

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

LIDIANE DA SILVA E SILVA

A DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO NA ESFERA PENAL

**CURITIBA
2010**

LIDIANE DA SILVA E SILVA

A DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO NA ESFERA PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Profº. Lourenço Chemim

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

LIDIANE DA SILVA E SILVA

A DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO NA ESFERA PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2010.

“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão fartos.”

“Bem-aventurados os perseguidos por causa da justiça, porque deles é o reino dos céus.”

Mateus 5:1-12

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DIREITO PENAL: CONCEITO E PROCESSO DE EXPANSÃO.....	8
2.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL.....	8
2.2 PROCESSO DE EXPANSÃO.....	9
2.2.1 Medo, Insegurança e Mídia.....	9
2.2.2 Seletividade.....	13
2.2.3 Movimento da Lei e Ordem.....	16
3 DESCRIMINALIZAÇÃO.....	21
3.1 CONCEITOS BÁSICOS VINCULADOS À DESCRIMINALIZAÇÃO.....	30
3.1.1 Despenalização.....	30
3.1.2 Descarcerização.....	34
3.1.3 <u>Desinstitucionalização.....</u>	<u>35</u>
<u>4 DIREITO PENAL ADEQUADO E DEMOCRÁTICO.....</u>	<u>38</u>
<u>4.1 DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL.....</u>	<u>40</u>
<u>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>44</u>
<u>6 REFERÊNCIAS.....</u>	<u>46</u>

RESUMO

O trabalho tem por objetivo fazer uma abordagem acerca do conceito, finalidade e o processo de expansão do Direito Penal. Buscará fazer um levantamento, tanto, dos processos de descriminalização, que significa tirar o caráter ilícito de certas condutas, quanto, dos conceitos ligados a esse processo como a: despenalização, descarcerização e a desinstitucionalização. Em seguida procurará demonstrar que existem princípios que são necessários para efetivar um Direito Penal legítimo e democrático como os princípios da ofensividade e o da efetividade. Além disso, a própria Constituição Federal, embora implicitamente, assegura e consolida o princípio da proporcionalidade atribuindo ao agente infrator a pena proporcional ao mal praticado. Assim, a resposta de um Direito Penal Democrático em face da crise do sistema de justiça penal é baseada em um Direito Penal equilibrado, legítimo e digno ao combate da desigualdade, seletividade e arbitrariedade do Estado.

Palavras-chave: Direito Penal. Estado Democrático. Princípios. Descriminalização

1 INTRODUÇÃO

O presente tema foi escolhido com a finalidade de demonstrar que o Direito Penal não é o único capaz de resolver conflitos e que não deve penalizar qualquer conduta, pois a sanção penal traz consigo graves ofensas aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, aos cidadãos.

Assim sendo, tem-se como objetivo geral, neste estudo, analisar o Direito Penal e seu processo de expansão e esclarecer que existem outros meios e tipos de sanções a serem impostos aos indivíduos que não seja às vinculadas ao Direito Penal. E ainda, que esse Sistema Penal seja utilizado nos casos em que comprometem a paz social e quando violar um bem jurídico relevante e grave, tendo como meta a descriminalização de algumas condutas e conseqüentemente, ligado a esse conceito, a descarcerização, despenalização e desinstitucionalização.

Assim, os legisladores mais interessados em sua popularidade e obtenção de votos do que resolver os problemas sociais e garantir a eficiência do sistema penal, respondem com incrível irresponsabilidade, aos problemas da criminalidade, aumentando diariamente a lista de delitos e das punições sem medir as conseqüências com que essas normas incriminadoras geram no contexto na busca de um Sistema Democrático de Direito, gerando assim, uma verdadeira inflação penal, ameaçando os direitos e as liberdades individuais de todos os cidadãos.

No meio desse impasse, encontra-se a população brasileira, acuada e clamando por justiça e segurança. O cidadão torna-se refém, ao mesmo tempo,

tanto do aumento de tipos penais, na legislação, quanto do poder punitivo estatal.

Assim, primeiramente serão feitas considerações sobre o Direito Penal e o que levou este ramo do direito a expandir desordenadamente.

Em seguida, o presente trabalho, explanará sobre o processo da descriminalização de condutas não consideradas lesivas a sociedade e conceitos básicos vinculados a ele como a despenalização atribuindo medidas e penas alternativas, a descarcerização em relação a prisão cautelar e a desinstitucionalização atribuindo às instâncias informais o poder de resolver certos conflitos.

Por último, discorrerá sobre o sistema penal atual fundamentado em normas constitucionais como forma de construir uma sociedade justa e igualitária buscando, com isso, a concretização do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, a abordagem que ora se procura adentrar, tentará analisar criticamente os caminhos pelos quais tem trilhado a política criminal pátria, tendo sempre como norte a defesa de um estado democrático de direito e a construção de uma sociedade que respeite, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

2 DIREITO PENAL: CONCEITO E PROCESSO DE EXPANSÃO

Ao tratar do Direito Penal e seu processo de expansão se faz necessário distinguir alguns conceitos atinentes ao tema.

2.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL

A definição de Direito Penal comporta várias tendências filosóficas, dentre as quais se destaca a de Von Liszt, o primeiro autor a tratar do direito penal como sistema, definindo-o como “o conjunto das regras jurídicas estabelecidas pelo Estado, que associam ao crime, como fato, a pena, como legítima consequência”. (SANTORO FILHO, 2000, p. 16).

Na concepção de Jiménez de Asúa, citado por Santoro Filho (2000, p. 17), o Direito Penal é:

Conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, estabelecendo o conceito de delito como pressuposto da ação estatal, assim como a responsabilidade do sujeito ativo, e associado à infração da norma finalista ou uma medida de segurança.

O conceito de Direito Penal, sob a ótica objetiva, conforme elenca Santoro Filho (2000, p. 17) é um “conjunto de normas jurídicas que disciplinam

a atuação do Estado no tratamento do crime, regulando-o e prevendo as medidas aplicáveis ao seu autor”.

Trata-se, portanto, de uma disciplina jurídica que tem por objetivo definir crimes, disciplinar normas, cominar penas e punir o infrator da norma penal.

Sob a ótica da doutrina moderna, o Direito Penal, deve ser a última ratio, com a finalidade de assegurar a necessária disciplina social e harmonização entre os cidadãos, intervindo o mínimo necessário e somente em situações de extrema gravidade, quando outros ramos do direito não forem suficientes para resolver os conflitos.

Nesta visão esclarece o jurista Melo (2003, p. 23) que o “direito penal deve ser aplicado em último caso, quando outras soluções não forem suficientemente eficazes”.

Assim, o direito penal possui inúmeros conceitos que variam conforme a concepção de cada doutrinador e, principalmente, na referência de Estado adotado. Diante disso, o direito penal tem como objetivo comum em relação a outras concepções penais, independente do lugar e período em que for implantado, a preservação do Estado, conforme ressalta o doutrinador Santoro Filho (2000, p. 19):

O direito penal, seja qual for a época e local de vigência, tem sempre por objetivo a preservação do modelo de Estado adotado e, conseqüentemente, dos bens que lhe são mais importantes e essenciais. O modelo de estado a se preservar é que implicará um direito penal mais ou menos comprometido com o direitos e liberdades individuais, com os valores efetivamente relevantes e com a sua própria legitimação. Trata-se, portanto, de uma criação do Estado, que tem por missão primeira a sua própria preservação.

2.2 PROCESSO DE EXPANSÃO

2.2.1 Medo, Insegurança e Mídia

A obscuridade do delito vem acompanhando a evolução do ser humano desde a antiguidade, mudando apenas a forma de reagir em relação a alguns delitos. Essa alteração é referente a uma era social midiaticizada e globalizada.

O processo de globalização, influenciada pelos meios de comunicação, é o grande responsável pelo crescente sentimento de medo e insegurança da sociedade. E como resposta, o Estado, intervém através da Lei Penal, sendo considerado, por muitos, como um instrumento único e eficaz para resolução dos conflitos.

Como consequência, tem-se percebido a expansão da intervenção penal preocupado, unicamente, com as novas formas de criminalidade e punição.

