

## ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO PENAL MÍNIMO, PUNIR OU NÃO PUNIR.

**Juliana Vecchi da Silva<sup>1</sup>**

### RESUMO

Este estudo tem por finalidade enriquecer o conhecimento acerca de alguns aspectos do direito penal mínimo, criar um pensamento crítico positivo sobre o minimalismo penal, traçando um paralelo de forma clara e não esgotada de suas principais objeções, princípios e conceitos de renomados autores. Vive-se uma polêmica com relação às penas restritivas de liberdade e suas consequências perante a sociedade, contudo será possível algum dia punir sem denegrir? Será possível dar um valor positivo para a punição? Sendo que a mesma acaba sendo apenas o cumprimento de um aparato de leis que se cegam para a realidade das penas e dos estabelecimentos prisionais atuais. Será que a pena vem sendo aplicada apenas para mostrar para a sociedade a “eficácia” do judiciário e de sua aplicabilidade ou, realmente aplicada com seu caráter funcional e ressocializador? Pensa-se ser o papel da pena e sua aplicação com caráter punitivo e ressocializador, pois assim sua eficácia seria maior, pensando dentro do âmbito sociedade, do que aquela pena aplicada visando o poder vingativo e lenitivo.

Tais perguntas, não são fáceis de resposta, principalmente porque se vive em uma sociedade inchada com centenas de tipos penais existentes, percebe-se assim um alto grau de sensação de injustiça frente às leis que não são respeitadas pela sociedade em seu inteiro rigor, surgindo assim, à sensação de impunidade, realidade esta em que se vive. Será baseado este estudo na tentativa de trazer a resposta a tais perguntas.

**Palavras Chaves:** Valor; Punição; Realidade; Criminalidade; Ressocializar.

### ABSTRACT

This study has the purpose to enrich the knowledge of some aspects about criminal law minimum, create a positive critical thought about minimalism penal, plotting a parallel in a clear way and not fagged out from primary objection, principle and concepts of renowned authors. Live a controversial in relation of restrictive punishment of freedom and their consequences in the society, though will be

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º período Direito da Faculdade Opet Curitiba.

possible someday to punish without denigrating? Will be possible to give a positive value for punishment? Being the same is just an accomplishment of apparatus of laws that blind to the reality of punishment of prison establishment nowadays. In matter of fact the punishment has been apply just to show to society the “efficacy” of judiciary and the applicability or really applied with functional and re socialize? Thinks that the punishment part is the application with punishment character and re socialize because this way the efficacy would be higher, thinking on the society community, not in that one punishment applied seeking revenge and power mitigation.

Such questions are not easy to answer, mainly because live in a society bloated with hundreds of existing criminal types, we see a high degree sense of injustice facing the laws that are not respected by society in entire rigor, appearing to the sense of impunity, reality that it’s live in. This study will be based on the attempt to bring answers to such questions.

**Key Words:** Value. Punishment. Reality. Crime. Resocialize.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tratará do Direito Penal, voltando à atenção ao favorável uso do direito penal mínimo em alguns de seus destaques principais, falará sobre a pena e sua verdadeira função social que seria punir (proporcionalmente com relação à conduta antijurídica) e regenerar a pessoa que cometeu o delito. Analisam-se alguns aspectos relevantes: conceitos de autores renomados sobre a pena, o direito penal mínimo, sua função e ainda discorre-se sobre os princípios que o cercam e tenta-se trazer ao leitor alguma crítica ou opinião mesmo que contrária ao tema aqui abordado.

Dando sequência, aborda-se também em alguns parágrafos deste trabalho sobre o poder punitivo que é inerente ao Estado, e sobre a finalidade da pena. Neste ponto, examinam-se três teorias que seriam a retributiva ou absoluta e a relativa ou preventiva, e a teoria unificadora da pena. Idealizando sempre que o leitor tenha uma visão dos aspectos relevantes do tema aqui abordado, para assim tratar de temas polêmicos como o caos que se encontram as prisões brasileiras, sob o motivo de que vejam o Direito Penal mínimo como uma possível solução de diminuição do crítico abarrotamento carcerário que se encontra atualmente, claro que dentro de suas vertentes aqui estudadas.

