

A epistemologia do garantismo penal e sua validade teórica: uma discussão sobre a crise da violência

The epistemology of penal warranty and its theoretical validity: a discussion on the crisis of violence

Sérgio William Domingues Teixeira¹

Arlen José Silva de Souza²

Tribunal de Justiça de Rondônia

Sumário: Introdução; 1. O processo de expansão do Direito Penal; 2. Direito Penal e Política Criminal; 3. Direito Penal Máximo – O Movimento Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo; 4. O garantismo penal e as principais correntes criminológicas contemporâneas; Conclusão; Referências Bibliográficas

Resumo: A ausência de políticas públicas sociais que para atender as relações mínima de convivência em que problemas como a fome, a falta de acesso a educação, carência de programas que importem em emprego e renda, infraestrutura sanitária deficiente ou inexistente, entre outras, são elementos que potencializam a violência. A utilização massiva do Direito Penal como política pública para solucionar esses problemas, tem se mostrado ineficaz, por seu aspecto punitivo encarcerador. Assim, o Direito Penal de Garantia vem em busca da estrita legalidade e proteção do cidadão contra a ânsia desmedida do Estado em punir para resolver problemas sociais. Este trabalho discutirá as correntes de pensamento criminológica, com vistas a entender a importância da proteção desses institutos no sistema penal brasileiro.

Palavras-chaves: políticas públicas; violência; Direito Penal de Garantia; sistema penal brasileiro.

Abstract: The absence of social public policies to meet the minimum relations of coexistence in which problems such as hunger, lack of access to education, lack of programs that matter in employment and income, poor or nonexistent health infrastructure, among others, are elements that Violence. The massive use of criminal law as a public policy to solve these problems has proved to be ineffective

¹ Juiz de Direito do TJRO; Professor da Universidade Federal de Rondônia - UNIR; Professor da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON; Especialista em Direito Penal - UFMG; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV e Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia - TJRO. Professor da Universidade Europea de Madrid - UEM; Professor da Universidade Federal de Rondônia e da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Coordenador da Pós-Graduação em Gestão Cartorária Judicial da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS; Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Especialização em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia/Universidade Federal de Minas Gerais e graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Com atuação profissional na área de docência no ensino superior nas disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Eleitoral, Métodos Alternativos de Solução de Conflito e Prática Cartorária.

because of its punitive incarcerating aspect. Thus, the Criminal Law of Guarantee comes in search of the strict legality and protection of the citizen against the excessive eagerness of the State to punish to solve social problems. This paper will discuss the currents of criminological thought, in order to understand the importance of protecting these institutes in the Brazilian penal system.

Keywords: public policy; violence; Criminal Law of Guarantee; Brazilian criminal system.

Introdução

A violência tem tido, infelizmente, um papel de destaque na sociedade. As políticas públicas utilizadas para enfrentar tal mazela têm se mostrado incapazes de controlar o aumento da criminalidade ou, pelo menos, deixa-la em níveis toleráveis.

O contexto excludente da sociedade liberal, em especial na ausência de políticas públicas de infraestrutura significativa, encontra nas misérias sociais, a fome, a carência de educação de qualidade, os programas de saúde e sanitários pífios ou inexistentes, a ausência de políticas públicas de emprego e renda, entre outras enfermidades sociais, são fatores de influência que potencializam a violência nas cidades e na área rural do Brasil.

Este trabalho identifica como problema o uso da pena privativa de liberdade como política pública para redução da criminalidade.

A primeira seção analisa a expansão do Direito Penal e seus reflexos sociais e na identificação das causas criminais e ânsia legiferante para a resolução do problema da violência.

A dicotomia existente entre Direito Penal e Política Criminal será objeto de crítica na segunda seção, analisando os aspectos de política pública que envolvem ambos institutos e suas implicações na sociedade.

A histeria gerada pela chamada supercriminalização invoca a discussão a respeito do Direito Penal Máximo – O Movimento Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo, na terceira seção, de modo a ser apreciado a aplicação do direito penal com o rigor que implica no endurecimento das penas aplicadas.

O garantismo penal e as principais teorias criminológicas serão objeto da quarta seção, que discorrerá sobre as questões epistêmicas e axiológicas dessas teorias e sua aplicabilidade em nossos tempos.

Na conclusão este trabalho concebe uma análise crítica da realidade contemporânea, de modo a discutir a necessidade de termos um Estado punitivo, ou não, como resposta as crises de violência que enfrenta a sociedade moderna, em especial a brasileira.

1. O processo de expansão do Direito Penal

Apesar dos avanços no campo da ciência penal, muito se tem discutido sobre a crise do Direito Penal no Brasil e no mundo, e a discussão sobre esse tema funda-se na necessidade de rever o instituto da pena privativa de liberdade e das práticas punitivas, em sentido amplo.

A pena, desde a sua origem, sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, de imposição de um "mal". Trata-se, na verdade, não de um simples "mal", como sustentam os defensores das teorias retribucionistas, mas, sim, de uma grave e imprescindível necessidade social a que recorre o Estado, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens.

Várias teorias foram elaboradas para fundamentá-la, reconhecendo-se, além da finalidade retributiva, - já que pena, por definição direta, sempre será um castigo imposto a quem erra - fins preventivos, gerais e especiais, sendo hoje, quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena, ainda com todos os seus males, justifica-se por sua necessidade.

Muñoz Conde *apud* Bitencourt (1999)³, afirma que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de hoje em dia.

De fato, vivemos dias conturbados, onde crime e violência passaram a ser temas rotineiros, banalizados nos telejornais e nos filmes que infestaram o cinema nacional e estrangeiro, mostrando de forma parcial e distorcida a violência, inclusive a que ocorre nos presídios.⁴

Não bastassem as velhas mazelas sociais: fome, miséria, falta de educação e de saúde, além de indigência sócio-econômica, fatos por si só suficientes para incrementar a violência, há, ainda, todo um caldo de cultura criminógena que a eleva a níveis inaceitáveis. Com efeito, a ostentação agressiva de poder e opulência, as frustrações do competitivo mundo globalizado, a influência cada vez maior de modelos agressivos, o efeito modelador da permissividade do caráter, sobretudo nos meios de comunicação e na própria família, o relativismo moral, advindo com a “Lei de Gerson”⁵, onde sempre e em tudo se tem que levar vantagem, corrompendo nossos valores éticos e sociais, levam-nos a um incremento maior da violência e do crime que, então, crescem de forma exponencial.

O crime, como se sabe, não é fruto da atualidade, sempre existiu e certamente sempre existirá, uma vez que não encontra óbices de nenhum caráter, ocorrendo em todas as camadas sociais e em todas as nações, ricas ou pobres. É por isso mesmo que, diante da impossibilidade de se extingui-lo, impõe-se o seu controle a níveis toleráveis e que viabilizem a vida em sociedade, tornando-se de grande relevância o estudo e a aplicação da pena.

Embora o crime e a violência façam parte do cotidiano humano, lembrando que para muitos a violência é característica instintiva do homem, vivemos em um mundo já civilizado. Isso significa que o homem deve ser capaz de conviver em harmonia com outro ser humano, dentro de um grupo social. Por outro lado, dentro do ponto de vista da aprovação social, para os seres humanos incapazes de convivência social harmoniosa, criou-se a segregação, ou, melhor dizendo, a separação destes dos demais, privando-os coercitivamente de sua liberdade.

Vale ressaltar que sendo o homem um ser livre, não há como obrigá-lo a não errar. Contudo, ao errar, em nome da estabilidade social, a sua liberdade, como forma de castigo, fim precipuo da pena, poderá ser restrita.

Portanto, o sistema de privação da liberdade passou a ser uma alternativa desenvolvida pela civilização moderna como forma de punir aquele que, por opção, patologia ou paixão, pratica ação que contraria o princípio legal estabelecido.

Conforme Amaral⁶, hodiernamente, classifica-se o crime em três tipos básicos: **crimes patológicos**, ou seja, aqueles que derivam de doenças do corpo ou da mente, ou de ambos; **crimes passionais**, onde uma forte e violenta tensão pressiona o agir do criminoso; e **crimes por opção**, aqueles que decorrem da franca falência do poder intimidatório do Direito Penal, eis que o agente, voluntariamente, elege a alternativa da infringência das regras penais. Sem dúvida

³ BITENCOURT, C. R. Manual de Direito Penal - Parte Geral. pg. 97

⁴ Conforme Nilo Batista, em palestra proferida em 8 de maio de 2003, sobre Novas Tendências do Direito Penal, no Centro de Estudos Judiciários do STJ, o discurso político-criminal e criminológico da mídia se impôs sobre o da Universidade. Assim, duas caretas de um âncora de televisão, chamado de oráculo pós-moderno, influenciam muito mais que a obra completa dos melhores penalistas e criminólogos do país.

⁵ “Refere-se a ‘Lei de Gerson’ a pessoa que ‘gosta de levar vantagem em tudo’, no sentido negativo de se aproveitar de todas as situações em benefício próprio, sem se importar com a ética. A expressão originou-se em uma propaganda, de 1976, para os cigarros Vila Rica, na qual o meia armador Gérson da Seleção Brasileira de Futebol era o protagonista. A propaganda informava que esta marca de cigarro era vantajosa por ser melhor e mais barata que as outras, e Gérson dizia ao final: ‘Gosto de levar vantagem em tudo, certo? Leve vantagem você também.’ Mais tarde o jogador anunciou o arrependimento de ter associado sua imagem ao reclame, visto que qualquer comportamento pouco ético foi sendo aliado ao seu nome. Associa-se a valorização e mitificação desta ‘Lei’ ao conceito de malandragem” (wikipédia)

AMARAL, Luis Otávio Oliveira. Violência e Crime, Sociedade e Estado. in <http://www.jus.com.Br\doutrina\texto.asp?id=4945>

alguma, é nesta última categoria de crimes que se encontra a grande maioria dos delitos que nos assustam nos dias correntes.

É nesse contexto que o Direito Penal e a própria pena são colocados como solução para o crime e para a violência desenfreada, completando, desta forma, o indesejável ciclo vicioso do delírio legiferante de nossos dias. Assim, a população alarmada pela onda crescente de crimes e de violência, cobra providências do Estado. Este, por sua vez, acuado e sem expectativas de implantação de mudanças sociais imediatas, responde editando novas leis cada vez mais ameaçadoras, mas que não evitam a prática criminosa.

Vale lembrar que a pena, conceitualmente, conforme ensina Luiz Vicente Cernicchiaro *apud* Mirabete⁷, pode ser encarada sobre três aspectos: substancialmente consiste na perda ou privação de exercício de direito relativo a um objeto jurídico; formalmente está vinculada ao princípio da reserva legal e somente é aplicada pelo Poder Judiciário, respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa; e teleologicamente mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social.