Salienta Callegari e Wermuth (2010, p. 9) que:

Enquanto outros ramos do Direito vivem momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do Direito Penal se verifica o contrário: proliferam os tipos penais intangíveis e abstratos; incriminam-se variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; aumentam-se indiscriminadamente as penas; relativizam-se os princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; amplia-se extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais, que passam a invadir esferas outrora reservadas ao Poder Judiciário; e, finalmente, reduzem-se as garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência.

Neste sentido, com a pretensão de acobertar a incapacidade do Estado em resolver os problemas da sociedade, o Direito Penal se expande em suavizar o clamor da população que se encontra insegura com a proliferação constante da criminalidade. E aproveitando-se dessa situação de clamor social, os poderosos instigadores, da imposição do Direito Penal, meramente

simbólico, com apoio pleno dos cidadãos, elaboram as leis e prometem a eles, caminhos urgentes para a resolução do conflito, alcançando com isso o respeito e prestígio da sociedade. (FUHRER, 2005, p. 101).

A pressão social provocada pela insegurança surge como justificativa para a proliferação e imposições de leis severas violando, em alguns casos, o Estado do Bem Estar, que nas palavras de Callegari e Wermuth (2010, p. 11):

Redunda em uma desigualdade social que cada vez mais agudiza, diante da exclusão de grandes contingentes populacionais do mercado de trabalho, sendo justamente essa origem da maior parte dos “medos” que se abatem sobre a sociedade contemporânea.

A mídia, em geral, tem feito uso exagerado de uma propaganda cheio de fatos assustadores que provocam na sociedade um verdadeiro estado de pavor, pois os meios de comunicação funcionam, muitas das vezes, como um processo para promover crenças, culturas e valores de forma a sustentar seus próprios interesses.

Por outro lado, além da imprensa sensacionalista, os políticos oportunistas, também, têm seu grande papel na utilização indevida do Direito Penal, que aproveitam da criminalidade, estimulando a população, principalmente as camadas menos esclarecidas e necessitadas, a gritar por vingança baseado em leis extremamente severas punindo o infrator com penas graves e de longa duração, ou seja, os próprios políticos e os meios de comunicação influenciam, divulgam e vendem a banalização da violência, surgindo, com isso, uma sociedade amedrontada, insegura, revoltada e aterrorizada, em que todos criam a falsa idéia de que a qualquer momento serão vítimas de crimes graves em potencial.

Com isso, os legisladores estão mais interessados em sua popularidade e os políticos na obtenção de votos do que na racionalidade e eficiência do sistema legal ou na solução dos problemas sociais, pois os mesmos respondem, com incrível irresponsabilidade, a esses reclames, aumentando, diariamente, os tipos de delitos e o agravo das punições sem medir as consequências que essa cascata de normas incriminadoras geram no contexto do sistema Democrático de Direito.

Em face disso, ensina Santoro Filho (2000, p. 133).

O resultado político-criminal das medidas penais reivindicadas é o que menos merece a preocupação dos seus partidários, pois o que guarda relevância é a apresentação, na mídia, de respostas “corajosas” aos fatos que desassossegam a sociedade.

A sociedade só se acalma quando ocorre a “destruição” do infrator ou a imposição de leis mais severas, prisões e castigos brutais, pois a vingança popular é amplamente instigada pela mídia que tem como finalidade, única e exclusivamente, vender seu “produto” doentio de sensacionalismo.

Neste sentido, esclarece Cléber de Oliveira (2003, p. 25) que a influência da mídia faz com que ocorram as inflações legislativas, que são produzidas a toque de imprensa, endurecendo o sistema punitivo e penitenciário, como se isso fosse a panacéia para os males que provocam a violência”.

Consequência, disso, é a transformação da mídia em uma espécie de legisladora criminal, causando inúmeras mudanças na lei penal, muitas das vezes, desastrosas e irrefletidas

Grande exemplo, disso, foi a promulgação da Lei 8072/90, incluindo o crime de extorsão mediante sequestro como crime hediondo, em face do

sequestro de Abílio Diniz ocorrido em 1998. Explica Zaffaroni e Pierangeli (2002):

Menos de 2 anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma arquetada atuação dos meios de comunicação social, formulava a lei 8072/90. Um sentimento de pânico e de insegurança – muito mais produto de comunicação do que realidade – tinha tomado conta do meio social e acarretava como consequência imediata a dramatização da violência e sua politização.

Os meios de comunicação não devem ser utilizados como julgadores, estimulando a punição desproporcional e, conseqüentemente, o crime, mas sim, como educadores e socializadores, sem violar o artigo 5º, LVII da CF que dita que ninguém será considerado culpado sem que ocorra o trânsito julgado.

2.2.2 Seletividade

A seletividade do Sistema Penal sucede do descompasso entre a criminalização primária, que significa uma exagerada e descontrolada produção de leis, e a criminalização secundária, que é a concretização do que foi elaborado pelo legislador, causando uma “ruptura entre o que foi elaborado e desejado e aquilo que na realidade pode ser executado. A distância entre um e outro é simplesmente intransponível”. (GUIMARÃES, 2010, p. 193.).

O sistema criminal tem atuado de forma contrário à Constituição Federal que dita em seu artigo 5º, *caput* “que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Em razão dessa desigualdade percebe-se o domínio de uma classe mais poderosa, considerada rica, sobre um grupo mais fraco, na qual estes

saem em desvantagens em relação aos outros por fazerem parte de uma classe considerada pobre.

Sobre essa questão, Andrade (1997, p. 17) ensina que:

A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes. As possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves consequências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas.

Sob a ótica do jurista Guimarães (2010, p. 195.):

Logo, não parece coincidência que o papel de criminoso seja, quase invariavelmente, atribuído às pessoas de níveis sócias mais baixos, exatamente aquelas que estão mais descontentes com o paulatino desmonte do Estado Social e, por via de consequência, com o seu abandono à própria sorte.

A mídia, também, é a grande divulgadora e criminalizadora de condutas consideradas ilícitas, identificando os criminosos como as de classes baixas e ignorando os crimes praticados pelos de classes altas.

A mídia desempenha então papel fundamental, haja vista que consegue formatar a imagem daqueles que são criminosos, e, com isso, determinar aqueles que devem ser importunados pelo sistema penal. Tudo isso sob a égide da vulnerabilidade, eis que as agências executivas do sistema, cujo maior criminalizante se encontra, sem sombra de dúvida, em sede policial, bem sabem quais pessoas podem/devem sofrer as intervenções do sistema. (GUIMARÃES, 2010, p. 195).

Assim, segundo Greco (2009, p. 137) “o processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada”

Dessa forma, pode-se dizer que a seletividade possui um caráter quantitativo e outro qualitativo. Quantitativo, baseado nos estudos das estatísticas criminais que serviam “como ponto de apoio das investigações criminológicas” que com o aumento do crime do colarinho branco e cifra oculta, “passou-se a duvidar do valor de verdade das estatísticas criminais no que pertine à quantificação da criminalidade real”, pois essas duas questões, quais sejam, a do colarinho branco e cifras ocultas serviram “para demonstrar o quão falacioso é o discurso penal prolatado pela Criminologia positivista” (CALLEGARI e WERMUTH 2010, p. 36), pois revelou a desproporcionalidade entre a quantidade de comportamentos que foram criminalizados e a pequena parcela que chega ao sistema criminal para eventual aplicação da lei. O doutrinador Andrade (1997, p. 262-263) é claro ao afirmar que:

Nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denuncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação.

O caráter qualitativo da seletividade é pautado segundo Andrade (1997, p. 266) pela “especificidade da infração e as conotações sociais dos autores (e vítimas), isto é, das pessoas envolvidas”.

O que se percebe é que não existe uma seleção de condutas criminosas, mas sim, de pessoas que receberão o rótulo de “delinqüentes” que na grande maioria pertencem a classes sociais economicamente hipossuficientes. Assim, sob a ótica dos juristas Callegari e Wermuth (2010, p. 38): a seletividade qualitativa deve-se ao fato de que, em sociedades desiguais, os grupos poderosos “possuem a capacidade de impor ao sistema

uma impunidade praticamente absoluta das suas próprias condutas criminosas”.