Também se estuda a importância da integração do trabalho carcerário, visando sempre o retorno do apenado para a convivência em sociedade, em qual se aplicados tais institutos reduziria a reincidência e reinserção a volta das práticas delituosas. Acredita-se que junto com a política criminal do Direito Penal Mínimo são o alicerce para uma possível resolução a estas questões.

O que se espera é um direito penal eficaz, que anseia por justiça ao invés de formalidades incoerentes e ilusórias, pois o sistema penal já está corrompido e programado para realizar aquilo que é errado, depois desta correta assertiva, o que resta é em forma de trabalhos acadêmicos como este, idealizar políticas criminais que poderiam um dia tentar ser a possível solução da problemática aqui tratada. Um dia quem sabe, é o que se espera.

## 2 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO - “*IUS PUNIENDI*”

Para a convivência harmoniosa em sociedade, não se pode descartar a criação de regras de comportamento, aquelas que ditarão o que poderá e não poderá ser feito, ou seja, as leis. Tais regras devem ser devidamente constituídas para tal, pois se vive em uma sociedade democrática de direito, e tais regras normalmente criam direitos e obrigações<sup>2</sup>, que os cidadãos deverão seguir sob pena de uma coerção. No direito penal tem-se o *ius puniendi*, que em suma seria o Estado tomando por si a prerrogativa de ditar e fazer executar as normas de comportamento, no qual explica acentuadamente Rogério Greco como sendo:

No que diz respeito especificamente às normas de natureza penal, destaca-se o *ius puniendi*, que pode ser entendido tanto em sentido objetivo, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de natureza penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob, a ameaça de uma sanção, como também em sentido subjetivo quando esse mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico ilícito e culpável<sup>3</sup>.

É fato que o direito penal influencia a conduta dos homens a realizar ou não realizar determinadas ações e evitar a produção de consequências “lesivas ou positivas”<sup>4</sup>, pois como já dito acima, o direito penal surgiu para regular a vida e a convivência das pessoas para que se pudesse viver em harmonia e respeito por cada indivíduo, assim, o Estado buscou para si o direito de punir, monopolizando essa titularidade de repressão e punição a quem infringir tais normas<sup>5</sup>. Pode-se concluir que o direito penal é como se fosse uma ferramenta legalizada utilizada pelo Estado para manter o controle dos indivíduos assegurando para os mesmos a proteção.

Para René Dotti:

Ao estado social – que não deve se transformar em autoritário, mas manter-se democrático e de Direito – impõe-se a obrigação de respeitar uma série de limites no sentido de que a prevenção será exercida em benefício e sob controle de todos cidadãos.<sup>6</sup>

Tratando deste direito de punir do Estado, pode-se dizer que o Estado usa da pena como a mantenedora e facilitadora, a fim de regulamentar a convivência entre os indivíduos na sociedade. Ele utiliza a pena (e o direito Penal) para proteger determinados bens jurídicos. Daí à máxima de que, como evolui a forma de Estado, evolui também o Direito Penal, ou deveria seguir a esta evolução. Existe uma igualdade de pensamentos entre autores que dizem que a pena justifica-se por sua

<sup>2</sup> GRECO, Rogério, Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p.19.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> GRACIA, Martins Luis. **O Horizonte do Finalismo, e o Direito Penal do Inimigo**: tradução Luiz Regis Prado e Erika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.45.

<sup>5</sup> NORONHA, E Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q.T. de Camargo. **Direito Penal**. 34 ed.,v.1 São Paulo: Saraiva, 1999, p.13.

<sup>6</sup> DOTTI, René Ariel, **Base e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.137.

necessidade, que quando necessário o Estado recorre à pena para tornar possível a convivência entre os homens na sociedade<sup>7</sup>. Para Mirabete a finalidade do Direito penal seria a proteção da sociedade e a defesa de bens jurídicos fundamentais:

Pode-se dizer, assim, que o direito penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz publica etc.).<sup>8</sup>

Vale ressaltar que para ser válido e justificado tal poder do Estado (do *ius puniendi*), ele deverá observar severamente direitos inerentes da pessoa, que em virtude da conduta ilícita da pessoa que praticou o ato, não perdem sua força<sup>9</sup>, ou ao menos não deveria perder. Greco<sup>10</sup> afirma que o *ius puniendi*, Estado e Direitos Humanos estão intimamente ligados.