Assim, além de ser encarada como simples forma de retribuir o mal causado, a pena tem, também, a finalidade de reeducar o preso para que ele possa voltar ao meio social regenerado. Para alguns estudiosos como Everardo da Cunha Lima, a retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda, pois, a retribuição, sem a prevenção, é vingança e a prevenção, sem a retribuição, é desonra.

Também, não se pode olvidar o caráter de intimidação da pena, servindo, esta, para desestimular as condutas criminosas no meio social. É a ideia, ao menos em tese, de que, se cometer um crime ou voltar a delinquir será preso e isso não é bom.

Oportuno lembrar aqui as principais teorias que explicam a pena.

Para a Teoria Absoluta, já de muito superada, a pena é simplesmente exigência de justiça como consequência do delito. Nela, não se questionam sobre os seus fins utilitários. Ao errar, pune-se. Só isso.

Para a Teoria Relativa, mais atualizada, a pena repousa na ideia de necessidade social, dirigindo-se aos delinquentes e aos delinquentes em potencial, procurando, portanto, um fim utilitário para a pena. É o que se convencionou chamar prevenção geral e prevenção especial. Puig⁸, afirma que prevenção geral e prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. Prevenção geral, segundo cátedra de Bitencourt⁹, fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação ou da utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem. Assim, a ameaça da pena produz no indivíduo racional uma espécie de motivação para não cometer delitos. A teoria da prevenção especial, por sua vez, procura também evitar o delito, contudo, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delincente em particular, objetivando que este não volte a delinquir.

Para a Teoria Mista, a pena passa a ter finalidade utilitária e retributiva, além de contribuir para a intimidação geral. Assim, pune-se pelo mal praticado (retribuição); busca-se, pelo cumprimento da pena, trabalhar o preso para reinseri-lo na sociedade já ajustado (reeducação ou, melhor dizendo, readaptação social) e dirige-se aos demais sujeitos, orientando-os a não errar, não cometer crimes, pois, se assim agirem, serão presos e terão o direito de liberdade cerceado (prevenção).

A pena, segundo a cátedra de Noronha¹⁰, fundamentada no princípio da legalidade, apresenta características especiais, tais como: proporcionalidade,

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit. pg. 236

PUIG, Mir *La función de la pena*. Barcelona, PPU, 1985. pg. 70.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit. pg. 117

LEAL, César Barros. *Prisão: Crepúsculo de uma Era*.

¹⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal - V. 1. pg. 222/3*.

individualização, personalidade, igualdade, inderrogabilidade, moralidade e humanidade.

Diante do princípio da legalidade, trava-se o clássico conflito entre o direito individual de liberdade do homem contra o poder estatal de punir, restando claro, até mesmo em nível constitucional, que não há pena sem a existência de lei (*nulla poena sine lege*).

Ante o princípio da proporcionalidade, vinculado ao fundamento retributivo, a pena deve ser aplicada nos limites da culpabilidade de quem praticou o delito. Além disso, quanto mais grave o crime, maior será a pena. Esse princípio acabou sendo mitigado pelo art. 59 do Código Penal, que, por exemplo, passou a levar em conta para a aplicação da pena, aspectos objetivos e subjetivos, alguns fora do próprio crime, como é o caso dos antecedentes e também da reincidência.

Para o princípio da personalidade, vinculado à finalidade retributiva da pena, o “mal” deve recair sobre quem o praticou, sendo certo que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Assume, hoje, no entanto, grande destaque na doutrina a inderrogabilidade da pena, ou seja, mais importante que a sua severidade será a certeza da punição. Diante desta certeza é que se alcançaria a finalidade de intimidação geral da pena, diminuindo, destarte, a violência e a criminalidade.

Outras características, como moralidade e humanidade da pena passam a ganhar destaque entre os estudiosos, principalmente diante do quadro de excessiva violência nos presídios e da grande reincidência criminal.

Infelizmente, o que se aponta é que a pena vem cumprindo apenas o seu caráter retributivo. Quanto ao aspecto reeducador e de prevenção geral, tem falhado muito. Falha muito também, quando trata do aspecto humanizador.

De fato, muitos estabelecimentos penais, ante a omissão do Estado, transformaram-se em depósitos de dejetos sociais, uma vez que o sistema penitenciário, de forma velada, e o preso, de forma explícita, não se apresentam como prioridades das políticas públicas.

Embora se critique a pena de prisão e mesmo levando em conta todas as suas falhas, não há, por ora, outro mecanismo que permita separar dos ditos civilizados, aqueles indivíduos que afrontam, de forma grave, o meio social.

Portanto, como diz Soler¹¹ “a pena é um mal, primeiramente ameaçado e, depois, imposto ao violador de um preceito legal, como retribuição consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim, precípua, é evitar os delitos”, sendo certo que após a finalidade retributiva é que se busca a reeducadora e a de prevenção geral ou especial.

Contrasta-se, então, o sagrado direito de liberdade do homem com a segregação imposta pela sociedade em nome da convivência social pacífica e harmoniosa. Neste quadrante, embora aceitável a pena cerceando um direito fundamental do homem, não se pode perder de vista a irrestrita observância de um outro princípio, qual seja, o da dignidade humana.

Tira-se a liberdade em nome de um bem maior, a estabilidade social. Contudo, o Estado, único responsável pela aplicação e controle da pena, não pode admitir qualquer restrição ou afronta à dignidade do preso, sob pena de falência de todo o sistema prisional. A despeito disso, vê-se, infelizmente, que a sociedade se contenta em encarcerar o autor da violência, como se este não fosse mais retornar à sociedade, como se condená-lo a uma subvida, tal qual besta enjaulada, fosse nos livrar para sempre de seu potencial agressivo. A agressividade do preso violado em seus direitos, entretanto, remanesce, aflorando, certamente, em novo momento, quando já em liberdade. Esse egresso do sistema prisional, não regenerado pela violência a que foi submetido, certamente vingará dessa mesma sociedade, agindo com mais violência.

¹¹ SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. pg. 342.

É certo, portanto, que a idéia de Direito Penal de algum modo está ligada à de violência, uma vez que está se faz presente nas relações humanas, exigindo normas que regulamentem a vida social. Assim, em face da utilização de forma desmedida do Direito Penal, surgiram inúmeras propostas que buscam justificar a sua utilização como instrumento de defesa da segurança social e dos interesses comuns.

Apesar de tudo isso, em contraposição às teorias que defendem a utilização do direito como solução para todos os males sociais, verificamos, hoje em dia, uma oscilação entre tendências descriminalizantes (Lei dos Juizados Especiais Criminais, como exemplo) e de neo-criminalização (Lei dos Crimes Ambientais, introduzindo em nosso Direito a figura da Pessoa Jurídica como autor de crime), além de teorias que sustentam a desnecessidade do Direito Penal, tal como o abolicionismo penal.

Importante, então, analisar as principais teorias que fundamentam a idéia atual de Direito Penal.

2. Direito Penal e Política Criminal

Entende-se por Direito Penal um conjunto de princípios e normas jurídicas que visam determinar os comportamentos humanos que constituem infrações de natureza penal e as suas respectivas sanções, possibilitando a convivência humana pacífica. Sua justificação se dá na medida em que as garantias penais e processuais penais são observadas, assegurando, assim, a minimização da violência punitiva e a ampliação ao máximo da tutela dos direitos.

Doutrinariamente, com a expressão Direito Penal designa-se, conjunta ou separadamente, duas coisas distintas: primeiro um conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; segundo, o sistema de interpretação dessa legislação, ou seja, o saber do Direito Penal¹². Esse saber jurídico pode ser influenciado de diferentes formas, em especial, dada a produção legislativa excessiva em nosso país, marcadamente deficiente em termos técnicos, pela adoção entre os operadores do Direito de uma visão excessivamente crítica e valorativa. Isso, por sua vez, possibilita uma variedade de interpretações díspares para uma mesma norma, com consequências jurídicas também díspares, o que, em última análise, pode representar perigosa e indesejável insegurança jurídica.¹³

Além disso, o discurso dogmático do Direito Penal vem sofrendo sérias rupturas, ora oscilando para teorias de cunho absoluto, defendendo o Direito Penal Máximo, como exemplo o Movimento da Lei e da Ordem, ou, ao contrário, pelo Direito Penal Mínimo, valendo citar o Garantismo Penal, havendo, inclusive, quem sustente a abolição do Direito Penal e do próprio sistema judiciário penal.

O quadro histórico em que vivemos não é o mais salutar para discussão de teorias abolicionistas do Direito Penal. Bem ao contrário disso. Na verdade, em tempos de violência incontida – crimes bárbaros, atentados terroristas, etc – com uma sociedade cada vez mais aterrorizada e insegura - e não sem razão - por influência da mídia e do próprio poder instituído, se finda por esperar do sistema penal soluções drásticas e severas contra os responsáveis pela criminalidade aparente, legitimando um Direito Penal Máximo que implementa uma luta sem freios contra o crime, exigindo a punição dos culpados a qualquer preço para restaurar a tão almejada paz social, mesmo que para isso, pasme-se, seja

¹² ZAFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. pg. 156.

¹³ A título de exemplo, verifica-se que até pouco tempo atrás, por força da Lei 8.072/90, não se admitia progressão de regime de pena para os crimes hediondos. A despeito disso, a jurisprudência pátria oscilava entre a confirmação da norma, negando progressão, e o reconhecimento de sua inconstitucionalidade (o que finalmente se deu no HC 82.959, tendo como paciente Ozéias de Campos), permitindo a progressão de regime. Embora a divergência jurisprudencial seja salutar, no caso em comento, o prejuízo era evidente, posto que não havia como explicar para o preso não beneficiado (e que convivia no cárcere com outro preso que teria alcançado direito a progressão, mesmo tendo cometido crime hediondo) que a divergência de posição é algo comum no meio judiciário. Tal divergência trouxe caos e confusão para dentro dos presídios, porém, felizmente, já é caso superado.

necessário flexibilizar direitos e garantias do cidadão, como ocorre hoje em dia em prisões americanas, como a de Guantânamo.

É a opção pelo Direito Penal de Emergência, onde o Direito Penal passa a ser visto como meio de controle social, na medida em que a sociedade, abalada em razão de uma histeria coletiva generalizada, catapultada pela manipulação distorcida da informação pela mídia, elege a norma penal como solução imediata para todos os problemas.