Neste sentido, segundo Andrade (1997, p. 267):

(...) enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Direito Penal, não assegura por completo os direitos fundamentais e a proteção dos cidadãos e tampouco, previne a prática de crimes, mas sim, o domínio e a tirania exercidos “contra as camadas economicamente desfavorecidas da sociedade”, inclusive por meio de medidas de introdução daqueles que são escolhidos para representarem a “personificação do mal”, intensificando a conclusão de que a real função do sistema punitivo é “inspirar a confiança das classes detentoras do poder econômico infundindo terror aos setores populares, em clara afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. (CALLEGARI e WERMUTH 2010, p. 41).

Rogério Greco esclarece de forma clara e objetiva que:

O estado ainda não acordou para o fato de que o Direito Penal somente deve importar as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade. (GRECO, 2009, p. 139).

Diante do exposto, o Direito Penal é seletivo tanto no momento da criminalização primária quanto na criminalização secundária, razão pela qual se deve reduzir ao máximo a quantidade de infrações criminais com a finalidade de tornar o sistema mais justo.

2.2.3 Movimento da Lei e Ordem

Foi originado nos Estados Unidos da América, predominando no Brasil, principalmente, nas décadas de 90. (SANTORO FILHO, 2000, p. 130).

É definido, por muitos doutrinadores, como um Direito Penal Simbólico, que significa nas palavras de Douglas Torres (2001) como aquele que, “rigoroso demais, acaba sendo ineficaz na prática, por trazer meros símbolos de rigor excessivo que, efetivamente, caem no vazio, diante de sua não aplicação efetiva”.

Esse movimento foi criado com a função de mascarar o Sistema Penal que se encontra em crise e seu objetivo é impor aos infratores uma punição retributiva elevada através de leis severas que imponham longas penas privativas de liberdade.

E ainda, nesse diapasão, esclarece Guimarães (2010, p. 195) que o Direito Penal Simbólico é:

Como forma de mascarar a seletividade do Direito Penal, a ideologia estabelecida se utiliza de um forte aparato midiático para obter o consenso, inclusive, o que se chega a ser impressionante, no meio social em que são selecionadas as pessoas vulneráveis ao Direito Penal.

A desigualdade social, desemprego, falta de incentivo e investimentos educacionais são alguns dos pontos que expandem o Direito Penal, substituindo, assim, o Estado Social.

Salienta Santoro Filho (2000, p. 132).

O movimento de lei e ordem representa a perspectiva de um direito penal simbólico, uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social, são evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alarmeiam, da criminalidade.

Neste sentido, ressalta Melo (2003, p. 29).

A ideologia de *law and order* é a inspiração do neo-retribucionismo, movimento de política criminal que luta pela utilização mais intensa do sistema penal, sendo considerado incentivador da criminalização, da punição, da prisão (carcerização), da penalização.

No Brasil, percebe-se a imposição desse Movimento de Lei e Ordem com a criação da Lei de Crimes Hediondos (alterada, pela Lei 8.930/94 - prevista constitucionalmente no art. 5º, XLIII), elaborada em momento de extrema emoção, onde o governo viu-se acuado, principalmente, em face da repercussão e das personalidades que vinham sendo seqüestradas na época.

Exemplo de casos que expandiram o Movimento de Lei e Ordem são os sequestros dos empresários Paulo Medita e Abílio Diniz, a morte da atriz Daniela Perez, onde o crime de homicídio qualificado passou a fazer parte do rol dos crimes hediondos. Outro exemplo de elevação à categoria de crimes hediondos são as simples condutas como as de vender substâncias medicinais ou cosméticos sem registro e sem licença da autoridade sanitária mesmo que não cause periculosidade à população.

Assim, esclarece Guimarães (2010, p. 196):

Ao se endurecer a legislação penal com o objetivo declarado de conter a criminalidade, pretende-se alcançar, na verdade, somente o objetivo oculto de satisfação da opinião pública com uma providência por ela reclamada, mas por certo inalcançável por esse expediente.

Diante do exposto, o que se percebe é que de nada adiantou elevar certas condutas delituosas a categoria de crimes hediondos, pois em vez de diminuir, foram expandidas gradativamente.

Ressalta o exposto acima, Santoro Filho (2000, p. 135):

Embora, a essência da pena, por longo período, tenha sido a retribuição, o “pagamento do mal com o mal”, não se logrou, com ela, a diminuição da criminalidade ou a atemorização dos criminosos ao ponto de não mais incorrerem em ações delitivas. (...) Efetivamente, as estatísticas criminais não registraram, após a instituição dos crimes hediondos, alteração para menos do número de delitos que antes não tinham esta qualificação.

Assim, esse movimento é irracional e violador dos princípios constitucionais, pois, na realidade não se objetivam proteger os bens jurídicos, mas sim, “manter as estruturas do poder em conformidade com os interesses das elites dominantes”. (GUIMARÃES, 2010, p. 198).

Não é esse movimento repressor que irá deter o crime, pois este sempre existiu e sempre existirá, seja no Brasil, seja em qualquer outro país com costumes, crenças diversas, atingindo tanto pobres quanto ricos sem distinção de classe e etnia. Pois, crime, segundo Cléber de Oliveira (2003, p. 25) é um fenômeno intangível, cabendo a sociedade, “cobrar políticas adequadas à redução da violência a patamares sustentáveis, contando para isso com o apoio da imprensa séria, compromissada com sua verdadeira função social”.

O que se pode fazer, para pelo menos diminuir o crime, não é impondo penas severas, mas sim, trabalhar com a prevenção, educação e principalmente dar oportunidade ao infrator, de delitos de pequena e média gravidade, de ter a opção de reparar o mal cometido por ele perante a sociedade impondo ao mesmo, alternativas de penas, como as restritivas de direito, no lugar da prisão.

Enfim, diante do exposto, o que se percebe com o implantação desse sistema penal rigoroso, nas palavras de Guimarães (2010, p. 198) é que:

Aqueles que se encontram no poder de legislar, assim como todo o sistema penal de controle social, objetivam desenvolver funções simbólicas, embora façam parecer que cumprem funções instrumentais, o que teria por fim último passar a impressão de que o Direito penal funciona a contento, plenamente, estando a sociedade plenamente disciplinada e, destarte, protegida.

Diante do exposto, sob a ótica dos juristas Callegari e Wermuth (2010, p. 134) conclui-se que a “criminalização de estágios prévios ao início do delito, de criação de novos tipos penais, de supressão de garantias processuais, enfim, de que o processo de expansão do Direito Penal como um todo”, é resultado da busca da “eficiência” que se procura transmitir ao Direito Penal, como resposta eficaz ao descontrole da coletividade, mas que na verdade é o desgoverno do próprio Estado.

3 DESCRIMINALIZAÇÃO

A criação do direito foi legitimada, única e exclusivamente, pela necessidade de se regular as relações entre indivíduos, como um todo, por meios de leis que estão codificadas, para, assim, assegurar o bem estar social, desenvolvimento, igualdade, harmonia e justiça social, resguardando sempre as garantias de cada indivíduo. Percebe-se que em não havendo essa limitação ao poder sancionador do Estado não seria possível alcançar tal objetivo. Um Estado sem limitações passa a atuar arbitrariamente de forma a destruir a razão de ser do direito, tornando sua aplicação ilegítima. (MELO, 2003, p. 3).

Atualmente, o sistema penal anda em crise, devido o Estado agir arbitrariamente sem limitações, pois segundo o doutrinador Melo (2003, p. 1), há críticas relevantes a respeito do sistema penal que para muitos doutrinadores é “uma verdadeira ‘fábrica de culpados’, um sistema que cria e reforça as desigualdades sociais, além de fazer do condenado uma outra vítima”.

Devido a essa crise aparente, a doutrina atual, baseada numa intervenção mínima das normas penais, surge como uma política criminal que busca a concretização de um Estado Democrático de Direito, baseado em princípios e objetivos a serem alcançados, como a descriminalização, descarcerização, despenalização e desinstitucionalização, que tentam combater a criminalidade e reduzir a violência. Trata-se de meios e metas que melhor se adequam a realidade atual, transformando o lado quantitativo em efetivo e qualitativo.

