado, pois, trata-se de um grande movimento de política criminal na atualidade e serve de apoio ao direito penal, com vistas à aplicação de princípios voltados em benefício do indivíduo, bem como a atender o fundamento da dignidade da pessoa humana. Todavia, por não ser cadeira obrigatória na graduação das faculdades de direito e por serem tímidas as mudanças legislativas elaboradas a partir deste conhecimento, há, por imposição dos meios de comunicação em massa, uma acomodação ideológica, tanto dos operadores do direito (dos que não se abriram para esta nova perspectiva), quanto da sociedade como um todo.

Para o senso comum há crença de que o direito penal possa resolver os problemas da criminalidade hipervalorizando a dogmática e se distanciando da realidade social. O que pretende ser abordado neste breve estudo é que o aumento de penas por si só não traz o resultado que se espera – redução da criminalidade –, pelo contrário, acaba por gerar mais violência; e, além não oferecer a solução almejada, há o aumento do sentimento de impunidade e de que o Poder Judiciário não funciona como deveria.

A preocupação com esta situação fática, aliada ao objetivo de reunir informações que possam melhor esclarecer os problemas a respeito do assunto foram determinantes para dar o impulso de analisar o presente tema, especialmente, sob o enfoque dos princípios constitucionais explícitos e implícitos (proporcionalidade e razoabilidade), bem como o da dignidade da pessoa humana, que é basilar e fundamento do Estado Democrático de Direito e dirigente para todo o ordenamento jurídico.

Justifica-se, portanto, o presente estudo em abordar uma reflexão desta perspectiva. Convém referir que o direito tem a prerrogativa de evoluir com a sociedade e a transformação

começa com os aplicadores do direito, que em tudo o que forem produzir tenham um caminho: adotar como base a garantia dos direitos fundamentais e outros preceitos de ordem constitucional, que no direito penal conduz para os aspectos materiais mínimos e proporcionais da tutela penal na esfera do indivíduo, bem como não fiquem atrelados ao que a mídia propõe, tampouco ao dogmatismo ultrapassado restrito imposto ao direito penal. Por isso, o desenvolvimento do tema será abordado em quatro seções; a primeira se refere à política criminal como ciência, a segunda trata da aplicação constitucional da política criminal minimalista, a terceira compara outros movimentos de política criminal e os problemas que estes trazem, e, por fim, a quarta seção traz uma crítica e soluções propostas para aplicação efetiva do modelo minimalista com base no atual Estado de Direito.

2 POLÍTICA CRIMINAL: BREVE HISTÓRICO, FINALIDADE, CONCEITO E MINIMALISMO PENAL

Política criminal é expressão de origem italiana que surgiu com o objetivo de crítica ao sistema punitivo, remontando aos escritos de Cesare Beccaria (1764). Na época, foi uma ousadia escrever “Dos delitos e das penas”, que retratava a necessidade de uma reforma no sistema criminal vigente naquele período histórico.

É por meio dela que se traça a finalidade do direito penal e deve estar atrelada a este e a criminologia. Ele critica o exercício do poder punitivo e ressalta que o método de punição a ser escolhido deve ser aquele que melhor sirva ao interesse público maior, o bem estar social, visto que para ele o propósito da punição é a criação de uma sociedade cada vez melhor e não, tão somente, a vingança. Além disso, a punição, ensina ele, deve ter dois objetivos: impedir que os indivíduos cometam crimes e impedir a reincidência criminal. Por fim, conclui que “a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor

das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”, pois, assim, não haverá um “ato de violência contra o cidadão” (BECCARIA, 2003, p. 19/137)

Percebe-se que Beccaria rompeu inúmeros paradigmas da época, e, de forma corajosa, perspicaz e sábia, expôs o que ainda hoje há necessidade de colocar em prática, dando impulso para que os pensamentos político-criminais se amoldem ao proposto pelo Estado de Direito então vigente.

Todavia, cumpre relatar que a solidez do estudo veio a se sistematizar com von Liszt (1899), entendendo a política criminal como ciência que dá fundamento jurídico e guia o poder punitivo do Estado. Heleno Cláudio Fragoso conceituou-a como o conjunto de princípios que orientam as ações da justiça criminal, no momento da elaboração e da aplicação das leis e apresenta como finalidade a investigação dos elementos “mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a criminologia, inclusive através da análise e crítica do sistema punitivo vigente”. (FRAGOSO, 2004, p. 23)

Contudo, com o passar do tempo, a percepção é de que não havia intercâmbio algum entre a criminologia, política criminal e direito penal, haja vista o tecnicismo jurídico e o neokantismo. Nilo Batista expõe que Nelson Hungria, em 1942, dizia que o método do direito penal é o técnico jurídico ou lógico abstrato e não pode dialogar com o produto “infecundo” da criminologia, ou com “desvaneios filosóficos”. (BATISTA, 2004, p. 15)

Percebe-se que a finalidade maior, neste momento histórico e em razão da dogmática jurídica, é a busca pela segurança jurídica e pelo tecnicismo por meio da aplicação estrita do que o legislador propôs, sem haver profunda comunicação entre os ramos não só do direito, mas também destes com a filosofia, sociologia, psicologia.