Também não se pode olvidar da ação do legislador penal, que, desidioso ou astuto - não se sabe qual a sua verdadeira intenção - desobrigado de atentar para qualquer regramento de política criminal, cede à tentação populista de oferecer o Direito Penal à sociedade como panaceia para todos os males que a afligem.

O Direito, então, assume uma função simbólica, alargando-se os limites opressivos, reduzindo-se o Direito Penal aos seus fins meramente punitivos.

Como sustenta Leonardo Sica:¹⁴

O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana. Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, e do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança [...] este estado de catarse psicossocial, fruto da proliferação da ideia de violência, põe todos em estado de beligerância. Todos contra o 'inimigo' [...] O quadro de pânico, de fobia, vitimiza a sociedade: 'a expectativa do perigo iminente faz com que as vítimas potenciais aceitem mais facilmente a sugestão ou prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais.

O caráter simbólico do Direito Penal consiste justamente em vê-lo como um mecanismo de representação e distorção da realidade, através de interpretações contraditórias, que ora defendem contundentemente a sua aplicação e ora o ridicularizam, baseados na sua inoperância e ineficiência, conduzindo-o a deslegitimação.

É bom lembrar que não há provas de que o aumento da tipologia penal ou da exacerbação das penas corresponda a uma redução eficaz da violência ou da criminalidade. Deve-se ainda analisar que a opção pelo Direito Penal como instrumento de contenção da criminalidade e de resposta emergencial à sensação de insegurança social pode atuar como fato gerador de mais violência. Neste caso, uma resposta violenta do Estado a um ato violento do indivíduo pode distanciar o Direito Penal de suas legítimas funções.

Essa concessão de emergência outra coisa não é que a ideia do primado da *razão do Estado* sobre a *razão jurídica* como critério informador do direito penal e do processo penal. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas a esta supraordenada, conforme leciona Ferrajoli¹⁵.

O Estado de Direito tem por função específica a jurisdição penal, a qual busca a verdade formal, obedecendo aos princípios e garantias individuais assegurados constitucionalmente, ainda que venham a prejudicar a materialização da justiça, enquanto a Razão de Estado ou de Emergência persegue a verdade substancial mediante a qualquer meio, fato que torna ainda maior a contradição entre seu conceito e o de Estado de Direito. Além disso, a Razão de Estado, por princípio, é guiada pela lógica do amigo\inimigo, incompatível com a natureza da jurisdição, que tem como corolário a imparcialidade do órgão judicante e sua indiferença a qualquer fim ou valor estranhos ao juízo.

Por outro lado, temos a Política Criminal que se compõe de um conjunto de princípios e recomendações que atuam na manutenção, reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos que a aplicam através de movimentos que se

¹⁴ SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. pg. 77\78.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. pg. 746.

ocupam da política de ação do Estado contra a criminalidade, como o Direito Penal Liberal e Garantista, representado pelo Direito Penal Mínimo, o Abolicionismo Penal, o Movimento Lei e Ordem etc.

É através da opção política do Estado que o Direito Penal ganha os seus contornos e ao observarmos o modelo de política criminal por ele utilizado, é possível identificar qual movimento encontra-se atuando ou, ao menos, predominando.

Hodiernamente, a Política Criminal, que, em geral, vem sendo implementada pelos Estados modernos, resume-se apenas a uma Política Penal, que é dentre todos os meios possíveis, na opinião de Alessandro Baratta, o mais inadequado para conter a violência. Segundo este autor¹⁶:

Impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre política penal e política criminal, entendendo-se a primeira como resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Uma política criminal alternativa é a que escolhe decididamente esta segunda estratégia, extraíndo todas as consequências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado.

Melhor seria acreditar – mas não só acreditar, ou seja, adotar como princípio fundamental – na célebre afirmação de Franz Von Liszt, de que a melhor política criminal ainda é uma boa política social.

3. Direito Penal Máximo – O Movimento Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo

Direito Penal Máximo é aquele que tutela todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Defende que a pena deve ser usada como *prima ratio* e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, vinculando ao Direito Penal, além da função repressora, papel pedagógico, educador, permitindo que as condutas intoleráveis sejam reprimidas, qualquer que seja o bem atacado.

No modelo de Direito Penal Máximo, é inegável a aspiração totalitária de que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido, mitigando a ideia de que o Direito Penal constitui a mais violenta expressão do poder estatal sobre a liberdade individual e que deve ser ativado somente quando caracterizada a sua imperiosa necessidade.

Como foi dito, já há algum tempo imperam os discursos de supercriminalização e terrorismo, gerando na sociedade uma sensação de incerteza que aumenta ainda mais em decorrência das tensões sociais contemporâneas. Some-se a isso o quadro de transição histórica em que vivemos, onde o empreendimento neoliberal implicou no sucateamento de considerável parcela do parque industrial nacional, gerando desemprego massivo, concentração de renda, incremento da pobreza e da miséria, obrigando a classe proletária a se agarrar a subempregos ou buscar sobrevivência na economia informal.

Nesta esteira, o Estado que devia se limitar às ações básicas como saúde, educação, segurança, transporte, etc, para manter o controle interno, acaba assumindo poderes titânicos, convertendo-se em Estado Máximo, ao menos em matéria penal, criando, de forma desenfreada, novos tipos penais e agravando os já existentes, como se isso fosse solucionar o problema da sociedade, transformando o Direito Penal em direito meramente simbólico.

Com tudo isso, sob o argumento da emergência, busca-se legitimar uma legislação de exceção e uma interpretação constitucional flexibilizada, onde os fins

¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. pg. 201.

justificam os meios, aumentando o poder estatal e diminuindo as garantias individuais.

Assim, o Direito Penal Máximo alia o discurso do terror e da emergência ao discurso da guerra, transformando a tarefa do Estado de promover e garantir segurança e controlar a criminalidade em verdadeiro ato de guerra, na qual os supostos agentes criminosos passam a ser vistos não como cidadãos, mas como inimigos.

Dentro dessa corrente, destaca-se o Movimento da Lei e da Ordem, surgido nos Estados Unidos da América, tendo encontrado solo fértil na América Latina.

Esse Movimento - Lei e Ordem - dispõe que todas as ações ou omissões ilícitas, por mais insignificantes que sejam, merecem ser criminalizadas e, por consequência, penalizadas exemplarmente, incutindo na sociedade o ideário de um Direito Penal solucionador de todos os males. É a aplicação concreta da doutrina conhecida como "Tolerância Zero". Wacquant¹⁷, dissertando sobre o tema, afirma:

De Nova York, a doutrina da 'Tolerância Zero', instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente, de incômodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da 'guerra ao crime e da 'reconquista' do espaço público.

Vê-se, então, que se procura educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, chegando a submeter comportamentos de pouca ou nenhuma lesividade às graves consequências que emanam da pena de prisão, acreditando, ingênua ou inescrupulosamente, que ao se punir todas as condutas ter-se-ia a diminuição da criminalidade.

Cria-se uma ilusão.

De fato, ao supervalorizar o uso do Direito Penal, gera-se como consequência um direito meramente simbólico, impossível de ser praticado, que, a médio e longo prazo, irá se encaminhar para uma situação ainda mais tensa, onde haverá uma exigência crescente pela penalização, que, ao fim, não resolverá o problema social.

Tipificando condutas em excesso, o Estado, decerto, não conseguirá movimentar a máquina judicial todas as vezes que uma infração for cometida, deixando impune uma infinidade delas, o que contribuirá muito mais para o descrédito do Direito Penal e para insegurança do meio social.

Portanto, o discurso do Movimento Lei e Ordem retira o Direito Penal de seu centro de gravidade, desequilibrando-o, uma vez que o afasta de sua verdadeira finalidade que é a punição de infrações de maior potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e caros ao convívio social, desperdiçando o seu tempo com questões de menor importância, sem efetiva lesividade.

Também não se pode olvidar que a punição em excesso leva à prisão em excesso, lembrando que a prisão é uma instituição cara, extremamente onerosa, que deixa sequelas às vezes insuperáveis e quem a sustenta são os contribuintes, os cidadãos que pagam os tributos. Portanto, usá-la desnecessariamente é contraproducente, antieconômico e anti-social.

Roxin¹⁸ preconiza o fim da pena privativa de liberdade e sua substituição por penas alternativas, pois com o aumento da criminalidade e dos dispositivos penais se chegará a um ponto em que sua manutenção pelo Estado será inviável econômica e politicamente. Para Roxin, o Estado demonstra sua reprovação ao crime não pela intensidade da pena, mas sim pela prevenção, afirmando, ainda, que ultimamente, na Alemanha, a pena de multa vem sendo aplicada com mais intensidade, em detrimento da pena de prisão.

¹⁷WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. pg. 30.

¹⁸ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?* pg. 468\9.

Hoje, por outro lado, com as ideias de aplicação de penas maiores, de evitar sempre que possível a progressão de regime ou a concessão de benefícios despenalizadores ou de abrandamento da reprimenda imposta, mantendo-se o criminoso recolhido por mais tempo, já se sustenta entre os defensores do Direito Penal Máximo uma finalidade para a pena, até então não conhecida no Brasil. Fala-se na finalidade de incapacitação¹⁹.

A pena, sob a ótica da incapacitação, não se voltaria para fins preventivos ou ressocializadores, limitando-se à idéia de manter o criminoso afastado do meio social, incapacitando-o para a prática de ações criminosas, mesmo de dentro dos presídios. Com isso, a sociedade se veria protegida pelo simples fato de se recolher e evitar a fuga de um criminoso, inexistindo qualquer preocupação com sua educação ou ressocialização.

Avilta-se o princípio da dignidade da pessoa humana e, além disso, gasta-se demais para manter a simples contenção do preso que poderá voltar ao meio social ainda mais perigoso e violento, o que é antieconômico e anti-social.

Outra importante teoria, de viés absoluto como é o Direito Penal Máximo, vem da Alemanha, conhecida como Direito Penal do Inimigo, sendo o seu arauto Günter Jakobs.

Antes de discuti-la, porém, é interessante abordar a teoria de Silva Sanches sobre as velocidades do Direito Penal.

Para ele, existem três velocidades para o Direito Penal.

O direito penal de primeira velocidade seria aquele modelo de Direito Penal clássico, que se utiliza preferencialmente das penas privativas de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis. As regras são rígidas e todas as garantias legais devem ser proporcionadas ao acusado, como o contraditório e a ampla defesa, rejeitando, por exemplo, a aceitação de provas obtidas por meio ilícito.