Segundo a maioria dos doutrinadores modernos a descriminalização se baseia em retirar o caráter ilícito de uma conduta considerada infratora, ou seja, a conduta deixa de ser típica tornando-se atípica.

Confirma o que foi dito acima o doutrinador Führer, (2005, p. 100) na qual “a descriminalização procura retirar da lei penal o maior número de tipos, transformando as antigas condutas típicas em irrelevantes penais”.

Neste sentido, ressalta Luiz Flávio Gomes (1999, p. 56) que a “descriminalização (*stricto sensu*) consiste no processo de retirar o caráter ilícito ou o de ilícito ‘penal’ de uma conduta”.

Sob a ótica do jurista Cervini (1995, p. 72), a descriminalização “é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”.

Seguindo o raciocínio acima descrito, na visão do jurista Smanio (1997, p. 25) a respeito da descriminalização:

Há uma redução legal, formal, do campo de incidência da lei penal em relação a certos comportamentos humanos. Está incluída neste conceito a conversão legal do ilícito penal para qualquer outra espécie de ilícitos, por exemplo, para o ilícito civil.

Com isso, descriminalizar significa tanto a desqualificação de uma conduta que hoje é considerada crime, quanto atribuir a outros ramos do direito, que não seja o penal, a legitimidade para a resolução dos problemas suscitados perante a sociedade.

Ainda, nas palavras de Smanio (1997, p. 26).

Descriminalizar consiste na retirada do sistema de um valor como objeto da tutela penal, reputando esse valor como passível de proteção por outros ramos do direito. Insere-se, o referido procedimento no princípio da intervenção mínima do direito penal que propõe ser devida a atuação de suas normas apenas quando a ofensa aos bens sociais seja de tal forma relevante que justifique sua necessidade. A intervenção das instâncias formais de controle social deve ser sempre excepcional, necessária somente quando as demais instâncias se demonstrarem insuficientes.

Já, na visão do jurista Oliveira (1997, p. 23):

A descriminalização opera-se quando o legislador subtrai uma determinada infração do mundo das normas penais. Observa-se que algumas dessas infrações deixam de pertencer à estrutura jurídico-penal, mas continuam a gravitar no universo jurídico de Direito, como as infrações sujeitas a “sanções de mero ordenamento social”, as quais são aplicadas pelas autoridades administrativas com mobilidade de valoração que o Estado imprime para regular a vida dos cidadãos em comunidade, regulamentando certas situações que,

mesmo sem o castigo penal, não devem ficar sem proteção ou disciplina.

Para a doutrina moderna que busca uma política criminal democrática, o processo de descriminalização tornará o Direito Penal mais efetivo no sentido de não perder tempo em condutas de pouco escalão, dando maior ênfase em condutas ilícitas consideradas graves e relevantes para a sociedade.

Pois, conforme salienta Melo (2003, p. 34) “a visão do que é ou não crime se modifica ao passar do tempo. Ou seja, o que era crime no século passado pode não ser considerado crime novamente, como também o que é crime hoje pode não mais ser amanhã”. Isso ocorre devido a sociedade passar por profundas transformações no decorrer dos tempos. Afinal, os tempos mudam, assim, como os padrões de comportamento, das crenças, dos valores, da cultura em geral da comunidade. “Daí a possibilidade de uma conduta que hoje é típica, passar a tornar-se atípica no futuro”.

Seguindo esse raciocínio, esclarece Hulsman (1993, p. 63) que:

As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é “delituoso” em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que faz, ou pelo que é.

Assim, nas palavras de Melo:

No caso de haver modificação na forma de pensar de uma determinada sociedade politicamente organizada, modificações também devem ocorrer na codificação de leis penais, promovendo a introdução de mais tipos penais, ou retirando o ilícito de uma conduta (descriminalização). (MELO, 2003, p. 34).

Neste sentido, ressalta Santoro Filho, três espécies de condutas que devem ser excluídas do Direito Penal devido a várias mudanças ocorridas no decorrer dos tempos.

A primeira baseia-se em condutas que “não implicam, de forma imediata, lesões a bens jurídicos”, ou seja, que seja apenas para uso próprio do indivíduo e que não representa um dano social. Exemplo disso é o porte ilegal de armas e o porte de entorpecentes, que ainda nos dizeres de Santoro Filho (2000, p. 152), “não há necessidade de imposição de pena, que pode ser perfeitamente substituída por medidas preventivas, tais como a apreensão do produto e sanções de natureza exclusivamente administrativa”.

Já a segunda espécie, relaciona-se na imposição de sanções de outros ramos do direito que não seja o penal. Exemplo dessa espécie é o “dano e o esbulho possessório”, passando a competência para a Justiça Civil e o peculato culposo e a facilitação de fuga culposa para a competência administrativa.

Por último, em relação a terceira espécie, devem ser “excluídos do direito penal os comportamentos de escassa danosidade social, como a maioria das contravenções penais, que poderiam ser transformados em cunho unicamente administrativo”.

Porém, neste sentido, na visão do jurista Hulsman, o sistema penal não deverá intervir quando for para garantir a predominância de “uma *concepção moral* determinada” imposta perante a sociedade como, por exemplo, a sedução e o adultério, sendo que este último já foi descriminalizado. Ainda não deverá intervir “para dar *tratamento adequado* a certas pessoas”, impondo punição a determinados indivíduos que possuem opiniões divergentes.

A não intervenção do sistema penal se dará, também, “quando se sabe que a conduta foge da *capacidade operacional* do sistema”, como o consumo de drogas e, além disso, quando se tratar de condutas que são “típicos dos grupos marginalizados”, como, por exemplo, a vadiagem.

Outras condutas que deverão ser descriminalizadas do âmbito penal são as que tratarem de crimes que as vítimas não notificam, (ex. aborto); quando se tratar de comportamento do tipo da embriaguez; quando se tratar de um desajuste social ou psíquico; quando se tratarem de condutas de difícil utilidade, como algumas suposições de manipulação genética; quando se tratarem de procedimentos da esfera privada, como o uso próprio de entorpecente, e por último; quando se tratarem de condutas que os seres humanos admitem sem que haja problemas sociais, como os jogos, por exemplo. (apud GOMES, 1999, p. 52).

Ainda, neste sentido, sob a ótica do jurista Cervini (1995, p. 119-123), devem ser descriminalizadas as “condutas de bagatela”, as que já não são “consideradas indesejáveis”, como por exemplo, jogos. Devem-se ainda, excluir do Código Penal, determinadas condutas possibilitando que outros ramos do direito tenham o controle da situação resolvendo, assim, o conflito e as condutas que expressam um risco assumido por quem as empreende.

Ainda, devem ser descriminalizadas as condutas que podem ser evitadas por fatores exteriores; os delitos sem vítimas; as condutas exclusivamente morais; condutas praticadas por certas culturas; condutas que violem a esfera de liberdade do indivíduo, como por exemplo, o uso de entorpecentes e ainda se a lei penal proibir algo não sendo possível a sua

aplicação, a conduta deverá ser descriminalizada, sendo que as “cifras negras da criminalidade” enfraquecem a credibilidade do sistema penal.

Assim, segundo Smanio (1997, p. 26).

O Direito Penal não deve invadir as áreas da moral, da ideologia ou do bem estar social, o que corresponderia a ultrapassar seus próprios limites, em prejuízo de seu papel fundamental de defender os valores e interesses indispensáveis à ordem social.

E, nas palavras do doutrinador Führer (2005, p.97).

Por tal ângulo de visão, estariam fora da esfera de atuação do Direito Criminal as infrações a meros regulamentos e as simples perturbações da ordem pública, cujo controle incumbiria à Polícia e ao Direito Administrativo. Também deveriam ser excluídas da proteção, as condutas meramente imorais, não lesivas aos bens jurídicos, como a homossexualidade, a sodomia, o rufianismo, quando os envolvidos são maiores, capazes, estão de acordo com tais práticas e não lesam bem jurídico alheio. O Estado secular não tem legitimidade para fiscalizar moralmente o particular. Tal tarefa é exclusiva da Igreja e outras organizações conexas. O Direito Criminal deve considerar apenas o dano que resulta para a sociedade. Se a conduta não produzir resultado nocivo externo, o fato é um indiferente penal.