Nesse contexto, Nilo Batista (2004, p. 19) expõe a passagem para o novo paradigma, pois, antes de chegar aos funciona-

lismos sistêmicos, não havia qualquer tipo de interdisciplinabilidade, somente o “isolamento técnico-jurídico”, que “impedia a realidade de penetrar na cidadela do dever-ser, só lográvamos nos ouvir mutuamente, uns fundamentado-se nos outros [...] numa enfadonha mesmice”, e, o retorno a von Liszt, nos anos 70, implicava tanto o retorno do preventismo, quanto a implantação da racionalidade sem fins, ensejando o início de um novo discurso de diálogo entre o direito penal, política criminal e criminologia. Isso ficou fortalecido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

Política criminal, então, é ciência e não tem somente um sentido, pois é um vetor voltado à efetivação da tutela dos bens jurídicos selecionados para o direito penal, bem como o viés crítico, que aprimora tal tutela e tenta embutir os princípios que determinado Estado impõe, além de orientar os legisladores para elaboração das leis penais. Dessa feita, por meio da crítica ao direito penal posto, aspira a promover a adequação às políticas recomendadas, no caso do Brasil, pela Constituição de 1988. Portanto, num primeiro momento, o objetivo da política criminal é dar resposta para os problemas criminais, logicamente, inserida no contexto social. É a ciência do ser que percorre criar estratégias para diminuição da violência.

Como crítica ao sistema punitivista, com vistas ao efeito preventivo da ameaça penal e de ressocialização (crise do ideal ressocializador), que não produziam os resultados esperados, uma vez que o indivíduo que foi privado de sua liberdade fica rotulado e volta a delinquir, foram se acentuando, nos anos oitenta, com os movimentos progressistas, feministas, ambientais e alternativos, as discussões sobre a mudança de direção do direito penal, que feição a dogmática da política criminal deveria assumir, dando lugar para o paradigma das garantias formais e principalmente materiais do indivíduo com fundamento no Estado Democrático de Direito. (FRANCO, Prefácio ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 13)

Também tem como foco dar respostas ao desequilíbrio notório entre as necessidades de proteção real do homem e o sistema penal sobrecarregado e ineficaz, em que a percepção de que o direito penal não atende aos anseios da sociedade, tampouco ressocializa o encarcerado. Para enfrentar o quadro surgido, a partir da década de 60 do século passado, um movimento doutrinário conclamou o espírito da reforma, que se reflete no âmbito dogmático no princípio da intervenção mínima. Então, a tendência político criminal era de aplicar o direito penal para proteger bens jurídicos importantes, em forma subsidiária e como “*ultima ratio*”. (CERVINI, 1993, p. 163)

O minimalismo penal, uma proposta de política criminal tida como alternativa para Alessandro Baratta (2002, p. 162/155) surgiu, então, como uma crítica ao direito penal desigual por excelência ao atual sistema repressivo que não consegue superar e construir “estratégia de controle dos comportamentos socialmente nocivos ou problemáticos”. Este modelo alternativo não quer dizer rejeição total ao uso da pena, como para o sistema abolicionista, mas sim, afirmar um critério de modelo de sociedade baseado no Estado Democrático de Direito. Ademais, cumpre referir que o minimalismo está às voltas com a limitação da violência punitiva e com a máxima retração do sistema penal, mas também com a construção alternativa dos problemas sociais.

Consoante os pressupostos materiais mínimos da tutela penal e de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o legislador ao escolher condutas a serem criminalizadas deve passar pelos seguintes crivos: averiguar a existência de merecimento da pena, verificando se o bem jurídico possui dignidade penal e se a conduta o ofende consideravelmente; examinar se há necessidade da tutela penal, já que o direito penal traduz-se numa violência e a intervenção penal se restringiria a situações extremamente necessárias; por fim,

apura a existência de adequação e de eficácia da tutela penal, quanto aos fins que se destina. Isso não é sinônimo de impunidade, pelo contrário é o ideal do Estado Democrático de Direito albergados pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (BIANCHINI, 2002, p. 142)

O modelo de direito penal criado a partir do minimalismo tem como fundamento o princípio da intervenção mínima que pode ser estudado sob duas perspectivas reciprocamente complementares: a fragmentariedade e a subsidiariedade do direito penal, ambas decorrentes de valores e princípios constitucionalmente protegidos. Ademais, além desses dois vetores há sinalização para outros princípios basilares desta concepção de política criminal.

A fragmentariedade propõe que somente bens jurídicos² relevantes devam ser tutelados pelo direito penal, o qual parte do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, excluindo do âmbito do direito penal bens de natureza moral, ideológica, religiosa. Assim sendo, a utilização de um recurso tão danoso para o indivíduo que geralmente leva à privação de sua liberdade, somente se justificaria em face da relevância e do grau de importância que possui o bem jurídico.

No tocante ao princípio da subsidiariedade, não obstante ser um bem jurídico relevante a ser protegido pelo direito penal, ele deve também ser sustentado pela necessidade de atuação deste sistema, ou seja, se há resultado prático do conflito resolúvel por outros ramos do direito, não há que se falar em direito penal. Dessa feita, deve-se reconhecer que o direito penal é a última “*ratio*” do sistema, ou seja, se todos os outros fracassam

2 Sobre bens jurídicos de um direito penal mínimo, toma-se como consideração a noção apresentada por Luís Greco, em que assenta-os em três aspectos, o primeiro sobre o conceito político-criminal de bem jurídico, ou seja, “ele tem que estar arrimado na Constituição, mas não se limita a meramente refletir os valores que a Constituição consagra, uma vez que somente valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal (princípio da subsidiariedade)”, na concepção dualista, defesa do indivíduo ou da coletividade. O segundo, refere-se que “a tutela de um bem jurídico não é, porém, condição necessária para a legitimidade de uma incriminação”. O terceiro, ele refere que é preciso ter “cuidado com pseudo-bens jurídicos coletivos” (2004, p. 116/117).

nesta empreitada, aí há necessidade de se ter a interferência da tutela penal. Mas, além de ser utilizado minimamente, há que se considerar o seu uso racionalmente.