O direito penal de segunda velocidade incorpora duas tendências aparentemente antagônicas, quais sejam, a flexibilização de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão. O exemplo mais apropriado dessa “velocidade do Direito Penal” em nosso ordenamento jurídico nos é dado pela Lei dos Juizados Criminais, que cria a figura do crime de pequeno potencial ofensivo, prevê institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e dá preferência à aplicação de pena restritiva de direitos em detrimento das penas privativas de liberdade. Vale destacar que a flexibilização de regras do Direito Penal – desformalização e redução de garantias - ocorre sempre em favor do suposto infrator, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.

A terceira velocidade do direito penal dirige-se aos crimes mais graves, com previsão de penas mais rigorosas. Refere-se a uma mescla das duas velocidades acima mencionadas, ou seja, utiliza-se preferencialmente da pena privativa de liberdade, como faz o direito de primeira velocidade, permitindo, por outro lado, flexibilização de garantias materiais e processuais, o que ocorre no direito de segunda velocidade, entretanto, a flexibilização pode se dar em desalinho aos interesses do suposto infrator. Exemplo disso pôde ser visto na Lei dos Crimes Hediondos, que impôs pena mais severa e ainda tentou suprimir garantias dadas ao preso, como a possibilidade de concessão de liberdade provisória e de progressão de regime prisional. Em resumo, prevalecem as penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

O Direito Penal do Inimigo, sob a ótica da expansão do Direito Penal, encaixa-se no que hoje se reconhece como terceira velocidade do Direito Penal.

¹⁹ Termo utilizado por Elias Carranza, no “Seminário Internacional sobre Sistemas Penitenciários e Direitos Fundamentais”, ocorrido entre os dias 16 a 18 de abril de 2008, em Brasília-DF, no Auditório Tancredo Neves, no Ministério da Justiça, promovido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em parceria com o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD) e Instituto de Direitos Humanos Raoul Wallenberg (RW).

Essa teoria tem no professor Alemão Günter Jakobs, catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn, seu maior expoente.

Vale salientar que foi em 1985, que Jakobs, em tom crítico durante uma palestra em Frankfurt, introduziu ao mundo jurídico o conceito de Direito Penal do Inimigo, afirmando ser possível caracterizar o direito penal segundo a imagem de autor do qual ele parte, se inimigo ou cidadão. Assim, o direito penal pode ver no autor um cidadão, no qual o direito só estaria autorizado a intervir quando o seu comportamento representasse uma perturbação exterior. De outro lado, pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, podendo ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos.

De início, não houve grande interesse pelo tema, contudo, a partir da década de 1990, essa corrente reforçou suas bases teórica e filosófica. Assim, em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, a teoria do Direito Penal do Inimigo foi reapresentada e causou grande motivação, destacando que, à época, Jakobs deixou de lado o tom crítico e a defendeu avidamente.

O pressuposto dessa corrente consiste em tratar um indivíduo como inimigo e não como pessoa, como cidadão cercado de direitos e obrigações e, nesse sentido, Jakobs inspirou-se em autores que elaboraram uma fundamentação contratualista do Estado, em especial Hobbes e Kant.

Foi em Hobbes²⁰ que a doutrina jakobiana melhor se identificou.

Hobbes entendia que inimigo é aquele indivíduo que rompe com a sociedade civil e volta a viver em estado de natureza e, por estado de natureza, entendia a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida.²¹ Este mesmo autor ainda informa que o estado natural dos homens é o estado de guerra, onde todos são inimigos uns dos outros, e um homem pode tudo contra seus inimigos, pois na guerra não há lei e onde não há lei, não há justo ou injusto, nem bem nem mal.²²

Abandonando o estado de natureza ou de guerra, os homens passam a viver em sociedade, instituindo o Estado, orientados pelo medo de viver só e pela busca por uma vida segura e pela paz duradoura. Para tanto, os homens renunciam uns aos outros de parte de seus direitos em favor do Estado, tornando-se cidadãos e as leis civis seriam feitas para eles. Já os que renegam o poder do Estado, os inimigos, não podem ser punidos pela lei civil, e sim pela lei natural, isto é, não como súditos civis, porém como inimigos do governo, não pelo direito de soberania, mas pelo de guerra.²³

Hobbes entende que aquele que rompe com o Estado, perde todos os direitos de cidadão e de ser humano e passa ao estado de ausência total de direitos, sustentando, ainda, que a execução de um indivíduo pela sua personalidade não é pena, mas medida de segurança, isto é, o direito do Estado de se proteger contra o inimigo.

Kant, por sua vez, admitia reações hostis contra seres humanos que, de modo persistente, se recusassem a participar da vida comunitário-legal, pois, nesse caso, não poderia ser considerado como pessoa o indivíduo que ameaça alguém constantemente.

²⁰Hobbes classificava como traidor aquele súdito que se voltava contra seu soberano ou contra a sua cidade, declarando não mais obedecê-lo total ou parcialmente. Considerava também traidor o que pegasse em armas contra a cidade, que debandasse para o lado do inimigo durante a guerra ou que cometesse algum ato de violência contra o soberano. Hobbes também afirmava que a traição era uma violação não das leis civis, mas das leis naturais e, por conta disso, concluía que os traidores deveriam ser punidos não pelo direito civil, dos homens, mas pelo direito natural, o seja, pelo direito de guerra (*in Do Cidadão*. Pg 22-26)

²¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. pg. 110

²² HOBBS, Thomas. Ob. cit. pg. 109 e 110.

²³ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. não paginado.

Segundo Kant²⁴, o estado de natureza é o estado de guerra e a paz só é possível através do estado civil. Para ele, ao ingressar no estado civil, um homem dá aos demais garantia de não os hostilizar. Por outro lado, se o homem permanece em estado de natureza, torna-se inimigo, sendo legítima qualquer hostilidade contra ele, lembrando que não é necessário que ele cometa delitos, pois estando fora do estado civil, ameaça constantemente a paz.

Portanto, com lastro em Kant e Hobbes, conforme visto, Jakobs propôs a coexistência de um Direito Penal cercado de garantias, tal como é hoje formatado, destinado exclusivamente aos cidadãos concebidos como sujeitos de direito, e um Direito Penal rigoroso, destinado aos que, segundo afirma, não se comportam como cidadãos (mas como verdadeiros inimigos do Estado) e, portanto, não podem usufruir do Direito Penal tradicional.

Para Jakobs, inimigo é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, citando como exemplos o terrorista e o criminoso vinculado às organizações criminosas.

Destaca-se como a principal característica dessa corrente, segundo Jakobs, o fato de que seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um perigo e, para tanto, a punibilidade avança em boa parte para a incriminação de atos preparatórios. A sanção penal, em regra baseada numa reação a um fato passado, projeta-se também no sentido da segurança contra atos futuros, o que importa aumento de penas e utilização de medidas de segurança. No campo processual, a prisão preventiva, usada como exceção, passa a ter utilização muito mais intensa, permitindo-se ainda o incremento de medidas restritivas de liberdades fundamentais, como a interceptação das comunicações telefônicas, gravação ambiental e decretação da incomunicabilidade de presos perigosos.

Várias são as críticas endereçadas a essa corrente, afirmando ser ela racista, preconceituosa e nazista. Cancio Meliá²⁵, por exemplo, informa que o Direito Penal do Inimigo ofende a Constituição, uma vez que, por princípio, não se admite que alguém seja despido de sua condição de pessoa ou de sujeito de direitos. Além disso, o modelo não cumpre a sua promessa de eficácia, posto que não reduz a criminalidade. Por fim, o Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do Direito Penal do fato – que se contrapõe ao Direito Penal de autor –, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos ou a atitude interna do autor.

De fato, um dos grandes riscos dessa corrente está na identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal. Essa identificação, infelizmente, pode acabar funcionando como uma espécie de demonização do infrator²⁶, e o que é pior, em termos gerais, ninguém estaria imune ao arbítrio desse etiquetamento.

Interessante como a teoria do etiquetamento (*labeling approach*) muito se aproxima do criticado Direito Penal do Inimigo, posto que este tem por escopo grudar a etiqueta de inimigo em alguns indivíduos. Segundo Winfried Hassemer²⁷, pela abordagem do etiquetamento, os etiquetados são aqueles que não conseguem escapar da justiça penal e, por conseguinte, são por ela punidos.

²⁴ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua*. pg. 45.

²⁵ JAKOBS, Günter. & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. pg. 42

²⁶ Interessante não se esquecer das caçadas comandadas pelo governo norte-americano pelas cabeças de Osama Bin Laden e Saddam Hussein, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, iniciando uma política externa de guerras contra o que chamaram de “eixo do mal”. Nisso, forjaram provas sobre a existência de armas de destruição em massa no Iraque, e, burlando recomendações das Organizações da Nações Unidas, invadiram o país e destruíram-no, matando milhares de civis, pairando a versão de que a verdadeira intenção da invasão seria a ambição expansionista bushiana, em especial no interesse da indústria do petróleo. Daí, também, o risco de novas cruzadas para eliminar os infiéis, ou ainda para eliminar judeus, homossexuais etc, ou de outros possíveis etiquetados como inimigos.

²⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. pg. 95.

Alessandro Baratta, ao se referir à abordagem do etiquetamento afirma que a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, mas, ao contrário, é o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade.

O Direito Penal do Inimigo aponta como Direito Penal do Autor, em contraposição do Direito Penal do Fato, este aplicável em nosso ordenamento jurídico. Aquele, representa, no campo dogmático, uma atuação espúria do Direito Penal, uma espécie de penalização do pensamento, uma vez que volta suas atenções para o autor e não para o fato, sendo o fiel da balança a condição de cidadão ou de inimigo, por aquilo que ele é, não pelo que fez.

É de se lembrar que Hobbes apontava quem era o inimigo²⁸, o que não ocorre com o Direito Penal do Inimigo, ficando a sua caracterização ao arbítrio do poder dominante, o que, decerto, é extremamente perigoso²⁹.

Não bastasse tudo isso, parece que o Direito Penal do Inimigo resulta da incorporação do Punitivismo³⁰ e do Direito Penal Simbólico³¹, ambos de caráter populista e de eficiência contestável.

De outro lado, contrariando todas as críticas, diversos autores sustentam que não seria justo acusar Jakobs de pretensões autoritárias e de formular uma teorização justificadora do arbítrio e da crueldade penais. Sustentam que o Direito Penal vem sendo permeado insidiosamente pela redução das garantias e formalidades, e que para não ser totalmente contaminado é que Jakobs teria lançado mão da teoria do Direito Penal do Inimigo, garantindo-se o regramento penal clássico à expressiva parcela da população e reservando um direito de exceção apenas para a tal minoria que “rompesse o contrato” com a sociedade.