Mostra-se que o Direito Penal só deve intervir nos casos relevantes e que de alguma forma lesem bens jurídicos de outras pessoas e não em casos exclusivamente morais ou da ordem privada.

Além desses exemplos almejados na atualidade pelo processo de descriminalização, a mesma se manifesta sob três óticas.

A primeira é a descriminalização em sentido estrito onde a conduta que é considerada ilícita, no ordenamento jurídico, passa a tornar-se lícita, ou seja, essa conduta torna-se irrelevante para o Direito. Já a substitutiva, que é a segunda forma de descriminalização, é quando se atribui a competência de certas condutas consideradas infratoras a outros ramos do direito que não seja

o Penal, pois atribuir competências de certas condutas a esses ramos do direito poderá trazer resultados mais eficazes e menos onerosos para o sistema jurídico.

Afirma e acrescenta o exposto acima, o doutrinador Cervini (1995, p. 73) que nas suas palavras.

Tanto na descriminalização *stricto sensu* como na que chamamos de substitutiva, a conduta deixa de constituir um ilícito penal, mas na primeira variável a solução é mais radical porque significa a eliminação de toda ilicitude, enquanto que na última hipótese (a substituição), embora o comportamento perca a antijuridicidade penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável.

Além das duas acima descritas existe, ainda, a descriminalização de fato que é quando o próprio sistema penal deixa de aplicar a pena, porém, sem perder sua competência e mantendo o caráter de ilícito penal da conduta.

Nas palavras de Aniyar de Castro:

Existe descriminalização de fato, segundo a autora, quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena. (apud CERVINI, 1995, p. 74).

Ainda, ao ver da jurista Aniyar de Castro a descriminalização de fato possui várias origens:

- a) a sobrecarga do sistema penal ou dos critérios da polícia, que constituem o primeiro filtro da criminalização.
- b) o não conhecimento do caráter delitivo de um fato por parte do público, que não promove a ação, ou considera que é mais conveniente recorrer a acordos privados, ou pensa que a sanção seria desproporcional à perda.
- c) a constituição de um subterfúgio para neutralizar os efeitos de uma criminalização forçada ou legitimadora, e assim, na prática, muitos

delitos de “colarinho branco” que se encontram formalmente criminalizados são descriminalizados por esta via.

d) a discricionariedade do acusador Público conforme o Comitê Europeu. A mesma prudência dos tribunais ao impor as penas mínimas ou meramente formais, também pode fazer parte do processo. Em tais casos, o conceito de descriminalização de fato sobrepõe em grande parte ao conceito de diversificação. (apud CERVINI, 1995, p. 74).

Já, sob a ótica dos juristas Dias e Andrade (1997, p. 401) a descriminalização de fato é “a não aplicação da lei incriminatória por força de renúncia da vítima à perseguição criminal ou, em geral, das cifras negras resultantes do *funneling effect* e da *criminal case mortality* ao longo do sistema formal de controle”.

Assim, percebe-se a descriminalização de fato tanto, quando uma enorme porcentagem de vítimas não denuncia à polícia os crimes cometidos por delinqüentes, quanto quando a própria polícia, também, não agir na resolução de todos os fatos, arquivando muitas das vezes os processos. Pois o “sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos em que teria competência para agir, funciona em ritmo extremamente reduzido”. (HULSMAN, 1993, p. 65).

Assim, muitas das vezes ocorre a vigência das normas sem ao menos ter sua efetividade, ou seja, uma norma é vigente quando a mesma existe produzindo ou não efeitos. Já sua efetividade ocorre quando a própria norma é executada nos preceitos da lei por seus destinatários cumprindo sua finalidade.

Diante disso em muitos casos as normas têm vigência, constituído em momento de grande clamor por parte da população, mas que muitas das vezes não são efetivos no momento de cumprir o que a lei ordena, porque sua criação não foi com o objetivo primordial de acabar com a criminalidade, mas sim primeiramente silenciar a mídia e a população que protestam por justiça.

Contudo, na visão de Hulsman, vários obstáculos impossibilitam o processo de descriminalização, seja, favorecendo a criminalização, seja dificultando sua redução. Exemplo disso é o aumento exagerado de condutas tipificadas no Código Penal, utilizando-se da criminalização para resolver problemas sociais de imediato, que na verdade servem, somente, para calar a boca da opinião pública, que insegura, clama por justiça.

Esclarece os dizeres acima o ilustre doutrinador Cervini (1995, p. 84), onde:

A criminalização pode ser utilizada pelo legislador como aparente solução para um problema social. Frequentemente, o legislador é obrigado a legislar pela pressão da opinião pública, ou de certos grupos que fazem com que ele controle um fenômeno indesejável, sem que disponha de meios eficazes para fazê-lo ou sem que ele esteja disposto a enfrentar os custos dessa ação.

Além disso, o próprio medo pela maioria das pessoas, de que a descriminalização possa acarretar o aumento exagerado de pessoas anarquistas, faz com que o processo de descriminalizador não se concretize.

Ainda, neste mesmo sentido, os meios de comunicação também são considerados como grandes obstáculos ao processo de descriminalização, no sentido de que esses meios de comunicação não se importam se estão contribuindo ou não ao combate da criminalidade, pois seus maiores objetivos são obter lucros, status e fama.

Comprova o exposto acima Cervini (1995, p.86) que:

Não é novidade, por exemplo, que a moderna imprensa escrita, falada e televisada tenham, normalmente, caráter empresarial, quer dizer, não tenham outras convicções e objetivos que os de uma grande difusão que aumente seus lucros. Neste marco, o manejo sensacionalista e folhetinesco da página policial, encarada como um mero entretenimento, é um “gancho” a mais para aumentar a venda.

Esclarece e acrescenta, neste sentido, sob a ótica do jurista Zaffaroni (2001, p. 131) que:

A capacidade reprodutora de violência dos meios de comunicação de massa é enorme: na necessidade de uma criminalidade mais cruel para melhor excitar a indignação moral, basta que a televisão dê exagerada publicidade a vários casos de violência ou crueldade gratuita para que, imediatamente, as demandas de papéis vinculados ao estereótipo assumam conteúdos de maior crueldade e, por conseguinte, os que assumem papel correspondente ao estereótipo ajustem sua conduta a estes papéis.

Contudo, apesar de inúmeros obstáculos existentes para evitar que o processo de descriminalização ocorra e que não foram citados no presente trabalho, esse ainda é o melhor caminho a ser percorrido, pois o que busca a descriminalização não é acabar com o Direito Penal, mas, sim, oferecer alternativas eficazes e menos custosos ao sistema criminal e ainda acabar com infrações de pouco escalão que não cause prejuízo as pessoas ou suas propriedades. Pois cada ser humano possui a liberdade de ir e vir, de ser ou não ser, desde que não prejudique outrem.

Ainda neste contexto, perder tempo em condutas consideradas não danosas à sociedade é tirar a prioridade das resoluções de conflitos que realmente necessitam do Sistema Criminal, pois cada infração inútil eliminada do sistema é a libertação de recursos imprescindíveis e essenciais para uma solução eficaz às condutas que realmente necessitam do Direito Penal.

3.1 CONCEITOS BÁSICOS VINCULADOS À DESCRIMINALIZAÇÃO

3.1.1 Despenalização

A despenalização não significa tirar o caráter ilícito da conduta, como busca a descriminalização, mas simplesmente oferecer medidas e penas alternativas contra quem praticou o procedimento ilícito, evitando com isso a pena privativa de liberdade em relação a delitos considerados leves.

Porém a doutrina moderna não adere a despenalização por completo, mas, somente em casos necessários e que não sejam de grande potencial ofensivo, considerados delitos de extrema gravidade tais como o homicídio, latrocínio, pois jamais poderia deixar de penalizar os infratores com condutas de grande escalão e relevância.