Ainda, o caráter subsidiário pode ter duas vertentes que convergem num sistema extrapenal para resolução dos conflitos e outra vertente que direciona ao direito penal, contudo, na forma alternativa, ou seja, para o movimento de despenalização que denota utilizar meios alternativos ou substitutivos ao direito penal ou processo penal “que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução”. (GOMES, 1995, p. 87)

Todavia, cumpre referir que o modelo adotado pela Constituição de 1988 não tende ao minimalismo sem que se coadune aos princípios, sobretudo o da proporcionalidade, da razoabilidade, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Há que se aludir, nesse tópico que, no Brasil, a realidade legislativa³ nem sempre está atenta a isso, há uma valorização do sistema punitivo, ou seja, existem inúmeras leis penais em vigor realçando a aplicabilidade de um direito penal máximo sem proporcionalidade entre as penas e bens jurídicos tutelados, e não mínimo e de caráter subsidiário. Com isso, não quer se dizer que o melhor é não punir com a privação da liberdade, pelo contrário, para determinados bens jurídicos (vida, dignidade sexual, liberdade individual e outros também relevantes) é imprescindível o direito penal, todavia, há que se ter proporcionalidade para avocar também bens jurídicos de menor importância.

Infelizmente o Código Penal, em termos gerais, não se ajustou, ainda, à Constituição de 1988, percebe-se isso pelo caráter patrimonial que alberga, cite-se o exemplo do crime de lesões corporais graves que resulta em debilidade permanente de membro, com pena mínima de 1 (um) ano (art. 129, §1º, III,

3 Alberto Silva Franco e diversos doutrinadores criticam, sobretudo, a Lei de Crimes Hediondos.

CP) em comparação com furto simples, também com a mesma pena mínima (art. 155, *caput*, CP).

Luiz Flávio Gomes traz mais um princípio para o minimalismo, o da ofensividade, o qual refere que não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico. (GOMES, 2002, p. 14) Impende referir que além de analisar se houve perigo concreto de lesão ou lesão propriamente dita a um bem jurídico relevante, há que se verificar se a ação prática gerou uma ofensa relevante, grave, intolerável e transcendental, isso é o princípio da ofensividade, quando aparece inevitável que a paz social não poderá ser alcançada de outra forma. Esse princípio dá base ao princípio da insignificância, crescente nas decisões dos tribunais, inclusive nos superiores⁴.

4 E M E N T A: "PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, "CAPUT") DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "**DE MINIMIS. NON CURAT PRAETOR**". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - **O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal** - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidís-

Assim sendo, os princípios da política criminal minimalista têm a tarefa de embasar pelo Estado Democrático de Direito a função e o limite do direito penal, que tem por fim a redução da violência na sociedade. Então, os princípios minimalistas norteiam o deslocamento do controle repressivo para o preventivo, assim, dar ênfase à realização dos direitos humanos por outros ramos que não o direito penal, ou aplicá-lo em último lugar, haveria a observância aos princípios desse Estado Democrático de Direito.

3 BASE CONSTITUCIONAL E PRINCIPIOLÓGICA PARA O MINIMALISMO: ALGUNS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTADO DE DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Impende referir que os limites constitucionais não podem ser ultrapassados por qualquer ramo do direito, sobretudo o penal, pois “a barreira intransponível máxima de toda política criminal é evidentemente o Estado Constitucional de Direito”, assim, qualquer lei, medida ou outra forma de repressão ao crime que não atender aos dispositivos constitucionais, sobretudo os do art. 5º da Constituição, devem ser prontamente rechaçados, haja vista que o Estado Constitucional de Direito instituiu “um sistema de garantias que de modo algum pode ser quebrado”, e conforme Ferrajoli, tanto pelo caráter positivo das

simo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPCIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes”. (HC 98152, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-03 PP-00584 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 594-602 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 416-429) (grifado)

normas produzidas, quanto à sujeição às regras formais e substanciais do Estado. (GOMES; CERVINI, 1995, p. 37)

Nesse ínterim, a teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli está baseada na dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais com sujeição constitucional a que o Estado Democrático de Direito Brasileiro deve aderir, não somente na teoria, mas, sobretudo nas ações de todos os poderes da federação, portanto, os direitos e garantias fundamentais expostos implícita e explicitamente na Constituição são verdadeiros alicerces da existência do Estado que adotamos, e marcos divisórios ao poder legislativo ao elaborar leis e ao Judiciário ao executá-las, sobretudo na análise da vigência e validade das normas em face do ordenamento jurídico e da interpretação conforme. (ROSA, 2005b, p. 6)

Há que se compreender que os princípios penais implícitos e explícitos na Constituição vão nortear a atividade do legislador, do operador do direito penal e, também, vão formar a política criminal do Estado Democrático de Direito. Os princípios não somente possuem uma função programática, aliás, eles têm função normativa, ou seja, há possibilidade de abertura valorativa e isso não significa insegurança jurídica, para tanto os tribunais estão preocupados em uniformizar a jurisprudência. Então, faz-se necessário entender não somente o dogma, mas também modelo axiológico.

Ou seja, o direito penal proposto pela Constituição da República baseado em pactos internacionais é voltado ao respeito absoluto aos direitos humanos, os quais somente deverão ser exaltados a partir do momento em que forem respeitados, todavia, se também disponibilizados a todos os cidadãos e este é o limite para o direito penal, portanto, é o modelo que se encaixa ao minimalismo penal. Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 298) ressalta que “o limite do sistema penal é o limite da própria sociedade e, conseqüentemente, não pode ser atri-

buído unicamente a limitações dogmáticas, por outro lado é fundamental pontuar tais limitações” que no Estado Democrático de Direito Brasileiro são os princípios e garantias dispostos pela Constituição, para ela, ainda, “a dogmática penal assumiu a onipotente função de racionalizar o sistema. E, fazendo-o, estaremos desvelando sua ‘ilusão’ de poder neste sentido”.