Sem olvidar das acertadas críticas dirigidas a essa corrente, não se pode perder de vista que a sociedade mudou e, por isso mesmo, o Direito também precisa mudar, adaptando-se à nova realidade. Sendo assim, ao menos sob essa ótica, é incontestável que o Direito Penal do Inimigo representa um avanço, pois chama ao centro das discussões a necessidade de mudanças, de enfrentamento da moderna criminalidade por um Direito Penal atualizado.

Canotilho³², comparando Direito Constitucional e Direito Penal, deixa transparecer a sua preocupação com o problema da segurança nas sociedades modernas, admitindo a abertura do Direito Constitucional e do Direito Penal a novos paradigmas, desde que estes paradigmas orientem uma transformação racional de suas normas.

Como ensina Miguel Reale³³, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente um fato subjacente (econômico, geográfico etc) que confere determinada valoração a esse fato e finalmente uma regra ou norma que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor. Prosseguindo, informa que fato, valor e norma não existem

²⁸Ver nota 77.

²⁹BARATTA, Alessandro. Ob. cit. pg. 103

³⁰Idéia de que o aumento da pena é a solução para conter a criminalidade.

³¹Corrente que sustenta que a tipificação penal atua como mecanismo para criação de uma identidade social.

³² Conforme Canotilho, insiste-se na absolutização dos direitos dos réus culpados quando eles extravasam da tutela da inocência ou da aquisição da verdade e se traduzem, em último termo, na infra-valorização da tutela primária das vítimas.[...] O “direito penal contra o inimigo” que hoje exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, designadamente o norte-americano e o europeu, tem testado o acerto das suas propostas constitucionais e penais em três setores das políticas e legislações criminais – a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual [...] O “inimigo” nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula. Mas não só isto. Agora, o fim da pena já não é o de uma função geral preventiva socialmente integradora mas sim o da repressão expiatória através da segregação e neutralização do criminoso que, pelo seu comportamento, desestabilizou as expectativas normativas compartilhadas pelos cidadãos, colocando-se em guerra contra o Estado e a comunidade. [...] A pressão recai sobre as Constituições obrigando-as a rever os respectivos textos sobretudo no âmbito das liberdades e das garantias, transformando as regras em exceções e as exceções em regras [...] O Estado de Direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade sem as restrições do “direito de necessidade”. (in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. nº 58. pg. 330\334.)

³³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*.pg. 65-67.

separados uns dos outros, coexistindo em uma unidade concreta, de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.

Portanto, sendo o Direito: fato, valor e norma, conforme a Teoria Tridimensional de Miguel Reale, nada mais natural do que, sempre que surja um novo comportamento humano ou que recrudesça determinado comportamento de forma recorrente, a ponto de despertar o interesse do direito penal, possa a sociedade reagir. Na verdade, passa a ser lícito e até recomendável que tais comportamentos sejam, novamente, valorados pela norma penal, tipificando o comportamento como crime ou, ainda, se for necessário, revendo a reprimenda imposta na norma penal anterior, com o fito de que a pena atenda a sua função de prevenção geral negativa.

Na lição de Carrara³⁴:

O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinquente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem, todas essas, ser consequências acessórias da pena, algumas delas desejáveis; mas a pena permaneceria como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados.

Não chegamos ao rigor de Carrara, porém, é certo que a pena é necessária e o seu fim precípua é o restabelecimento da ordem externa na sociedade e, reflexamente, reforçar a idéia de justiça social que deve reinar entre os homens, sob pena de instalação do caos.

Também não se pode perder de vista que a pena, por essência, é castigo e certamente não pode ser eleita como meio educativo da sociedade, pois quando utilizada é porque já se caracterizou uma falha dessa mesma sociedade. Sendo assim, após a sua efetivação – julgamento e condenação transitada em julgado ou execução provisória – com a aplicação do castigo, é que se buscará, como finalidade reflexa da pena, o ajustamento social do condenado, facultando-lhe no cárcere meios educativos e socializantes, como forma de resgate.

A despeito disso, infelizmente, pela realidade observada nos presídios do país, parece que a preocupação se dá apenas na questão do castigo, da retribuição, da contenção ou, como recentemente apontado pelos estudiosos, pela incapacitação do preso. As finalidades de prevenção geral e especial e de ressocialização ou reeducação ficam relegadas a plano inferior ou sequer são levadas em conta. Falha a prevenção geral porque não provoca a necessária intimidação na população, principalmente devido à impressão reinante de impunidade. Impunidade, diga-se, que ocorre por força da cifra negra³⁵, da lentidão do judiciário, principalmente em face da anacrônica legislação processual do país e também pela própria fragilidade da pena aplicada, às vezes, de forma extremamente branda.

Sobre a fragilidade da pena relacionada à ideia de impunidade, basta analisar a situação do crime de roubo, agravado pelo concurso de agentes e emprego de arma, tipificado no art. 157, § 2º, inc. I e II do Código Penal Brasileiro, talvez o crime praticado com maior frequência em nossa sociedade. A pena para o crime de roubo oscila entre 4 a 10 anos de reclusão e multa e, em face das agravantes, pode ser aumentada de um terço (1\3) até metade (1\2). Assim, cometido um grave crime de assalto a mão armada, trazendo significativos traumas familiares e insegurança social, finda-se por punir o infrator com uma pena a partir de cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão e multa, ressalvando que nos tribunais, invariavelmente, sendo primário o infrator, elege-se a pena mínima como a mais adequada. Nisto, fixada a pena em cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão, o regime prisional a ser imposto, em regra, seria o semiaberto, cumprido em colônia penal industrial ou agrícola ou, na pior das hipóteses, em regime

³⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito penal: parte geral: volume 2*. pg. 78.

³⁵ Ver nota 59.

fechado, em um presídio. Em qualquer dos casos, cumprido um sexto (1\6) da pena, ou seja, 16,66 % do total imputado, cerca de dez (10) meses e vinte (20) dias, obter-se-ia progressão para o regime mais brando, aberto ou semiaberto.

Em vista do acima exposto, a pena perde o seu caráter intimidatório e deixa transparecer, mesmo quando aplicada, a ideia de impunidade, de que o infrator não foi punido devidamente, contribuindo para a revolta da sociedade e para a insegurança social.

No tocante a prevenção especial, uma vez mais a impunidade e a pena muito branda a inviabiliza. Ao criminoso, passa-se a ideia de que o crime compensa.

Por fim, no tocante ao aspecto ressocializador ou reeducador talvez seja onde a pena mais deixe a desejar, posto que, quase em sua totalidade, os presídios brasileiros, hiperlotados, nem de longe se preocupam em atingir essa finalidade.

No próximo capítulo, será analisada a realidade do sistema prisional brasileiro e rondoniense e, em especial, o de Porto Velho.

4. O garantismo penal e as principais correntes criminológicas contemporâneas

Vários foram os motivos que levaram diversos estudiosos do Direito a defenderem a tese abolicionista, cuja origem é atribuída a Fillipo Gramática, destacando a crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir as funções de ressocialização e prevenção atribuídas às penas, a característica estigmatizante da pena, a cifra negra³⁶, a dúvida sobre o que deve ou não ser considerado como infração penal e, em especial, a possibilidade real dos cidadãos resolverem, através de outros ramos do direito, os seus conflitos interindividuais.

O abolicionismo penal não é único, de forma que existem diferentes e diversas versões abolicionistas penais, ora representadas pelos movimentos de abolição da pena de prisão ou de extinção da pena de morte, até a mais radical delas, a que propõe a abolição de todo o sistema de justiça criminal.

Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar³⁷, afirmam que:

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

Para Zaffaroni³⁸ o abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos.

Louk Hulsman pauta-se no entendimento de que o sistema penal se caracteriza como um problema em si mesmo, mostrando-se de total ineficácia para resolver os conflitos existentes na convivência civil. Diante disso, propõe a abolição total do sistema penal³⁹.

³⁶ Cifra negra representa a afirmação de que a maioria dos delitos passa despercebida pela sociedade e não faz parte dos registros e da estatística policial. É bem por isso que os dados estatísticos existentes não podem fazer, ainda que aproximadamente, uma correlação confiável entre a expansão do Direito Penal e a diminuição da criminalidade, posto que não analisam a real criminalidade a que a sociedade está submetida.

³⁷ BATISTA, Nilo et alii. *Direito Penal Brasileiro* – V. 1. pg. 648.

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Ob. cit.* pg. 98

³⁹ Para Hulsman, o sistema penal é um sistema que causa sofrimentos desnecessários e, mais ainda, numa distribuição socialmente injusta; acarreta diversos efeitos negativos sobre as pessoas “recrutadas” pelo sistema e apresenta uma ausência total de controle por parte de seu gestor.

Mathiesen amparou-se no simples estudo esquemático do marxismo para propor a eliminação não apenas do sistema penal, mas também de todo e qualquer processo de repressão existente na sociedade. Foi apontado como um dos expoentes dessa corrente.

Nils Christie, por sua vez, prefere a análise histórica da sociedade para fundamentar a ideia de abolicionismo, enxergando na verticalização do poder uma maneira destrutiva das relações coletivas entre os entes do ambiente social.

Foucault, embora não seja considerado efetivamente um abolicionista, com os seus estudos críticos sobre o conceito moderno de justiça penal, deixa claro que o próprio Estado fica debilitado ao fazer uso da violência, que é a prisão.

Contrariando os defensores do abolicionismo, muitos o veem como uma teoria utópica e perigosa, quase infantil, baseada na ideia de uma sociedade justa, equilibrada, formada por homens bons.⁴⁰ Além disso, ante a inexistência de um sistema de justiça, entendem que enfrentaríamos sério retrocesso, voltando ao período da vingança privada, prevalecendo novamente a lei do mais forte.

Assim, por mais digno que se mostre o raciocínio abolicionista, não parece que o mesmo deva prosperar, salvo no que tange a busca constante pela redução da repressividade do sistema penal⁴¹. Contudo, existem determinadas situações em nossa sociedade, onde crimes violentos e atentados terroristas se tornam rotineiros, que não nos permitem vislumbrar outra alternativa a não ser a aplicação do Direito Penal, sendo de fato pueril a ideia de que todos os nossos conflitos podem ser resolvidos sem a utilização de um mecanismo punitivo.

Curiosa também a afirmação de Alessandro Baratta⁴² asseverando que “substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor.”

O abolicionismo, decerto, desenvolveu-se a partir da percepção de que o sistema penal perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social, embora tenha significado enorme avanço para a humanidade contra a ignomínia da pena de morte, dos rituais macabros e das torturas. Apesar disso, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu propor 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 abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção à abolição da pena.