Neste sentido, ressalta Smanio (1998, p. 26):

Distingue-se da descriminalização a despenalização, que é um processo de redução das sanções penais aplicadas a comportamentos que continuam a ser ilícitos penais, como por exemplo, a substituição das penas privativas de liberdade por outras sanções não detentivas, como a prestação de serviços à comunidade.

Confirma o exposto acima Luiz Flávio Gomes (1999, p. 57).

Despenalizar, por seu turno, significa adotar institutos ou penas e medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam a, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos sua redução.

Na visão do jurista Führer (2005, p. 100) a “despenalização mantém o tipo penal, mas descaracteriza a pena cominada, através de substituições e derivativos, como ocorre hoje no sistema de substituições da pena privativa de liberdade, no Código Penal”.

Na opinião de Melo (2003, p. 35) a despenalização “consiste na adoção de meios alternativos de reação da conduta desviada, seja de natureza penal ou processual, buscando, assim, solucionar o conflito, sem o caráter ilícito da conduta”.

Já, sob a ótica do jurista Cervini (1995, p. 75) a despenalização é “o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”.

Assim, o doutrinador Melo (2003, p. 35):

“Não defende uma total e irrestrita despenalização, mas, uma despenalização que ocorra, quando for estritamente necessário. É obvio que o individuo que praticou ilícitos de grande potencial lesivo, tais como o latrocínio, extorção mediante seqüestro, não pode, de forma alguma, não ser penalizado grave e proporcionalmente à lesão causada”.

A prisão, além de passar por profundas crises diversas, é ainda, segundo Farias Júnior (2005, p. 225) “um astro dos mais degradantes e perversos que se possa imaginar. É o caldo de cultura de todos os vícios, baixezas e degenerescências. É a mais poderosa e exuberante sementeira de delitos”, ou seja, é o próprio inferno cheio de mazelas, trazendo conseqüências negativas, principalmente, para o encarcerado.

Mendes (1973, p. 263), esclarece que:

A prisão (reclusão, detenção, encarceramento, ou o nome que se lhe der) vem fracassando como instituição de defesa social. Pretensamente cumprindo uma função de defesa social, as prisões modernas convertem-se em entidades agressivas à organização social.

Assim, é mais notável a crise do sistema penal quando se percebe a reincidência dos infratores, pois “se a finalidade teórica da ideologia do

tratamento penitenciário é a total reintegração do detento, as altas taxas de reincidência colocam a nu a dimensão de seu fracasso”. (CERVINI, 1995, p. 39).

Acrescenta, Melo (2003, p. 09) que:

O encarceramento do indivíduo, como método de prevenção do crime e ressocialização do criminoso, fracassou nos mais diversos países e em diferentes épocas. Jamais se viu alguém sair do cárcere melhor do que quando entrou, provando que a privação de liberdade não melhora o homem, nem o aperfeiçoa, nem corrige a falta cometida, nem limpa de culpa para um retorno a vida em sociedade que ele perturbou com sua conduta delituosa.

Com isso, Damásio (2000, p. 30), esclarece as vantagens das penas alternativas:

- 1) diminuem o custo do sistema repressivo;
- 2) permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do condenado;
- 3) evitam o encarceramento do condenado nas infrações penais de menor potencial ofensivo;
- 4) afastam o condenado do convívio com outros delinquentes
- 5) reduzem a reincidência;
- 6) o condenado não precisa deixar sua família ou comunidade, abandonar suas responsabilidades ou perder seu emprego;

Entretanto, alguns juristas criticam as vantagens das penas alternativas suscitadas por outros doutrinadores argumentando que essas penas alternativas não intimidam a sociedade e muito menos os infratores, criando com isso, “uma aparência de impunidade que poderia servir de incentivo a criminalidade”. (MELO, 2003, p. 50)

Segundo Damásio (2000, p. 31), as desvantagens apresentadas por parte da doutrina se baseiam no seguinte critério:

- 1) não reduzem o numero de encarcerados;

- 2) não apresentam conteúdo intimidativo, mais parecendo meios de controle pessoal ou medidas disciplinadoras do condenado;
- 3) em face do aumento do rol de penas alternativas nos Códigos Penais, o legislador é induzido a criar novas normas incriminadoras, aumentando o número de pessoas sob controle penal e ampliando a rede punitiva, chamada *red widening*.

Contudo, mesmo que as penas alternativas tenham desvantagens, a mesma, ainda é a melhor forma de resolver os conflitos existenciais perante a sociedade, pois apesar dessas penas serem um mal, a mesma é “justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais”. (FERRAJOLI, 2002, p. 272).

Assim, nas palavras de Gomes (1999, p. 99):

O modelo penal alternativo inegavelmente conta com enorme potencialidade ressocializadora e reúne capacidade, ademais, tanto quanto avaliam os Documentos da ONU, de servir de instrumento para a preservação da segurança (prevenção do delito), sem necessidade de se recorrer à traumática pena de prisão, isto é, ao encarceramento desnecessário do infrator.

3.1.2 Descarcerização

Nas palavras de Smanio (1998, p. 26), “a descarcerização ou *desprisonização*, significam a redução ou extinção da prisão como medida processual cautelar”.

Segundo Gomes (1999, p. 58), a descarcerização está relacionada principalmente com a “negação do cárcere como pena antecipada”, ou seja, visa evitar a prisão cautelar.

Este processo é de grande importância, pois busca uma maior efetividade na atuação Estatal em diminuir os custos prisionais devido à

superlotação e principalmente evitar com que indivíduos infratores sejam presos sem antes terem sido julgados e condenados definitivamente pelo ato cometido.

Quando se sabe que temos no Brasil seis modalidades de prisão cautelar e que boa parte dos atuais cento e setenta mil encarcerados ainda não foi definitivamente julgada, percebe-se a extensão, a importância e a necessidade de um amplo movimento de “descarcerização”. (GOMES, 1999, p. 58).

Essas prisões cautelares muitas das vezes não se concretizam contra o suspeito, mas sim, para se descobrir um, deixando o suposto infrator preso até se comprovar ou descobrir o verdadeiro criminoso da prática do ato ilícito.

Segundo Luiz Flávio Gomes (1999, p.58):

A utilização massiva da “prisão cautelar” (que começou contra o terrorismo, depois passou para o crime organizado e agora contra a corrupção) é instrumento típico de um Estado autoritário, que mais preocupado está com as razões de Estado que com as razões de direito.

Assim, a descarcerização busca evitar o máximo a imposição da prisão cautelar utilizando-a somente nos casos relevantes e de extrema importância e necessidade ou ainda quando for para assegurar a efetividade do processo.

Portanto, não é impondo penas privativas de liberdade que vai garantir a diminuição da criminalidade, mas sim, respeitando os Princípios Constitucionais como, por exemplo, a liberdade, presunção de inocência, a humanidade, etc.

Apesar das garantias atribuídas ao indivíduo acusado e que, muitas das vezes são violadas, Melo (2003, p. 38) relata que:

A prisão além de eliminar, legítima e temporariamente, a liberdade também transgredir ilegítimamente outros direitos e garantias do indivíduo, como a integridade corporal, a liberdade pessoal de ação e de movimentos, a paz pública e segurança viária.

Contudo, percebe-se a ligação da despenalização com a descarcerização, na qual os dois se assemelham em relação a crítica da prisão e sua utilização somente em casos de extrema necessidade e gravidade, pois na visão de Hulsman (1993, p. 63) a pena privativa de liberdade despersonaliza e dessocializa o homem.

3.1.3 Desinstitucionalização

Pode-se dizer que todos os conceitos básicos ligados ao processo de descriminalização são autênticos processos de desinstitucionalização “que se consubstanciam em retirar das instâncias formais de controle a resolução de certos conflitos, que passam a ser solucionados pela própria sociedade por meio da regulação social informal” (SMANIO, 1998, p. 26).

Assim, como exemplo, de descriminalização dentro da desinstitucionalização, é a ocorrência da renúncia por parte do Estado em relação ao combate de determinadas condutas que de alguma forma deixou de ser considerada negativa ou porque se entende que não cabe a ele a legitimidade de controlá-las. Exemplo disso são as práticas sexuais.