Cumprir referir que a atuação do STF e do STJ, em alguns casos⁵, pode ser vista como verdadeira interpretação constitucional do direito penal, afastando-se do modelo dogmático puro e ingressando em valorações que possibilitam a justiça no caso concreto. Seria um modelo axiológico com suporte nos princípios constitucionais penais, os quais guiam a política criminal do Estado, numa visão funcionalista racional-teleológica do sistema penal.

Nessa perspectiva, a nova interpretação do sistema penal, com o uso cada vez mais constante de princípios constitucionais explícitos e implícitos, seria uma mitigação do modelo ontológico finalista, consagrado na parte geral do Código Penal de 1984, com a introdução de avanços do funcionalismo teleológico funcional no que atine à proposta de princípios políticos criminais como

5 Para o delito de receptação simples e qualificada, com relação ao dolo direito e eventual, o STF e o STJ aplicam (alguns precedentes) os princípios constitucionais para melhor “legislar” no caso concreto, ficando evidente algumas interpretações que fazem para melhor moldar aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Na Ementa do HC n. 92.525 do STF houve a seguinte referência: “TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO “IN ABSTRACTO” DA PENA. (...) UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”. Para a receptação qualificada, a pena imposta foi a do *caput*, pois muito embora quando há a hipótese de receptação qualificada (CP, art. 180, § 1º), fixa-se a reprimenda nos limites do *caput* do art. 180 do Código Penal, fundamentado na desproporcionalidade da pena abstratamente cominada ao delito do art. 180, § 1º, do CP (receptação qualificada) em relação àquela prevista à hipótese do *caput* do mesmo artigo: no delito do *caput*, o dolo assume forma mais intensa (“*sabe ser produto de crime*”, ao invés do tênue “*devia saber*” do § 1º), no entanto a pena ali cominada é consideravelmente mais branda do que a do § 1º. Exemplo: HC 92.525 (STF) e HC 101.531/MG (STJ).

guias do sistema penal, bem como do modelo de política criminal consubstanciado na tutela mínima do direito penal.

Há princípios constitucionais que são basilares e fundamentos do Estado Democrático de Direito e devem ser analisados em todos os âmbitos do direito penal. (PRADO, 2006, p. 128-150) A dignidade da pessoa humana é o alicerce de onde emana os demais princípios penais, seja autonomamente ou para influenciar outros princípios. Dela emana o princípio da isonomia, da culpabilidade, da humanidade das penas, da legalidade, da irretroatividade da lei penal maléfica e retroatividade da benéfica, da proporcionalidade, da razoabilidade, da individualização das penas.

Com base nisso, o direito penal, a política criminal e a criminologia devem ser compreendidos em conjunto, para se ter a intervenção penal mais constitucional. Então, limitar o direito de punir do estado albergado pelo princípio da resposta penal não contingente, refere-se que a lei penal não pode ser elaborada num contexto simbólico casuístico de emergência, tem que ter participação da sociedade, envolvimento social e proporcionalidade na elaboração das leis.

A aplicação dos princípios constitucionais na esfera jurídico-penal impõe a busca de um equilíbrio possível e necessário entre as políticas criminais extremas do abolicionismo e de um direito penal cunhado pela intolerância, pelo desrespeito a esses princípios e garantias expostas e pelo excesso. Importante atentar que alternativas são necessárias para tentar minimizar as marcas do direito penal⁶.

6 Sobre justiça restaurativa importante referir que as partes envolvidas, a vítima e o autor do delito entram em consenso sobre a melhor forma de restaurar o *status quo* que o delito causou, ao invés de punir o agressor com o direito penal.

4 OUTROS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL RELEVANTES: PUNITIVISMO, ABOLICIONISMO, DIREITO PENAL DO INIMIGO, EXCLUSÃO SOCIAL E SELETIVIDADE DO SISTEMA

Trata-se do punitivismo e do abolicionismo. O punitivismo, que nos últimos anos ganhou força com o Movimento de Lei e Ordem, vai ao encontro da ideia de que o direito penal é o instituto capaz de responder aos anseios da sociedade para a contenção da criminalidade, em que há maior intervenção penal, legal, judicial e policial, expandindo o direito penal em escala mundial. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 24)

No Brasil, não obstante a reforma do Código Penal em 1984 e o advento da Carta Constitucional de 1988, houve o recrudescimento e um retrocesso em termos penais, pois inúmeras leis mais repressivas e vedando garantias ao indivíduo foram postas à aplicação. Impende frisar que nem todas as leis vêm com esta característica, todavia, a maior parte delas e as mais defendidas são as punitivistas.

Gera um pouco de desconforto a mudança mais repressiva para determinados bens jurídicos não tão relevantes em comparação com a mudança legislativa para outros bens jurídicos de extrema relevância. Cite-se o exemplo da Lei n. 12.015/09 que unificou o estupro e o atentado violento ao pudor, permitindo que duas condutas, dentro do mesmo contexto fático, gerem somente um crime, consoante entendimento da 6ª Turma do STJ⁷. Por entender, acertadamente,

7 "HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.
2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.
3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis não de alcançar os delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/09.

que não poderia para este bem jurídico de suma importância abrandar a pena do acusado, a 5ª Turma do STJ⁸, recentemente, ao tratar do mesmo assunto deu entendimento diverso ao da 6ª Turma.