Com relação ao Direito Penal Garantista, pode-se defini-lo como um modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, caracterizando-se, no plano epistemológico como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, no plano político, como um método de proteção eficaz para reduzir a violência e ampliar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um conjunto de restrições que devem ser adotadas, para que o Estado possa exercer sua função punitiva, assegurando a garantia dos direitos dos cidadãos.

Zaffaroni & Pierangeli⁴³ assim conceituam o Direito Garantista ou Direito Penal Liberal:

Deve ficar claro que o direito penal do Estado de Direito ou direito penal de Direitos Humanos (‘direito penal liberal’ em sentido técnico), tem entre suas principais características o respeito à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, a

⁴⁰ Ferrajoli afirma que o abolicionismo penal configura-se como uma utopia regressiva que projeta sobre os pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos completamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal, com toda a sua complexidade e precariedade, que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. (*in Teoria do Garantismo Penal*)

⁴¹ Abolição da pena de morte e da prisão perpétua; substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos etc.

⁴² BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal. pg. 207.

⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. pg. 316.

previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidade das penas etc.

Um direito penal fundamentado no garantismo deve ter como pressuposto a redefinição dos pontos que norteiam a legislação e a própria jurisdição. Deve servir de fonte de legitimação do Direito Penal e os legisladores devem utilizá-lo como guia tanto do ponto de vista jurídico ou interno da constituição, ou seja, os princípios e os direitos fundamentais contidos nela como parâmetros normativos de validade, quanto do ponto de vista ético-político ou externo da sociedade, ou seja, dos sujeitos titulares dos direitos fundamentais violados ou não satisfeitos pelo efetivo funcionamento do ordenamento e com referência aos quais pode ser valorada a justiça.

Conforme leciona Bitencourt⁴⁴:

A formalização do direito penal tem lugar por meio da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo 'desde que' compreenda que deve integrar todos estes limites, harmonizando-se suas eventuais contradições recíprocas: compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações.

Assim, para o Garantismo Penal, a pena deve ser mantida dentro dos limites do Direito Penal e deve ser proporcional à infração cometida, sendo certo que a sua imposição deve se dar através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.

Portanto, para essa corrente, a intervenção jurídico-penal somente se justifica e se legitima quando o Estado não disponha de outros meios de controle social, quando estes já tiverem sido esgotados ou quando se mostrarem ineficazes para trazer acomodação e tranquilidade social. Mesmo assim, essa intervenção dar-se-á somente nos ataques mais violentos contra os bens de maior relevância, funcionando a norma penal como última *ratio*.

De lembrar que o Direito Penal Mínimo - e Garantista - não é contrário à manutenção do sistema penal, e muito menos defende a sua extinção, como querem os abolicionistas. Apenas sustenta que o Direito Penal deve se constituir em um arcabouço de garantias individuais e fundamentais.

Conforme assenta Ferrajoli⁴⁵:

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a impunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.

A opção por um Estado Democrático e Social de Direito representa aceitar que se aplica ao Direito Penal uma série de limites impostos por esse modelo de Estado, os quais se materializam em um conjunto de princípios. Tais princípios,

⁴⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. pg. 773-774.

⁴⁵FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. pg. 312.

ordenados sistematicamente, acabam por definir o modelo de Direito Garantista, tornando evidentes os limites para aplicação da pena e para a responsabilização social.

Na corrente garantista, o homem é visto como o centro das atenções do Estado, que, na busca pela paz social, deve reprimir apenas comportamentos intoleráveis, que causem danos sociais, atingindo os bens mais importantes. É bem por isso que o uso de proibições e imposição de comportamentos, como meio de proteger os bens jurídicos, não deve se sobrepor aos princípios que garantam a dignidade da pessoa humana.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é, na verdade, um dos maiores entraves contra a adoção de penas cruéis, como a pena de morte, prisão perpétua e inexistência de progressão de regime prisional etc. Também orienta que o Estado, mesmo sendo detentor de poder punitivo, não pode aplicar sanções que venham a atingir esse princípio ou lesionar os condenados, impondo uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade de pena aplicada.

A pena, sob qualquer pretexto, não pode, jamais, desconhecer no preso a condição de pessoa humana. Cada homem e cada condenado, por sua vez, não podem ser tratados como uma coisa, mas sim como pessoas, sendo imperioso que o princípio da humanidade esteja presente na cominação, aplicação e execução da pena.

Assim, a proibição de penas cruéis e infames, da tortura, dos maus-tratos em toda a fase inquisitória e acusatória do processo, a obrigatoriedade do Estado em adotar uma infra-estrutura carcerária provida de recursos que impossibilitem a degradação e a dessocialização dos condenados resultam da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana que, em última análise, postula que a pena deve orientar-se pela racionalidade e proporcionalidade, pois, ao contrário, será assemelhada à vingança privada, desconsiderando a condição humana do delinquente.

A vinculação à idéia de princípios, diga-se, não é nova e nem é exclusividade do garantismo penal, originando-se no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que impôs limitação ao poder penal “absoluto”, apresentando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio geral, orientador de todos os outros (intervenção penal mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, culpabilidade e legalidade).

O princípio da intervenção penal mínima é também um dos pilares sobre o qual se ergueu a teoria do Direito Penal Mínimo. Conforme assinala Nilo Batista⁴⁶ surgiu com a ascensão da burguesia, em reação ao sistema penal absolutista.⁴⁷

De acordo com o princípio da intervenção penal mínima, o Direito Penal é apenas um dentre os vários meios de que o Estado dispõe para controlar os problemas que ameaçam a paz social. Em face da violência que lhe é peculiar e do desrespeito às garantias e liberdades individuais, o Direito Penal deve ser visto como *ultima ratio*, ou seja, o último recurso de que dispõe o Estado para conter a criminalidade. Na verdade, funciona como fator limitador do poder incriminador do Estado, instituindo que a criminalização de determinadas condutas só estará legitimada se constituírem o único meio eficaz para proteger determinados bens jurídicos. Existindo outras possibilidades para solução do problema, como a utilização de medida alternativa, civil ou administrativa, estas deverão ser empregadas, não havendo porque lançar mão do meio mais danoso.

⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. pg. 84.

⁴⁷ Montesquieu afirmava que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas” (*in* O Espírito das Leis, 1962, pg. 109. Beccaria ressaltou que proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que dela possa resultar, mas criar outros novos (*in* Dos Delitos e das Penas, 2001, pg. 307). Por fim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. VIII, prescreve que a lei não estabelecesse senão penas estrita e, evidentemente, necessárias.

Correto, portanto, o entendimento de que o Direito Penal só deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens relevantes aos indivíduos e à sociedade.

O princípio da intervenção mínima é corolário de duas características do Direito Penal: a fragmentariedade⁴⁸ e a subsidiariedade. Pela primeira, entende-se que nem todas as ações lesivas a bens jurídicos devem ser proibidas pelo Direito Penal, e nem todos os bens jurídicos encontram-se sob sua proteção. Assim, o caráter fragmentário do Direito Penal resulta na submissão à sanção penal das condutas mais graves e atentatórias aos bens mais importantes. Pela segunda, há que se entender o Direito Penal como medida extrema e, por isso, a sua atuação só é legítima quando outros meios de controle social se tornem ineficazes ou forem inexistentes. Sob esta ótica, o Direito Penal não pode ser visto como *prima, sola* ou *única ratio*, pois só deve atuar subsidiariamente, quando não houver outros meios de tutelar os bens jurídicos.

Exemplo de violação ao princípio da subsidiariedade é encontrado na Lei dos Crimes Ambientais, onde, equivocadamente e enfraquecendo a norma penal, admite-se a prática de delito por pessoa jurídica.

Apesar da importância do bem jurídico tutelado, o meio ambiente, é importante ressaltar que o Direito Administrativo, utilizando o poder de polícia nele previsto, já seria adequado e suficiente para solução dos problemas ambientais, lembrando que o poder de polícia, como espécie do gênero ato administrativo, possui atributos de presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

Por executoriedade, entende-se a qualidade pela qual o Poder Público compele materialmente o administrado, sem necessidade de buscar as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu. Portanto, se bem utilizado, fazendo uso de multas, interdição de atividades, etc. O Direito Administrativo, certamente, seria mais eficaz que o próprio Direito Penal, reservando este último àqueles casos em que foram esgotados os meios de solução ou quando os mecanismos adotados forem efetivamente ineficientes ou, por último, quando inexistirem outras formas de solução.

Outro importante princípio, o da lesividade, estabelece que somente podem ser tipificadas penalmente as condutas atentatórias a bens jurídicos indispensáveis à coletividade ou a terceiros. Assim, tal princípio impede a tipificação de condutas internas e, uma vez exteriorizadas, afastam-se aquelas apontadas como simplesmente contrárias à moral, os atos imorais, posto que estes não se coadunam com a ofensividade que é primordial à legitimação da intervenção penal. Portanto, só se utiliza o Direito Penal para aqueles comportamentos que lesionem direitos de outras pessoas e que não representem simplesmente um comportamento imoral ou mesmo pecaminoso.

Nilo Batista⁴⁹ admite quatro principais funções ao princípio da lesividade: proibir a incriminação de atitudes internas do agente; proibir a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de condutas desviadas que não cheguem a afetar qualquer bem jurídico. Essas funções enumeradas por Nilo Batista nada mais são do que garantias das quais o cidadão pode lançar mão contra possíveis excessos que o Estado venha a cometer em nome do Direito Penal.

Evidente, portanto, que ao legislador cabe utilizar-se dos princípios da intervenção mínima, da adequação social e da lesividade, tanto para criar como para revogar tipos penais.

A adequação social, princípio que é atribuído ao alemão Hans Welzel, informa que o legislador deve orientar-se conforme a realidade social em que a

⁴⁸ Quem registrou pela primeira vez o caráter fragmentário do Direito Penal foi Binding, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial (1896) e, desde então, esse tema sempre se faz presente na introdução ao estudo da parte especial do código penal (in BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. pg. 86)

⁴⁹ BATISTA, Nilo. Ob. cit. pg. 91.

norma será aplicada. Para Welzel⁵⁰ o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua "adequação social" não podem ser consideradas criminosas e, como tal, não podem constituir delitos e, por isso mesmo, não se revestem de tipicidade.

Esse princípio da adequação social está intimamente ligado à ideia de costume, o qual se relaciona com o comportamento. Neste sentido, o julgador deve levar em consideração os costumes presentes na sociedade no momento da aplicação da lei, verificando se as ações proibidas ou impostas pela norma estão adequadas ao sentimento local, representando condição especial para impedir a criação, imposição ou manutenção de tipos penais social e moralmente aceitos pela sociedade.