Esclarece Führer (2005, p. 100) que a “desinstitucionalização retira o próprio Estado da intermediação no relacionamento vítima/causador do dano”.

Enquanto que institucionalizar significa centralizar, atribuindo unicamente ao Estado o poder de resolver os conflitos, desinstitucionalizar tem por sinônimo à descentralização onde o poder de resolver os litígios fica a

mercê de instâncias informais transferindo grande parte da competência penal para outros ramos do direito distinto do Estado.

Confirma o exposto acima Gomes (1999, p. 59) onde “institucionalizar, em suma, implica atribuir a uma instancia estatal a capacidade de reagir contra o ato desviado; desinstitucionalizar, pelo contrário, significa confiar na sua resolução pela própria sociedade”.

Inúmeros são os custos que o delito causa ao Estado e também a sociedade, pois conforme Cervini (1995, p. 50) “o custo do crime tem implícitos gastos, danos e prejuízos, tanto para as pessoas como as empresas, as instituições e para o próprio Estado”.

O mesmo autor afirma que o custo do delito é tão alto e irracional que opera em sentido totalmente contrário aos objetivos almejados pelo sistema penal. Assim, “manter criminalizadas condutas absurdas no momento atual implica gastos desnecessários que elevam os custos do delito e convertem o sistema penal em um aparato sobrecarregado e irracional”.

Segundo Polanco Palma, “a importância do sistema penal não deve ser buscada nos inúmeros delitos que tipifiquem seus códigos, mas sim na possibilidade e compromisso de estar de acordo com a realidade de cada país”, solucionado e preenchendo as lacunas que o desenvolvimento da sociedade vai deixando nas leis e no direito, pois, “somente dessa maneira conseguirá responder as exigências da comunidade e obter maiores benefícios sociais e menores custos”. (apud CERVINI, 1995, p. 67).

Porém, para que a desinstitucionalização se concretize é necessário observar certos limites baseando-se no Princípio da Subsidiariedade utilizando-

se somente o direito penal quando outros ramos do direito não forem suficientes pra resolverem os conflitos.

Praticamente a desinstitucionalização é gênero dos conceitos de descriminalização, despenalização e descarcerização na qual retira do Estado o poder de competência de determinadas condutas ou atribui a outras instâncias menos onerosas e mais eficientes, o controle da situação de conflitos, como exemplo, a atribuição de competência ao Direito Administrativo ou ao Civil em resolver o litígio, evitando com isso custos elevados num único sistema que, com certeza, devido sua sobrecarga não resolverá os conflitos que realmente necessitam de sua atenção.

4 DIREITO PENAL ADEQUADO E DEMOCRÁTICO

Conforme elenca Callegari e Wermuth (2010 p. 119):

O fenômeno expansivo experimentado pelo Direito Penal contemporâneo, em especial no que diz respeito à realidade brasileira, demonstra que o legislador em matéria penal ainda custa a assimilar que as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, o que significa que os preceitos inscriminadores devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Carta Política.

Diante disso, a lei penal deve ser efetiva e não simplesmente simbólica baseada em garantias e princípios que fundamentam uma construção legislativa racional.

Assim, nas palavras de Callegari e Wermuth (2010, p. 119) para que ocorra a efetividade da influência penal “são necessários princípios normativos pré-ordenados à regulação penal, e critérios instrumentais orientados à realidade social”, pois somente respeitando os princípios é que se terá um Direito Penal legítimo e democrático.

Dentre os princípios garantidores de um Direito Penal legítimo, se destacam o da proporcionalidade, da ofensividade e o da efetividade.

O princípio da proporcionalidade no âmbito penal, apesar de estar implícito na Constituição Federal, alude o princípio da subsidiariedade da intervenção penal na qual, o Direito Penal só deve ser utilizado em última situação, ou seja, quando os outros ramos do direito não forem legítimos e efetivos para resolver o conflito, ou seja, “utilização da pena como última razão e, portanto, a utilização privilegiada de outros instrumentos de prevenção menos lesivos aos direitos fundamentais”. Em sentido estrito, esse princípio obriga a ajustar o agravamento da conduta, o elemento da tutela e a implicação jurídica, não aplicando uma pena excessiva a uma conduta ínfima. (CALLEGARI E WERMUTH, 2010, p. 120).

Neste sentido, ressalta Greco (2009, p. 98) que:

Se o bem jurídico possui, em tese, determinado valor, e se esse valor é, por intermédio do Direito Penal, mensurado por uma sanção previamente cominada na lei penal, no caso concreto, deverá o julgador, de acordo com um processo de individualização da pena, encontrar aquela proporcional ao mal praticado especificadamente por determinada pessoa, autora do delito.

No entanto, o que se percebe é uma política de intervenção máxima fundamentada numa sociedade insegura onde os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos são violados a cada instante.

Confirma o exposto acima os doutrinadores Callegari e Wermuth (2010, p. 121):

A quantificação das penas destinadas a determinados delitos não guarda a devida proporção com a lesão do bem jurídico que se pretende proteger, ocorrendo casos em que o legislador quantifica com penas desproporcionais condutas que não atingem bens jurídicos importantes.

Assim, a proporcionalidade, elencado implicitamente no artigo 5º, III da Constituição Federal a qual dita que “*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*”, deve ser produzida mediante o bom senso da ponderação entre o encargo coativo da pena e o fim perseguido pela cominação penal, pois somente desse modo que se obterá a racionalidade de um Estado Democrático de Direito.

O princípio da ofensividade, conhecido também como princípio da lesividade consiste na exigência de que só haverá delito se houver uma conduta tipificada que cause lesão a um bem jurídico, ou seja, nas palavras de Callegari e Wermuth (2010, p. 129): “o princípio da ofensividade determinará a não tipificação de condutas que não resultam perigosas para os bens jurídicos ou que não possam comportar lesão ou colocação em perigo de valores com relevância constitucional”.

Neste sentido, ressalta Greco (2009, p. 81) que: “o princípio da lesividade servirá de norte ao legislador, a fim de que somente aquelas

condutas que extrapolem a pessoa do agente e que venham a atingir bens de relevo possam vir a ser proibidas pelo Estado por intermédio do Direito Penal”.

Assim, para que o Direito Penal seja justo e aplicado corretamente é imprescindível o critério da proporcionalidade e o da ofensividade refletindo na correta avaliação da pena e da tipificação da conduta.

Por último, o princípio da efetividade busca afrontar os fins perseguidos com os objetivos cumpridos, ou seja, o Direito penal deve ser efetivo quando suscitado, utilizando-se da razão no cumprimento de metas na qual analisa os problemas e monta as estratégias para resolvê-los.

4.1 DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Enquanto houver as graves desigualdades sociais; enquanto o Estado permanecer descontrolado e desorganizado; enquanto os operadores do direito interpretarem e consentirem que as leis ordinárias prevaleçam sobre a Constituição. E ainda, enquanto o “Estado não superar a seletividade em sua aplicação, os efeitos simbólicos que o permeiam e a deletéria estigmatização daqueles que sofrem suas consequências”, nunca o Direito Penal será recepcionado pelo conceito da democracia e, ainda, jamais o Estado chegará ao nível de controle na esfera punitiva. (GUIMARÃES, 2010, p. 132.)

Diante disso, ainda sob a ótica do doutrinador Guimarães (2010, p. 126):

Enquanto não for implementada uma política séria de inclusão social, que funcione como verdadeira barreira de contenção ante os abusos e as disparidades sociais, somente se agravará o conhecido quadro da violência cruzada entre os incluídos e excluídos, que acarretam como consequência – para sintetizar – a exacerbação inaceitável, sob o ponto de vista da democracia, da repressão penal.