Neste ínterim, cumpre referir que há dois tipos de movimentos penais de expansão, o que surge com a concepção de proteção a novos bens jurídicos não está albergada pelo punitivismo de Lei e Ordem, como, por exemplo, a proteção ao meio ambiente; por outro lado, a chamada expansão emergencial, que surge com a prevalência da cultura do medo, ou, do direito penal do risco está totalmente ligada ao Movimento.

4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.
5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.
6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções”. (HC 144.870/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 24/05/2010)
8. Decisão exposta no HC 104.724-MS, e noticiada na data de 23/06/10 no sítio do STJ: “Quinta Turma adota nova tese sobre estupro e atentado violento ao pudor (...) Ao interpretar a Lei n. 12.015/2009, que alterou a redação dos artigos do Código Penal que tratam dos crimes contra a liberdade sexual, a Turma adotou a tese de que o novo crime de estupro é um tipo misto cumulativo, ou seja, as condutas de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, embora reunidas em um mesmo artigo de lei, com uma só cominação de pena, serão punidas individualmente se o agente praticar ambas, somando-se as penas. O colegiado entendeu também que, havendo condutas com modo de execução distinto, não se pode reconhecer a continuidade entre os delitos. (...) Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo”. Ainda segundo s ministra Laurita Vaz, “tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o legislador tê-las inserido num só artigo de lei.” A interpretação da Quinta Turma levanta divergência com a Sexta Turma, que já proferiu decisões no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticado contra a mesma vítima, em um mesmo contexto, são crime único segundo a nova legislação, permitindo ainda a continuidade delitiva. O ministro Felix Fischer considera que esse entendimento enfraquece, em muito, a proteção da liberdade sexual porque sua violação é crime hediondo que deixa marca permanente nas vítimas”. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97838. Acesso em 06/07/10.

Para esta visão, a ideia de que leis penais mais duras e isentas ou com poucas garantias ao indivíduo é a que gera a sensação de segurança na sociedade. A legislação que assim é tida, “constitui o capítulo mais triste da atualidade latino-americana e o mais deplorável de toda história da legislação penal da região, em que políticos intimidados pela ameaça de uma publicidade negativa” ensejam o caos incompreensível e irracional que é o direito penal de hoje. (ZAFFARONI, 2007, p. 79)

Sobre os tempos de privatização, Nilo Batista (2004, p. 129) expõe que os doutrinadores abolicionistas estão “absolutamente na contramão do movimento de expansão ilimitada do poder punitivo que caracteriza o empreendimento neoliberal. Nunca houve tantos brasileiros encarcerados, e nunca existiram tantas campanhas” defendidas por toda a sociedade e projetos de leis para o “boom” do encarceramento. Para ele, em análise retrospectiva de toda a evolução do direito penal, não seria diferente, que em pouco tempo, a implementação da injeção letal será a forma de garantir o controle da criminalidade. E, nesse compasso há países iniciando a defesa da castração química para os condenados a alguns crimes contra a dignidade sexual.

Sobre os abolicionismos, faz-se necessário destacar que se cuidam de formas radicais de eliminação total do direito penal, mesmo para os bens considerados relevantes, pois, buscam-se alternativas para resolver o problema da criminalidade em outros ramos, não havendo interferência do campo penal, porque este é falho e não tolhe o problema, só o aumenta, bem como afeta consideravelmente a vida e os direitos humanos do envolvido.

De outra banda, há quem defenda o direito de intervenção como forma de salvar o direito penal clássico, pois a expansão deste vem diminuindo sua importância é um meio termo entre o direito penal e o administrativo, para meio ambiente e ordem econômica, mas com interpretação constitucional através dos princípios, efetivamente já bastaria.

O direito penal do inimigo, na visão proposta por Cornelius Prittwitz (2004, p. 41), “é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos”, essa terminologia foi proposta por Günther Jakobs em 1985 numa palestra em Frankfurt. Neste sentido, Luís Greco (2004, p. 97) expõe que:

Alguns autores não vêem no bem jurídico qualquer conteúdo liberalizante, no sentido que lhe é atribuído por muitos, e sim um mecanismo que mais e mais serve da base para legitimar a expansão do direito penal, nesse sentido Jakobs é o autor mencionado, haja vista defender a ideia de um direito penal do inimigo, oposto ao direito penal cidadão.

O direito penal do inimigo surge em defesa do sistema, para preservar expectativas sociais em face do indivíduo, aquele rotulado como inimigo. Assim sendo, “o direito penal – e a expressão direito penal do inimigo esforça-se pouco para escondê-lo – torna-se cada vez mais difícil e cada vez menos distinguível da guerra civil e da guerra em si”. (PRITTWITZ, 2004, p. 33)

Desta feita, direito penal do inimigo é o próprio direito penal do autor, não há punição pelo fato ou ato praticado, mas sim pelo que o indivíduo é. No Brasil, a realidade policial em confronto nas favelas retrata um verdadeiro direito penal do inimigo, haja vista, as ações irem direto contra os que aparentemente ameaçam a paz social.