Dissertando sobre o tema, aduz Ferrajoli que:

A essência do constitucionalismo e do garantismo, quer dizer, daquilo que denominei de 'democracia constitucional', reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula como conseqüência uma concepção e equilíbrio ente poderes, de limites de forma e de substancias a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações. Assim, neste Estado Constitucional e democrático de direito é que encontraremos o fundamento de validade do *ius puniendi*, bem como suas limitações. É um Estado em que os direitos humanos deverão ser preservados a qualquer custo. Como diz precisamente Norberto Bobbio, 'o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições democráticas'.<sup>11</sup>

O Estado monopolizou a aplicação da punição, buscando a paz social, pois caso não o fizesse seria uma lacuna para que vítimas de familiares se sentissem aptos a fazer justiça por si mesmo, assim se retornaria à época da barbárie<sup>12</sup>. Nucci reafirma que a pena nunca poderá ter em seu caráter uma vingança e sim deverá servir de repressão e, ainda, complementa o pensamento de que o Estado mesmo que tente não consegue manter e gerar uma pacificação social interina em todo tempo nem tampouco a recuperação daqueles que praticam atos delituosos, mas ele sempre servirá para reestabelecer a ordem e o equilíbrio emocional dos prejudicados pelo delito:

Notemos que o próprio Estado, através de seus órgãos de repressão, ainda que buscando justiça e imparcialidade em sua postura e em seus atos, não consegue implementar a meta de pacificação social, nem tampouco de plena recuperação daqueles que delinquem, ofendendo bens jurídicos fundamentais e tutelados.(...) certamente há um sentimento de justiça ínsito em cada ser humano,

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

<sup>8</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19ª ed. São Paulo Atlas, 2003, p. 22.

<sup>9</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p.24.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teorias do Garantismo Penal**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.30.

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.71.

merecedor de respeito, motivando o Estado a agir pronta e eficazmente quando a ordem jurídica é abalada pela conduta criminosa, não somente para reafirmar a prevalência da norma, mas também para acalmar a sociedade – e particularmente a pessoa diretamente ofendida – que se sente lesada ao tomar contato com o delito.<sup>13</sup>

Como visto, é essencial a utilização do poder pelo Estado para evitar que a sociedade veja o Estado como não garantidor de confiança trazendo assim uma insegurança generalizada, mas que juntos transforme-se, em uma sociedade em conjunto com o Estado que busque a paz social como meta<sup>14</sup>.

## 2.1 A FINALIDADE DA PENA

A origem da palavra pena vem do grego *poine* que significa vingança, ódio<sup>15</sup>. Seria a pena um mal ou uma imprescindível necessidade social? Qual seria a finalidade da pena? Serviria para fins preventivos ou é imposta ao autor de um delito a fim de que seja castigado? Para Nucci, o conceito é que ela além de ser uma sanção para prevenção a novos delitos, seu objetivo também seria o de reeducar o delinquente, tirando-o do convívio social para isto, fazendo com que ele e também a sociedade seja intimidada e inibida a pratica de crimes, não seria ela uma vingança:

Trata-se da sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.<sup>16</sup>

Faz-se pertinente neste momento citar os seis fundamentos para a existência da pena, conforme leciona Nucci:

- a) Denúncia: fazer com que a sociedade desaprove a pratica do crime;
- b) Dissuasão: desaconselhar as pessoas de um modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à pratica delitiva;
- c) Incapacitação: proteger a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação;
- d) Reabilitação: reeducar o ofensor da lei penal;
- e) Reparação: trazer alguma recompensa à vítima;
- f) Retribuição: aplicar ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido<sup>17</sup>.

Já para René Ariel Dotti<sup>18</sup> o conceito de pena seria um mal imposto por causa da prática de um delito, afim de que esta sanção traga à sensação para a sociedade de proteção, inibindo a prática do delito.

O Estado aplica a pena com o intuito de usar a coerção, visando ela ser a pacificadora e inibidora de atos ilícitos. Pode-se concluir que a pena é uma consequência natural do Estado imposta a alguém quando o mesmo pratica uma infração penal<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.70.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.53.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>18</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p.135.

<sup>19</sup> GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. v.1. 10.ed, rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008 v. 1, p.6.

O objetivo aqui não seria fazer uma análise histórica da pena, mas sim, somente analisar alguns aspectos que realmente não podem faltar para a completa interpretação sobre função da pena. Passa-se, então, para a análise de algumas das teorias sobre a função da pena para esclarecer o entendimento com relação ao tema.