Neste sentido, pode-se afirmar que o modelo de política criminal adequado e justo, que melhor se encaixa aos postulados de um Estado Democrático de Direito é a intervenção penal minimalista, pois segundo Callegari e Wermuth (2010, p. 135) o Direito Penal Mínimo é:

O único modelo de Direito Penal que permite a implementação de toda a série de garantias fundamentais previstas na Carta Magna nacional, em especial aquelas que compõem o rol do seu art. 5º. Desta forma, também se garante, conseqüentemente, o respeito a dignidade da pessoa humana, que, por força do inciso III do art. 1º da Constituição Federal, constitui um dos valores sobre os quais se funda o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Ratifica o exposto acima o doutrinador Greco (2009, p. 144):

O estabelecimento do Estado Social e o necessário processo de diminuição das figuras típicas, nos termos propostos pelo Direito Penal do Equilíbrio, farão com que diminuam os índices da criminalidade violenta, aparente, bem como permitirão ao Estado ocupar-se daquela considerada a mais nefasta de todas, quase sempre oculta, mas organizada.

Diante disso, o Direito Penal Mínimo ou Direito Penal do Equilíbrio considerado por muitos juristas como uma política democrática é definido, nas palavras de Fuher, como um “abolicionismo moderado”, pois não busca a eliminação, por completo, do Direito Penal, mas sim, sua aplicação ao mínimo necessário na resolução dos conflitos e que segundo Santoro Filho (2000, p. 147) é ainda a “melhor forma de estruturação da reação social contra o crime, com garantias à dignidade do ser humano”.

Neste mesmo raciocínio, Ferrajoli (2002, p. 270) relata que o “objetivo do Direito Penal pode ser identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência

na sociedade”, ou seja, a lei penal é voltada para amenizar a violência proibindo e punindo o “exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam”.

Entretanto, o que se vem percebendo, nos dias de hoje, é a implantação de um Direito Penal Máximo altamente repressivo, através da legislação penal ordinária vigente, que viola os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal. Pois conforme dita Greco (2009, p. 141) o “Direito Penal simbólico se transformou na ferramenta dos nossos governantes, sendo utilizado com a finalidade de dar satisfação à sociedade, em virtude do aumento da criminalidade”.

Deste modo, Eric Hobsbawm, citado por Greco, salienta que:

Todo observador realista e a maioria dos governos sabiam que não se diminuía nem mesmo se controlava o crime executando-se os criminosos ou pela dissuasão de longas sentenças penais, mas todo político conhecia a força enorme e emocionalmente carregada, racional ou não, da exigência em massa dos cidadãos comuns para que se *punisse* o anti-social. (apud GRECO, 2009, p. 141).

Portanto, para que o Direito Penal não seja meramente simbólico e para que o Estado Democrático de Direito seja efetivo e concreto é necessário reduzir as desigualdades sociais, realizando a justiça social por meio de normas fixadas em uma Constituição na qual impera o interesse da multidão.

Mais do que nunca é preciso ter em mente que, com o povo oprimido, espoliado e renegado pelo sistema penal, não pode haver exercício de cidadania; com exclusão social gerando abismos sociais, não pode haver solidariedade nem unidade comunitária; com dependência de capitais externos que gera total submissão econômica, não pode haver soberania; com a exploração do homem pelo homem, não pode haver respeito aos direitos humanos, não pode haver justiça, nunca se alcançarão a paz e a harmonia social, e muito menos um Estado Democrático a ser defendido pelo Ministério Público. (GUIMARÃES, 2010, p. 132).

Ante o exposto, a Constituição Federal compõe um hábil instrumento para a construção de uma sociedade mais digna, que assegure aos cidadãos condições mínimas para sua sobrevivência, e igualitária em relação a realidade social do país.

Neste sentido, Greco (2009, p. 141) salienta que a Constituição Federal:

Preconiza serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, conforme se verifica pela leitura do art. 6º, constante do Capítulo II, correspondente aos Direitos Sociais, do Título II, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Dessa forma, assevera Callegari e Wermuth (2010, p. 137) que a Constituição Federal é:

A construção de uma sociedade isonômica, onde, justamente em virtude da igualdade substancial de todos, um modelo de Direito Penal mínimo é o único que se justifica, eis que, uma vez identificadas e sanadas as origens sociais da criminalidade, a intervenção penal se justificaria somente em casos extremos, quais sejam, os casos de fracasso das políticas sociais.

Somente assim, a partir da implantação de um modelo de Estado Democrático de Direito garantista e minimalista, ou seja, a partir do instante em que o Estado assumir a sua função social, restringindo o alto nível de desigualdade, arbitrariedade e seletividade que marcam o sistema punitivo brasileiro é que se poderá reduzir a criminalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo podem-se tirar algumas conclusões importantes, sendo a principal delas é que o referido tema é só o começo de uma longa caminhada que o Direito Penal ainda irá percorrer por muitas gerações.

Acredita-se que os objetivos propostos foram alcançados. Quais sejam: uma reflexão sobre o Direito Penal e sua expansão, assim como o processo de descriminalização de certas condutas consideradas irrelevantes para a sociedade e a defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo.

A missão do Direito penal fundamenta-se na proteção dos bens jurídicos fundamentais dos indivíduos e da sociedade em geral, como a vida humana, integridade física, a honra, o patrimônio e ainda garante a efetividade dos princípios a ele vinculado.

Não obstante, a aplicação da lei penal vem sendo comprometida devido a elaboração de um número cada vez maior de leis extremamente repressivas, produzidas diante do clamor público e da pressão da mídia, com a finalidade de demonstrar uma maior eficiência por parte do Estado perante a sociedade.

Consequência disto são as inflações legislativas que não reduzem a criminalidade e ainda não são capazes de resolver os problemas sociais, mas sim, aumentá-los, deixando o sistema penal numa crise sem resposta com reforço do sentimento da impunidade.

O sistema penal brasileiro precisa urgentemente ser reformulado, mediante o emprego de uma política criminal democrática baseado em princípios que norteiam a Constituição Federal, pois a política criminal do neoretribucionismo, que defende uma maior participação do Estado, incentivando a criminalização e o agravamento das leis penais como solução para criminalidade não pode ser vista como a melhor política criminal para o

Brasil, sendo que, se fosse efetiva, a criminalidade cessaria ou pelo menos diminuiria.

A política criminal deve encontrar outros meios eficazes e menos gravosos para corrigir os desvios prejudiciais a comunidade, como por exemplo, transformar certas condutas em infrações administrativas. Assim, quando a sanção não se apresentar, na ordem de subsidiariedade, como medida idônea e adequada, a descriminalização deverá impor-se.

O que o Brasil precisa, não é a edição de mais leis, mas sim, a sua aplicação necessária nos casos em que realmente se necessitam. Pode-se perceber que o Brasil tem um dos melhores sistemas de execução penal do mundo, baseado em garantias e princípios. Só que o problema é que essas garantias não saem do papel e já que não são efetivas ao fato concreto são necessários encontrar outros meios mais urgentes e eficazes que garantem os direitos tanto das vítimas quanto dos infratores.

Assim, para se garantir o respeito aos direitos humanos e a reabilitação do infrator são indispensáveis as soluções modernas e urgentes que possibilitem a reinserção social do delinquente baseado em penas e medidas alternativas que são fundamentais para o funcionamento do sistema reduzindo o número de pessoas presas e ainda economizando verbas para se investir em casos que realmente necessitam do sistema penal. Isso é um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CALLEGARI, André Luiz; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CERVINI, Raul. **Os Processos de Descriminalização.** Tradução Eliana Granja. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o Homem delinqüente e a sociedade criminógena.** Coimbra Editora, 1997.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia,** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

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

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do Direito Penal (crime natural e crime de plástico).** São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas.** O sistema penal em questão. 1ª ed. Niterói: Luan Editora Ltda, 1993.

JESUS, Damásio. **Penas Alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELO, Yure Gagarin Soares de. **As novas perspectivas do direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MENDES, Nelson Pizzotti. **Criminologia**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973.

OLIVEIRA, Cléber Lopes de. **A sentença das redações**. *Revista Jurídica Consulex*. Ano, VII, nº 151, p. 25-26, abr. 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e alternativas à prisão**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme-SP: Editora de Direito, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e juizado especial criminal: modernização no processo penal, controle social**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TORRES, Douglas Dias. **Direito Penal na Atualidade**. Fev. 2001. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/33/33/333/>>. Acesso em: 07 ago. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.