Não é compatível com o Estado Democrático de Direito e com os princípios albergados pela constituição e tratados, a antecipação da punibilidade e mitigação de garantias, isso é totalmente incompatível. Um dos problemas também conferidos pela mídia é querer transportar para a realidade brasileira algo que advém de outra cultura. (OLMO, 2004, p. 263)

É cediço que o direito penal não pode resolver os problemas da sociedade com a criminalidade, ademais pode até intensificar os problemas que se submeteu a resolver, muitas vezes de forma incorreta, e, quem paga o preço deste direito penal expansivo e injusto, são os cidadãos que são empurrados a este sistema, os pobres, com pouca formação, ou seja, por aqueles que já são excluídos. (PRITTWITZ, 2004, p. 33)

A exclusão social e a seletividade no sistema penal são recíprocos, ou seja, um traduz e provém do outro. Neste contexto, impende descrever que isso acontece porque os valores da sociedade capitalista-individualista exprimem uma máxima proteção ao bem jurídico patrimônio privado, o que, obviamente, seleciona para incidência do sistema penal os indivíduos sem poder aquisitivo.

Para Vera Regina Pereira de Andrade (2006a) a seletividade provém da estrutura lógica do Judiciário e de todo o sistema que é reprodutor de desigualdades, é “a gestão diferencial da justiça, que expressa e reproduz a desigualdade de classe, a hierarquia de gênero e a discriminação racial, em sua contradição estrutural com a igualdade jurídica (cidadania)”. Então, é o sistema de justiça penal, incidindo seletiva e estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social, preferencialmente a masculina e de cor, (veja-se a clientela da prisão nas sociedades capitalistas, patriarcais e racistas) reproduz, impondo-se como obstáculo central, à construção da respectiva cidadania.

Impende destacar quanto à seleção na legislação brasileira ofusca os olhos quando se analisa o delito de furto e o de sonegação fiscal, se o autor do furto devolve o valor ou coisa (até o recebimento da denúncia), há arrependimento posterior e possibilidade de redução da pena, todavia, se isso ocorre com o sonegador, a sua pena é extinta, não incidindo nem para efeitos de reincidência. Ainda, com relação ao princípio da insignificância, que é causa extintiva de tipicidade, para alguns delitos,

como o descaminho no valor de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o STF⁹ entende ser possível a aplicação de tal princípio, em contraponto ao valor para exclusão da tipicidade no delito de furto que na maioria dos casos é concedida para valores bem inferiores a um salário mínimo.

A interpretação que se faz, a partir dessa comparação, é de que contra o excluído socialmente há a solução penal, todavia, contra o indivíduo “de colarinho branco” que muitas vezes deve milhões, há uma verdadeira expressão de impunidade. Não que ele deva também ser mais um abarrotado no sistema penal, mas a isonomia neste Estado Democrático de Direito deveria prevalecer.

Nesse interim, cumpre referir que este tópico se confunde com os argumentos defendidos pelos abolicionismos, pois, se o direito penal é arbitrário, desigual e quase sempre recai sobre a parte mais débil que são os economicamente desfavorecidos (seletividade), gerando ainda mais exclusão social, a solução que se vislumbra é a eliminação deste problema que é a pena corporal. Então, “através da produção destes estigmas, o crime pode aparecer como produto de uma individualidade especial”, carente de tudo, o criminoso seria sempre doente, pois seu mal é incurável, pois vem da essência, ser desfavorecido neste sistema. (RAUTER, 2003, p. 105) Todavia, como já dito, a extinção da pena corporal não é viável diante do Estado em que vivemos, mas o modelo de política criminal proposto pelo minimalismo, em que o direito penal deve ser aplicado com parcimônia e somente quando todos os outros ramos não conseguem resolver o problema, é mister para o Estado Democrático de Direito.

9 EMENTA: “Habeas corpus. Penal. Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. Ordem concedida. 1. Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado no delito de descaminho quando o valor sonogado for inferior ao montante mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) legalmente previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02, com a redação dada pela Lei nº 11.033/04. 2. Ordem concedida”. (HC 96919, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/05/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-04 PP-01182).

5 PROPOSTAS PARA APLICAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL MINIMALISTA

A lógica estrutural do sistema e das sociedades capitalistas implica violação encoberta, ou seja, seletividade e arbitrariedade dos direitos humanos, transgredindo sua programação normativa, qual seja, dos princípios constitucionais deste Estado, expressando a tensão entre um projeto jurídico-penal tendencialmente igualitário e um sistema social fundado na desigualdade real de acesso à riqueza e ao poder. Isso reproduz o déficit de garantismo e superávit de um direito penal seletivo que legitima e reproduz desigualdades sociais, violência estrutural, não obstante no Brasil haver políticas de inclusão social como, por exemplo, Bolsa Família e ações afirmativas, mas o Estado Social não consegue dar conta de toda essa dificuldade.

Assim, o problema reflete no acúmulo de casos para o Judiciário, no caso em comento, os penais. Então, o neoliberalismo que remonta ao positivismo é um problema hoje na aplicação do direito e na igualdade de tratamento dos envolvidos se aplicados em sua pureza, pois os pobres, excluídos desse sistema, são os incluídos ao outro sistema, o penal, o do cárcere, “as cadeias estão cheias de pessoas, inclusive das que praticam pequenos delitos e que, por viverem na pobreza da periferia das cidades, caem nas malhas da polícia e da Justiça. Quando saem da prisão, saem piores do que quando entraram”, é uma discrepância nada proporcional que quem sonega e devolve não é considerado criminoso, já o pobre que furtou para comer tem sua ficha suja por toda a vida. (RIBEIRO, 2005, p. 77)

Atualmente, é pouco aceitável que as instituições de custódia estão cumprindo com as atividades de ressocialização, reabilitação e correção, o fenômeno da prisionalização potencializa a criminalidade, além dos efeitos da estigmatização, que acabam por ajudar a excluir, ainda mais, o indivíduo da sociedade. Todavia, é como cedo o sistema penal não cumpre suas finalidades com excelência, mas, mesmo assim, há a sensação de que sem ele não há resolução para o problema da criminalidade.