Vale aqui o exemplo do crime tipificado no art. 233 do Código Penal, denominado ato obsceno, pois, em 1940, quando da edição do Código Penal Brasileiro, os padrões sociais eram bem diferentes dos dias de hoje. Assim, um beijo fugaz entre um casal de namorados, em praça pública, em 1940, poderia configurar tal crime, o que, convenhamos, nos dias de hoje, não haveria o menor sentido puni-lo, posto que ato corriqueiro, comum, socialmente ajustado.

Quanto ao princípio da insignificância, ele permite excluir, da maioria dos tipos penais, as condutas que venham a causar danos de pouca importância. Esse princípio já vigorava no Direito Romano, onde se dizia que o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela – daí o brocardo: "*minima non curat pretor*"⁵¹. De outro lado, o princípio da insignificância, também chamado pelos alemães como criminalidade de bagatela, ressurge na Europa como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial e, de forma mais acentuada, após o término da segunda guerra mundial, em 1945, ocasião em que, em razão de circunstâncias socioeconômicas notoriamente conhecidas, houve significativo incremento de subtrações de pequena relevância, reconhecendo-se, na espécie, a criminalidade de bagatela.

Conclui-se, então, que diante do caráter geral e abstrato da norma penal, é possível que o legislador, objetivando criminalizar apenas as condutas que atinjam os bens jurídicos mais importantes, acabe por englobar formalmente, no caso concreto, aquelas ações irrelevantes ao direito penal. Nestes casos, compete ao exegeta verificar se a ação é formal e materialmente típica, sabendo, contudo, que algumas ações, apesar de formalmente típicas, não contam com a tipicidade material, ou seja, a conduta amolda-se à descrição abstrata prevista em lei penal, porém a ameaça de lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado é irrelevante, casos em que se torna possível lançar mão do princípio da insignificância.

É de se entender a tipicidade penal como função da tipicidade formal com a tipicidade conglobante. Quando se fala em tipicidade conglobante⁵², deve-se ter em mente que o intérprete verificou a tipicidade material da conduta, uma vez que analisou a possível aplicação do princípio da insignificância e concluiu que a ação, além de formalmente típica, é antijurídica ou antinormativa.

Pode-se, então, afirmar que o princípio da insignificância tem por fim afastar a tipicidade do fato (pelo menos a tipicidade material), uma vez que o Direito Penal se volta a criminalizar apenas as condutas mais graves, que ataquem os bens jurídicos mais importantes.

Outro princípio destacado em nosso estudo, refere-se à individualização da pena, efetivada em três etapas distintas: na fase legislativa, no julgamento judicial e, por fim, na execução da pena.

O princípio da individualização da pena tem por fim, em uma primeira etapa, orientar o legislador na determinação abstrata das sanções correspondentes

⁵⁰ WELZEN, Hans. *Derecho Penal Alemán*. pg. 83

⁵¹ O encarregado da justiça não cuida de coisas insignificantes.

⁵² Para Zaffaroni a tipicidade conglobante requer a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico tutelado mediante a comprovação da antinormatividade pela contradição da conduta com a norma, conglobada com as restantes do ordenamento que integra.

aos tipos penais. Após determinar o bem jurídico que deve ser penalmente protegido, o legislador deverá buscar uma pena cujo valor será compatível ao dano causado pela infração da norma, valorando o bem e o dano que a pena causará na pessoa do condenado. Logo, para isso ele estabelece um limite mínimo e um máximo, no qual o julgador deverá andar, conforme o caso concreto. Em uma segunda etapa, o juízo competente, analisando detalhadamente o caso que lhe é posto, optando pela condenação, decidirá, fundamentadamente, pelo limite concreto de pena a ser aplicado ao crime⁵³ (é o momento da concretização da sanção penal na sentença condenatória). Por fim, em última etapa, vem a execução da pena, aplicada em estágios, passando de um regime de pena mais rigoroso para um mais brando, até a liberdade total, sem desvios ou excesso.

Outro princípio informador do direito penal mínimo ou garantista é o da proporcionalidade, que não pode ser entendido como um simples instrumento de interpretação, mas sim como uma garantia legitimadora e limitadora de todo ordenamento jurídico penal.

Assim, se o julgador, no caso concreto, entender que a pena privativa de liberdade não é necessária, sendo suficiente a aplicação de pena de natureza diversa, como são as penas alternativas, estas, e somente estas, deverão ser aplicadas.

Levando em conta que o afastamento completo de punição é medida inovadora e excepcional, o que deve ser feito é conjugar o princípio da proporcionalidade com o princípio da suficiência da pena, aplicando somente a pena necessária (qualidade da pena) e suficiente (quantidade da pena) para evitar e prevenir o delito, acolhendo a máxima de Von Liszt "só a pena necessária é justa".

O princípio da culpabilidade pode ser entendido como fundamento da pena, como elemento de determinação ou mediação da pena e como conceito negativo à responsabilidade objetiva. Todavia, para o presente estudo, interessa mais o conceito de culpa como elemento de medição da pena.

⁵³A pena é fixada em três fases, conforme dispõe o art. 68 do CP (*há quem diga, não sem fundamento, que são quatro fases, e a última delas seria a redução em face do reconhecimento da forma tentada do delito*). I - Pena-base; II - Aplicação das Agravantes e das Atenuantes; III - Aplicação das Causas de Aumento e de Diminuição da Pena; **I - Primeira fase:** Fixa-se, primeiro, a pena-base, com os olhos voltados para o art. 59 do CP.: a) Culpabilidade: Leva em conta o grau de censura à ação ou omissão do réu; b) Antecedentes: São os fatos anteriores da vida do agente, que podem ser bons ou maus, lembrando que bons antecedentes não se confundem com primariedade; c) Conduta Social: Abrange o comportamento do réu no trabalho e na vida familiar, bem como na comunidade onde vive; d) Personalidade do Agente: Leva em conta a índole do acusado, a sua maneira de agir e sentir, examinando o seu caráter e a sua estrutura psicológica; e) Motivos do Crime: Todos os fatos que levaram o réu a cometer o delito, lembrando que o motivo é antecedente psicológico do ato volitivo que levou ao crime; f) Circunstâncias do Crime: São os elementos que não compõem o crime, todavia influem sobre a sua gravidade, como o estado de ânimo do réu, as condições de tempo, lugar, ocasião, maneira de agir; g) Conseqüências do crime: Leva em conta o maior ou menor dano para os familiares da vítima e para a coletividade. h) Comportamento da vítima: É a verificação do grau de colaboração, negligência ou provocação da vítima. **II - Segunda Fase:** Levam-se em conta as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas no Código Penal (agravantes: 61 e 62; atenuantes 65 e 66, todos do CP) havendo concurso entre agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pela circunstância que for preponderante (motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência). A diferença entre agravante e qualificadora - as qualificadoras alteram a pena-base prevista para o crime e são encontradas na parte especial do CP. Já as agravantes são encontradas na parte geral do CP. Havendo concurso entre qualificadoras, uma delas serve como qualificadora propriamente dita, enquanto que as demais são consideradas como circunstâncias judiciais agravantes, analisadas, portanto, na primeira fase da dosimetria da pena. **III - Terceira Fase:** Levam-se em conta as causas de aumento e de diminuição da pena que podem ser encontradas tanto na parte geral como na especial do CP; se na parte geral, podem alcançar todos os delitos, como é o caso do art. 14, II do CP (forma tentada do delito), porém, quando encontradas na parte especial, referem-se ao tipo penal em específico (privilegio da violenta emoção logo após injusta provocação da vítima). A mesma circunstância não pode ser computada duas vezes, sob pena de *bis in idem*. Apresentam valor expressamente fixado, podendo variar dentro da fração proposta. O juiz aplica primeiro as causas de aumento e depois as de diminuição, sendo inadequada a compensação. Importante é ressaltar que a última operação a ser feita, vai ser sempre em relação à forma tentada do delito, quando do reconhecimento do art. 14, II do CP.

Na ótica da culpabilidade, o magistrado irá concretizar o juízo de censurabilidade da conduta do agente, impondo-lhe a pena que seja a mais ajustada ao crime e à forma e circunstâncias em que ele foi praticado.

Por fim, o princípio da legalidade estabelece que apenas a lei deve conter normas incriminadoras, sem a qual nenhum fato pode ser considerado criminoso e nenhuma pena pode ser aplicada. Este princípio encontra-se insculpido em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XXXIX e, também, no Código Penal, em seu art. 1º, constatando-se que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade visa limitar o poder punitivo do Estado, garantindo a segurança do ordenamento jurídico, tanto através da previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado, quanto por meio da perspectiva subjetiva do sentimento de segurança jurídica. Garante-se, assim, a possibilidade de prévio conhecimento das condutas penalmente reprováveis e das penas impostas, assegurando ao cidadão que ele não será submetido à sanção penal diferenciada da prevista em lei, abrangendo a pena abstrata prevista pelo legislador, a pena aplicada concretamente pelo juiz e a sua execução pela via administrativa-jurisdicional.

O princípio da legalidade ampara-se em outros quatro princípios, que são: *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (impede a retroatividade da lei penal incriminadora, que somente deve ser aplicada a fatos futuros, salvo quando beneficiem o réu); *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* (a lei penal incriminadora deve ser escrita, não sendo admitida a figura de tipo penal incriminador derivado de regra de costume); *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (veda o uso de analogia para fundamentar a proibição de condutas ou tornar a pena mais gravosa. Afasta-se, portanto, a utilização da analogia *in malam partem*, admitindo, por outro lado, analogia *in bonam partem*); *nullum crimen nulla poena sine lege certa* (a lei penal, por força do próprio princípio da legalidade, deve ser certa, clara e precisa, evitando interpretações dúbias. Com isso, busca-se afastar os abusos que podem ser cometidos em face de redações legais imprecisas e da própria flexibilização e enfraquecimento do direito penal).

Diante do que foi exposto, razoável, portanto, é o entendimento de que a opção por um modelo de Direito Penal Garantista, entendido como meio termo entre dois extremos – abolicionismo penal e direito penal máximo – bem se ajusta aos anseios de racionalidade que devem nortear a vida em sociedade, servindo para informar a atuação do Estado, permitindo, inclusive, alcançar, efetivamente, justiça social.

