

# O DIREITO PENAL MÍNIMO COMO SAÍDA

Brenda Letícia Nobre Amando<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro vive fases negras. A superlotação e os tratamentos desumanos chegam a níveis nunca vistos antes. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias afirma que a população prisional brasileira alcançou a marca de 726 mil presos em 2016, apesar de comportar apenas 368 mil vagas (INFOPEN, 2016, p.7). A sociedade está indiferente para esta problemática. O preso não tem para quem pedir socorro. O que a Lei de Execução Penal preceitua é ineficaz e meramente simbólico. Zaffaroni (1991, p.48), ao descrever esse simbolismo, diz que "o discurso jurídico-penal sempre se baseou em ficções e metáforas, ou seja, em elementos inventados ou trazidos de fora, sem nunca operar com os dados concretos da realidade social"

Antes de falar sobre os modelos de Direito Penal e qual deles será melhor para a sociedade brasileira, é necessário fazer a seguir uma breve análise da atual conjectura penal, ressaltando suas incontrovérsias. Vivemos uma crise, sobre isso não há dúvida. Estamos num colapso do sistema penal, que comete mais injustiças que qualquer outra, resultando em um ciclo de problemas subsequentes em que a solução fica cada vez mais distante da realidade.

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

Temos um Código Penal que historicamente é abrangente, listando uma série extensa de tipos penais, desde o revogado crime de adultério (artigo 240) até o atual delito envenenamento da água potável, previsto no Código Penal (1940, p.104) com sanção exagerada, assim disciplinado "art. 270 - Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo: pena - reclusão, de dez a quinze anos."

---

<sup>1</sup> Brenda Letícia Nobre Amando, graduanda em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7), monitora no Programa de Iniciação Científica (PID) da cadeira de Direito Penal II. Endereço eletrônico: brendaletici07@hotmail.com.

Sem esquecer a quantidade extraordinária de crimes tipificados em leis penais especiais. Situações estas que deveriam ser solucionadas em outras esferas, que não a criminal. Vê-se aqui um excesso, uma busca por prever todos os fatos para que não haja vazios na legislação penal, porém de efetivo não há nada. O legislador, ao criá-los, busca passar uma imagem de segurança com a sensação de que com mais leis, todos serão punidos, sendo essa a solução final para o problema. Na verdade, não funciona assim.

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia (BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA E SLOKAR, 2003, apud GRECO, 2009, p.14-15).

Essa gestão encaixa-se com a famosa política romana do Pão e Circo, tão recorrente no nosso País e assim criticada pela Promotora de Justiça Lenna Luciana Nunes Daher (2009): a comida sacia o corpo e o lazer alimenta a alma, proporciona bem estar, alivia a mente. O que é inadmissível é a utilização do pão e do circo como forma de alienação da população em pleno século XXI.

Criar novos delitos ou aumentar preceitos secundários não adianta se a justiça não é feita, por consequência o processo penal não transcorre em tempo útil e a finalidade preventiva da pena não é alcançada. Estamos em um país em que a burocracia do sistema gera impunidade, pois a justiça criminal não está sendo capaz de vencer a quantidade de processos existente, alguns até casos banais que são levados ao tribunal de última instância. O fato é que o Judiciário não tem capacidade de julgar no tempo necessário, são muitos processos, muitos prazos, entre outros óbices que impedem um andamento útil. O professor Hélio Leitão resume "o processo não corre, ele se rasteja".

Diante de tantas problemáticas, Luigi Ferrajoli em seu livro *Direito e Razão* trata de dois modelos de Direito Penal. Um é o chamado Direito Penal Máximo, totalmente inquisitivo e autoritário, ofensivo ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana previsto na Constituição Federal de 1988. O autor considera o modelo irracional para uma sociedade:

[...] se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação (FERRAJOLI, 2002, p.84).

Por outro lado, há o modelo de Direito Penal Mínimo, objeto do meu estudo. Esta será a opção que melhor se enquadra para fazer frente a problemática do sistema. Entre os movimentos de Abolicionismo Penal, o de Lei e Ordem (advindo do Direito Penal Máximo, também conhecido como punitivismo) e o de Direito Penal Mínimo (denominado por Rogério Greco como Direito Penal do Equilíbrio) este último será a saída para esta situação de crise do sistema punitivista, é tanto que o mundo caminha para esse estágio. Ministro Nelson Hungria simplifica:

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal". (Comentários ao Código Penal, RJ: Forense, 1958, vol. VII, p. 178).

### **3 PROPOSTA DE SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO
2. BREVE ANÁLISE DAS PROBLEMÁTICAS QUE ENVOLVEM O SISTEMA PUNITIVO
  - 2.1. Ressocialização e finalidade preventiva da pena inexistente
  - 2.2. Polícia militar e sua atuação pós-delito vs. Polícia civil e sua atuação preventiva
  - 2.3. Facções criminosas: o pior dos obstáculos
3. MODELOS PENAIIS
  - 3.1. Punitivismo
  - 3.2. Abolicionismo
  - 3.3. Direito Penal Mínimo como saída
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS
5. REFERÊNCIAS

## **4 RESULTADO ESPERADO**

Como o cenário punitivo é extremamente complexo, é importante deixar claro as problemáticas que o circundam e suas respectivas influências para o futuro colapso do sistema penal.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Só haveriam sanções para os crimes mais graves, como homicídio, roubo, estupro e extorsão mediante sequestro. Para situações de mínima ofensa a bens jurídicos, a tutela ficará de responsabilidade de outros ramos do Direito, geralmente de maneira indenizatória. Se assim ainda não houver eficácia, apelara-se ao âmbito criminal, ou seja, o Direito Penal será utilizado como último recurso.

Um exemplo simples utilizado por um especialista em Direito e Processo Penal, Bruno Bessa de Lima (2012), em seu artigo Direito Penal Mínimo na sociedade brasileira é de que o crime de difamação, previsto no artigo 139 (difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: pena – detenção de três meses a um ano, e multa), poderia ser resolvido em sede de reparação pecuniária de danos à moral pelo Direito Civil. Vê-se aqui a solução para grande parte dos delitos do ordenamento, esvaziando a Justiça Penal e fazendo com que ofensas graves a bens jurídicos sejam sentenciadas com celeridade, sem que um juiz de direito tenha que julgar bagatelas.

Finalizo com um Habeas Corpus da Ministra Carmen Lúcia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDOTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CRIME MILITAR

1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. [...] (HC 107638 PE, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data

de Julgamento: 13/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187  
DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011).

## 6 REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, v. I, p. 631.

BRASIL. **Coletânea Básica Penal**. 8ª ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

DAHER, Lenna Luciana. **Pão e Circo**. 2009. Disponível em:  
<<http://promotordejustica.blogspot.com.br/2009/01/po-e-circo.html>>. Acesso em: 08 maio 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. 3ª ed. Rev. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, vol. VII, p. 178.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2017. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 08 maio 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

LIMA, Bruno Bessa. **Direito Penal mínimo na sociedade brasileira**. 2012. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/22338/direito-penal-minimo-na-sociedade-brasileira>>. Acesso em: 08 maio 2018.