Talvez esse sentimento se dê pela disseminação de informações expostas pelos meios de comunicação. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 257)

Como regra, não há reinserção do condenado à sociedade, e sim à sua contínua inserção na população criminosa e esse é um problema que a sociedade capitalista impõe, até porque é baseada sobre a desigualdade e sobre a subordinação, então, quanto mais uma sociedade é desigual, mais ela tem necessidade de um sistema de controle social repressivo e o problema do cárcere permanecerá. Como solução, Alessandro Baratta (2002, p. 206/207) propõe uma política criminal alternativa, já dito anteriormente, ou ainda um modelo de sociedade socialista real para a desconfiguração deste modelo seletista e repressor.

Mas, repisa-se, vivemos num Estado Democrático de Direito e as soluções devem advir da própria Constituição que assegura os mais preciosos ensinamentos do nosso ordenamento jurídico.

De outro lado, com o declínio do poder político e ascensão do poder econômico transnacionalizado, em virtude da revolução tecnológica do século XX, a globalização tem gerado profundas transformações negativas para o discurso penal que é difundido pelo novo protagonista social, a mídia, que, de certa forma, impõe e comanda a sinfonia do que a sociedade e o poder político ditarão como verdade absoluta. Movimentadas pelo “furo de reportagem, os substratos de sentido (poder) maquiados sob diversas formas [...] são repetidos pela ‘cultura de massa’ e pelo senso comum teórico sem maiores pudores”, excluindo ainda mais os excluídos. (ROSA, 2005a, p. 48) Sobre a inquisição Nilo Batista (2002, p. 269) refere que muito daquele espetáculo sobreviveu e sobrevive até hoje em formas adaptadas pelos meios de comunicação.

No Brasil, percebe-se o fenômeno de endeusamento ao sistema penal norte-americano de lei e ordem e de tolerância zero, em virtude do que os meios de comunicação reportam para o espectador, criando um consenso moral que legitima e recupera as práticas penais mais truculentas e um consenso

geral por repressão, todavia, esse mito cai por terra se analisado sem essas interferências midiáticas. Para Lola Aniyar de Castro (2005, p. 199), a influência da imprensa (e depois do cinema e da televisão) é evidente e retrata a atração da atenção dos leigos e especialistas: “não era difícil deduzir que a alta tecnologia envolvida, sua potencialidade de uniformizar critérios, de anular individualidades, de induzir comportamentos, pudesse penetrar todos os espaços da vida cotidiana”.

A mídia é quem detém o poder de selecionar, inclusive quais conflitos são criminalizáveis e quais pessoas devem ser punidas, são as manchetes que mobilizam o sistema penal. Assim, o Judiciário é procurado para resolução de todos os conflitos sociais. (BATISTA, 2004, p. 25) A expectativa gerada pela mídia à sociedade é mais um problema para o Judiciário, por isso é importante a aproximação dessas instituições. Além disso, a divulgação das investigações pela mídia pode atrapalhar o bom andamento da persecução criminal, além de poder ferir garantias fundamentais¹⁰.

De outra banda, um dos focos atuais enfrentados pelo Poder Judiciário e pelos Magistrados, é que a resolução de conflitos de extrema importância para a sociedade estão para lá sendo encaminhados, por vezes por omissão legislativa ou executiva. Essa politização do Judiciário em função do protagonismo enfrentado e do “ativismo” judicial, já que os outros poderes não cumprir seus papéis, pode ser vista como boa ou ruim para a sociedade, pois traz algumas consequências, quais sejam, de que o Judiciário realmente vai resolver, pois o acesso à Justiça é aplicado em sua inteireza, todavia, gera o abarrotamento de casos e a morosidade.

Com o deslocamento da legitimidade dos outros poderes, há a esperança de que o Judiciário (o direito penal também) resolva de maneira eficaz todos os problemas da sociedade,

10 O anteprojeto do novo CPP (PL nº 156/09) prevê a possibilidade, no art. 11, parágrafo único, de que “autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no *caput* deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação”. De qualquer forma, sobretudo em consonância com o art. 5º, XLIX, da CRFB, há que se respeitar à integridade física e moral dos presos.

todavia, em razão da infinidade de processos, a sensação de insegurança e de impunidade impera, além da confiabilidade no Judiciário não ser tão boa como para outras instituições¹¹.

Neste sentido, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 9-90), que já passou uma temporada residindo em uma favela no Rio de Janeiro propõe uma revolução democrática da justiça advinda reciprocamente de uma revolução democrática do Estado e da sociedade.

Uma solução seria a desjudicialização de alguns conflitos, a busca por uma construção alternativa dos problemas sociais e da articulação autônoma dos conflitos realizada pelos sujeitos de necessidades reais, o minimalismo penal proporciona uma inversão na lógica intervencionista do sistema penal, que passa por uma conscientização de todos os seus operadores e de toda a sociedade, no sentido de ceder maior espaço para as diversidades e de procurar formas mais democráticas e criativas para a real solução dos conflitos e não somente para a sua repressão.

Boaventura (2008, p. 46-66) propõe algumas soluções e enfatiza que a celeridade por si só não caminha junto à justiça cidadã, ele observa a importância das defensorias públicas, promotoras legais populares com conhecimento de normas e políticas de direitos humanos, sistema de proteção internacional, capacitação jurídica de líderes comunitários, mas, sobretudo, ressalta a importância de uma formação diferenciada dos Magistrados e da cultura jurídica. Assim, para ele haverá a grande transformação do Judiciário para levar a bom termo a revolução democrática da justiça.