Conclusão

O Direito Penal na medida que é visto socialmente como a panaceia para a resolução de conflitos, de algum está vinculado a violência. As interações humanas estabelecidas na sociedade contemporânea se ancoram no Direito Penal, em face da normatização desses quando das condutas que ferem o regramento social. Assim, diversas proposituras sugerem o uso do Direito Penal como política pública, em especial na área de segurança pública, o que banaliza o Direito em si e coloca em risco os interesses e garantias do cidadão, pois o sentido da punição com cárcere passa a ser exacerbado.

Não obstante as teorias que punitivas, novos discursos teóricos têm surgido para divergirem o punitivismo como solução para as enfermidades sociais, como é o caso do Abolicionismo Penal. Outras vertentes descriminalizantes ou são descritas nas leis em dão guarida aos crimes de menor potencial ofensivo, que preferem a educação como forma de reparação do dano ao cárcere.

Destarte, a Política Criminal, que é composta por princípios que atuam como mantenedores da legislação penal, bem como possibilitam sua alteração e incremento dos órgãos de aplicação da lei. Assim, as ações estatais voltadas ao enfrentamento da criminalidade estão expressas pelas principais correntes de pensamento, a saber: Direito Penal Liberal e Garantista, representado pelo Direito

Penal Mínimo, o Abolicionismo Penal, o Movimento Lei e Ordem. Por óbvio, este rol não é taxativo, uma vez que a dinâmica social impõe discussões para o aprimoramento das políticas criminais.

Nesta esteira, ao conhecermos a política pública adotada pelo Estado, nos é possível descrever qual a corrente criminológica foi colocada como prioridade para o combate as mazelas criminosas. Em boa parte, as políticas públicas sociais têm sido substituídas por políticas criminais, o que tem se mostrado ineficaz no âmbito da segurança dos cidadãos. Ensina Baratta⁵⁴:

“Impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre política penal e política criminal, entendendo-se a primeira como resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Uma política criminal alternativa é a que escolhe decididamente esta segunda estratégia, extraindo todas as consequências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado. ”

Não se perde de vista que as políticas sociais não podem e não devem ser substituídas por políticas criminais punitivas. O Estado que deve se interessar em adequar os serviços que prestar em consonância com as carências de seus cidadãos. Afastando-se de premissas punitivas por meio de políticas sociais que afastem os administrados da exclusão social trazida pelo cárcere.

Sobre resta apreciar as condições prisionais brasileiras. No sistema prisional apenas atua por força da teoria absoluta da pena, que utiliza o encarceramento com castigo, quiçá vingança estatal. Sem a preocupação em reintegrar com dignidade aquele que foi recolhida a cadeia por ter cometido um ilícito. Apesar de a legislação regulamentar a prevenção geral e especial da pena, estas estão à margem da realidade fática, ou seja, apenas e tão somente se colocam como ficção jurídica. A violência prospera e o fator reincidência é um dos motores que aceleram esse avanço.

O caráter intimidatório é banalizado, seja em virtude da aplicação banal da pena, seja em virtude de cumprimento de pena sem em razão de um sistema progressivo que é flexibilizado a todo instante, em virtude de dispositivos legais ou jurisprudenciais que geram a sensação de impunida. Pior quem cumpre afirma que saiu pior do entrou no sistema prisional, e, a sociedade, não acredita que penas que foram fixadas proporcionalmente ao ilícito perpetrado não são cumpridas na integralidade que se espera. O Estado corre o risco de deixar transparecer que o crime compensa.

Ao final, a carência do princípio reintegrador para o apenado é o que mais padece de atendimento. Com as políticas punitivas retributivas se cria mais pessoas etiquetadas e menos cidadãos são capazes de retornar ao meio social e começar de novo, em busca de um futuro melhor.

Referências Bibliográficas

ALBERGARIA, Jason. Das Penas e da Execução Penal. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

_____. Noções de Criminologia . Belo Horizonte, Mandamentos, 1999.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. O desafio da violência à sociedade brasileira.

Jus Navigandi, Teresina, a. 8, nº 158, de 11 de dez de 2003. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=4611> >

AMARAL, Luis Otávio O. Violência e Crime, Sociedade e Estado

. Jus Navigandi. Teresina, a. 3, n. 27, dez de 1998. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=4945>>

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. pg. 201.

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.
- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo, IBCCRIM, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8ª. Rio de Janeiro, Revan, 2002.
- _____. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2004.
- BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugênio Raul. ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro Volume. Rio de Janeiro, Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo, Editora Jurídica Gaetano Dibenedetto Ltda, 1996.
- BENETI, Sidney Augustinho. *Execução Penal*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo, RT, 1999.
- _____. *Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas*. São Paulo, Saraiva, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: texto consolidado até a emenda nº, de 00.00.2007*. Senado Federal, 2008. Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislação/const/>. Acesso em 20.07.2008
- _____. *Lei 7.210/84. Lei de Execução Penal*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/bdcoi/legbra/legbra.htm>.
- _____. *Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil – Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, 1995.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. 2ª. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- BRAZ, Mirele Alves. *Reflexões sobre a violência e a participação da sociedade nos novos rumos da segurança pública*. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 5, n. 51, out de 2001. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=2269>
- >
- CABRAL, Sandro. *“Além das Grades”: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional*. Escola de Administração. Universidade Federal da Bahia. 2006. (Tese de Doutorado).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 58. São Paulo, RT, 2006.
- CAPELA, Fábio Bergamin. *Pseudo-evolução do Direito Penal*. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 3, n. 27, dez de 1998. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=2795> >
- CAPEZ, Fernando. *Execução Penal*. São Paulo, Paloma, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo, Conan, 1995.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito penal: parte geral: volume 2*. Campinas\SP, LZN, 2002.
- CERVINI, Raúl. *Os Processos de Discriminização*. 2ª. São Paulo, RT, 1995.
- COGAN, Arthur. *Prisão Especial*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- DOTTI, Rene Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo, RT, 1998.
- DOTTI, Rene Ariel et alii. *Penas Restritivas de Direitos*. São Paulo, RT, 1999.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios (Terceirização)* USP, 1996, (Dissertação de Mestrado).
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão - teoria do garantismo penal*. São Paulo, RT, 2002.
- FERREIRA, Carlos Lélío Lauria & VALOIS, Luis Carlos. *Sistema Penitenciário do Amazonas – História – Evolução – Contexto Atual*. Curitiba, Juruá, 2006.
- FERREIRA, Carlos Lélío Lauria & MESQUITA NETO, Teófilo Narciso de. *Manual de Conduta do Preso*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. 2ª. Campinas, Bookseller, 1998. p. 33. 35. FEU ROSA, Antônio José Miguel.

- Execução Penal. São Paulo, RT, 1995.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis, Vozes, 2002.
- FURTADO, Sebastião Renato. Evolução do Direito Penal. Jus Navigandi. Teresina, a. 3, n. 27, dez de 1998. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=1578> >
- GARCÉS, Walter de Abreu. Curso Básico de Direito Penal: parte geral. São Paulo, José Bushatsky, 1972.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal – vol 1 – tomo I – 4ª. São Paulo, Max Limonad, 1975.
- GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas. São Paulo, RT, 1999.
- _____ Estudos de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, RT, 1999.
- GOMES, Geder Luiz Rocha. A Substituição da Prisão – Alternativas Penais: Legitimidade e Adequação. Salvador, Podivm, 2008.
- GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil: A Interpretação Restritiva e a Vedação Legal nos Crimes Hediondos como Elementos de Estigmatização do Condenado. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007.
- GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. Rio de Janeiro, Impetus, 2006.
- GUZMAN, Luís Garrido. Manual da Ciência Penitenciária. Madri, Edersa, 1983. pg. 204
- HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputacion en derecho penal. Santa Fé de Bogotá, Temis, 1999. pg. 95.
- HERKENHOFF, João Batista. Crime: Tratamento Sem Prisão. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo, Nova Cultural, 1997.
- HOBBS, Thomas. Do Cidadão. São Paulo, Martin Claret, 2004.
- JAKOBS, Günter. & CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 2005.
- JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. 1º vol. 12ª. São Paulo, Saraiva, 1990.
- KANT, Emmanuel. A paz perpétua. São Paulo, Brasil, 1936.
- KARAN, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. Conversações abolicionistas - Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. V. 4. São Paulo, IBCCRIM, 1997.
- KUEHNE, Maurício. Execução Penal. Curitiba, Juruá, 2001. 126 p.
- _____ Doutrina e Prática da Execução Penal. Curitiba, Juruá, 1995.
- LAURELLI, Laércio. Da Impunidade. São Paulo, Iglu, 2000.
- LEAL, César Barros. A Prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos Direitos Humanos dos Presos. In Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, vol. 1, nº 6, jul\dez 1995.
- _____ Prisão: Crepúsculo de Uma Era. 2ª. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramática. 1991.
- MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira. Crime, Sociologia e Políticas Públicas. Belo Horizonte, Newton Paiva, 2004.
- MARCÃO, Renato Flávio. Curso de Execução Penal. São Paulo, Saraiva, 2007.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Teoria dos Tipos Penais. São Paulo, RT, 2004.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal – Comentários à Lei de nº 7.210, de 11-07-1984. São Paulo, Atlas, 2000.
- _____ Manual de Direito Penal – parte geral – arts. 1º a 120 do CP. 7ª. São Paulo, Atlas, 1992.
- NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal – vol 1. São Paulo, Saraiva, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 3ª. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- _____ Leis Penais e Processuais Penais Comentadas . São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. Educação Escolar entre as grades. São Carlos, EDUFSCAR, 2007.
- PIMENTEL, Manuel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- PORTO, Roberto. Crime organizado e Sistema Prisional. São Paulo, Atlas, 2007.
- PUIG, Manoel. La función de la pena. Barcelona, PPU, 1985.
- RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad Legal Y Derecho Supralegal. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo, Saraiva, 1987.
- RONDÔNIA. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Cartilha – Direitos e Deveres do Preso. 2006
- ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. Lisboa, Veja, 1993.
- _____. Tem futuro o Direito Penal? – Doutrina Penal – primeira seção. Revista dos Tribunais. n° 790. agosto de 2001, ano 90. pg. 468-9.
- SALEILLES, Raymond. A Individualização da Pena. São Paulo, Rideel, 2006 (Biblioteca Clássica).
- SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Administração Penitenciária. Dicas – o guia que você precisa para ficar livre de vez. 2006.
- SICA, Leonardo. Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão. São Paulo, RT, 2002.
- SOBRINHO, S. F. C. G. A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. V. 2. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1970.
- THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrè. A questão penitenciária. Petrópolis, Vozes, 1976.
- WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro - parte geral. São Paulo, RT, 1999.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro, Revan, 2001