Percebe-se que o Poder Judiciário, por meio de seus órgãos jurisdicionais e não jurisdicionais, como o Conselho Nacional de Justiça, caminham e estão tendo abertura para as novas perspectivas. Na área penal, percebe-se o empenho dos mutirões carcerários, a campanha para ressocializar o ex-encarcerado incentivando o emprego deste em algum posto de trabalho,

11 FALCÃO, Joaquim. O brasileiro e o Judiciário. *Conjuntura Jurídica*. Abril 2009, p. 43-49.

o estímulo à aplicação de penas alternativas, a aproximação do Judiciário com os meios de comunicação para que estes informem de maneira mais correta a notícia.

Além disso, indiretamente, por incluir matérias de disciplinas propedêuticas nos concursos da Magistratura, há a evidente mudança de que o Judiciário não está atrelado ao dogmatismo e sim aberto para o novo paradigma.

Então, com uma formação humanística, com ética da alteridade, aberta a interdisciplinaridade, educação intercultural e com responsabilidade cidadã, haverá uma alteração no modelo posto para uma procura efetiva na preservação dos direitos e garantias das pessoas, efetivando na prática o que propõe o minimalismo.

6 CONCLUSÃO

Com base no Estado Social e Democrático de Direito há que se ter um direito penal racional e proporcional. Destarte, cabe ao Estado indicar um padrão de direito penal capaz a atenuar a violência que está na essência da sociedade sem se fazer, igualmente, ou mais, impetuoso, preocupando-se em atingir minimamente a liberdade individual do seu cidadão.

Então, para se ter um direito penal mínimo e de máximas garantias, o minimalismo se propõe a que o direito penal atue quando estritamente necessário e observando o sistema de garantias, adotando medidas de caráter alternativo penais ou extrapenais, esta é a proposta de contensão da criminalidade.

Além disso, o minimalismo propõe uma política criminal com base etiológica, positiva, assistencial, social e comunitária que antes analisa cientificamente as origens do problema criminal, com preocupação na prevenção primária, com mínimo de mecanismos punitivos repressivos ou intimidadores quando indispensável, e com base no merecimento, necessidade, adequação e eficácia da tutela penal.

Ainda, na aplicação da pena, dentro do paradigma do direito penal mínimo, deve-se levar em conta na cominação

abstrata da pena a proteção de bens jurídicos através da prevenção geral e o limite é a proporcionalidade entre a gravidade do fato e a gravidade da pena, na cominação concreta da pena proteção subsidiária e preventiva geral e individual e o limite é a culpabilidade, e na execução da pena atender a prevenção especial e o limite é a dignidade da pessoa humana.

Mister ponderar que no Brasil, apesar da sociedade buscar uma resposta estatal com fundamento na repressão penal, no sistema punitivo como único meio de obtenção da paz social, ao poucos e cada vez mais esta se almeja uma solução constitucional para os problemas sociais. Assim, a mudança é inevitável e caminha para a aplicabilidade do minimalismo, tanto na doutrina como na jurisprudência. Que também seja assim para o legislativo.

Assim, a função que corresponde ao direito penal no Estado Democrático de Direito Brasileiro, acolhido pela Constituição de 1988, assinala que o modelo de Estado pressupõe uma função de prevenção limitada, fora disso, não haverá respeito à principiologia e o direito penal perderá a sua legitimidade.

Portanto, o aspecto mínimo da tutela penal contempla que não se pode endurecer, nem não ter direito penal, mas sim, que haja punição com parcimônia, que haja corretivo proporcional entre a conduta e a pena, que o direito penal seja chamado para atuar somente nos casos em que se verifica imprescindível sua aplicabilidade. O que se busca não é a impunidade, mas sim a aplicabilidade útil e efetiva da qual a sociedade precisa e que a intervenção na esfera do indivíduo traga mais resultados positivos do que negativos para todo o conjunto, pois a resposta para a criminalidade não está no direito penal, mas provavelmente na desigualdade social, ensejando ação preventiva do Estado. E para alcançar a justiça no Estado Democrático e humanitário de Direito foca-se sempre na dignidade humana.

Abstract: This article aims to demonstrate the trends of criminal politic in the Democratic Brazilian State, particularly the model proposed by mini-

malism and the focus on constitutional. As a consequence of the failure analysis of the principles of subsidiarity, fragmentary, proportionality and other fundamental in this State and proposed by the minimum of the penal protection, there is the selectivity of the criminal justice system for disadvantaged financially and socially, leading to further violence. To get a more fair, it should abstain from the tecniton for a more humanistic vision of the problem.

Keywords: Criminal Minimalism. Punitivism. Abolitionism. Constitutional principles to the criminal law. Media influence.

REFERÊNCIAS

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

_____. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. *Poder Judiciário, cultura e sociedade*. Editorial da Revista Katálysis, do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, v. 9, n.1. jan/jun 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

_____. *Novas Tendências do Direito Penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesara Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. *Dos delitos e das penas*. Tradução Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. Título original Dei delitti e delle pene (1764).

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Pensamento criminológico; v. 10. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

CERVINI, Raul. *Los procesos de decriminalización*. 2 edición. Montevideo: Editorial Universidad Ltda., 1993.

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

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*: o novo modelo consensual de justiça criminal. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstracto* – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 49, 2004.

OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral – arts. 1º a 120. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 47, 2004.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RIBEIRO, Herval Pina. *O juiz sem a Toga*: um estudo da percepção dos juízes sobre trabalho, saúde e democracia no judiciário. Coord. Herval Pina Ribeiro. Florianópolis: Lagoa, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti Terror*. Florianópolis: Habitus, 2005a.

_____. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005b.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. (Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 11). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 7. ed. rev. e atual. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.