## 2.2 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA DA PENA

Analisando a pena a partir da análise e estudo da teoria absoluta, pode-se dizer que a pena era um “castigo” com o qual se buscava retribuir o mal cometido, ou seja, não havia uma finalidade para a pena e sim uma punição, uma mera vingança<sup>20</sup> ao infrator, afim que fosse castigado pelo mal que causou. A pena era imposta para se remir o mal cometido<sup>21</sup>.

Na concepção liberal do Estado, a pena é consagrada pelas leis e passa a ser conceituada como retribuição, assim ela é a necessidade para se manter a ordem jurídica<sup>22</sup> e de se restaurar a ordem jurídica que foi defasada, sendo legitimada pelas leis. Neste contexto retributivo da pena, ela é incumbida com um caráter de realizadora da justiça, ou seja, a culpa de quem delinuiu deve ser compensada com a imposição de uma pena (um mal)<sup>23</sup> para que assim se seja feita a justiça. Esse fundamento segundo Bitencourt, “tem sua base no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de idéias morais”<sup>24</sup>.

Nas palavras de Cesar Roberto Bitencourt sobre este contexto da pena:

Segundo o esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal esta no inquestionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor castiga-se *quia peccatur est*, isto é, porque delinuiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado.<sup>25</sup>

Kant foi um dos principais representantes da teoria Retributiva. Para Kant, aquele que não cumpriu as disposições legais não é digno do direito de cidadania e é dever do soberano castigar o transgressor da lei. A pena, afirma Kant:

Não pode nunca ser aplicada como simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.119.

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p.117.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.118.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p.119.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.118.

<sup>26</sup> KANT, Immanuel *apud* BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p.121.

Em cima deste argumento Kant afirma que a pena não tem uma função preventiva, a aplicação da pena se dá pelo simples fato do agente ter infringido a lei penal, ou seja, ter delinqüido.

### 2.3 TEORIAS PREVENTIVAS OU RELATIVAS DAS PENAS

Essa teoria apresenta bastante diferença em relação às acima já mencionadas, pois buscam fins preventivos, ou seja, a pena não teria como meta retribuir ao autor da prática do delito, e sim, procura prevenir a ação delituosa antes do seu cometimento ou para que não volte a delinquir. A necessidade da pena aqui apresentada não seria para realização da justiça assim como a retributiva, mas sim exclusivamente sua função seria a de inibir a prática de atos delituosos<sup>27</sup>.

### 2.4 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA DA PENA

Seria dizer que a pena teria em seu conceito uma retribuição jurídica para o ato delituoso, proteção essa que só se justificaria se e quando realmente fosse necessária sua intervenção para a proteção da sociedade. A Retribuição seria o limite da prevenção para que assim se inibisse algum excesso de uma teoria unicamente orientada pela prevenção, ou seja, usaria a retribuição a favor da prevenção. Busca-se unir a justiça com a utilidade, ou seja, a pena somente será legítima se ao mesmo tempo for justa e útil, portanto se a pena não for realmente necessária e útil ela se torna ilegítima.<sup>28</sup>

Claus Roxin expõe sua tese sobre a teoria dialética unificadora da pena, que em seu ver a análise do direito penal se divide em três momentos distintos que se complementam que seriam: a ameaça (cominação), a imposição (aplicação) e a execução da pena<sup>29</sup>.

Na cominação da sanção penal, o Estado é o detentor do direito de punir, o *ius puniendi*, e é ele que determinará a função do direito penal e que deve se atentar para sua natureza subsidiária, ou seja, somente os bens jurídicos relevantes é que merecerão a tutela do direito penal. Já para a aplicação da pena diz Roxin servir ela para uma proteção subsidiária e tanto preventiva geral quanto individual. E finalmente para a fase da execução da pena, a pena teria em sua finalidade a reintegração e ressocialização do delinqüente no seio da sociedade. Visto que para Roxin, não se deva interferir de forma agressiva na autonomia da pessoa, que além de inconstitucional não poderá de forma coercitiva interferir na personalidade da pessoa.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p 132.

<sup>28</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: a legitimação versus deslegitimação do sistema penal – 3. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008. p. 61

<sup>29</sup> ROXIN, Claus. *Apud* QUEIROZ, Paulo. *Op. Cit.*, p. 63

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 66

### 3 LIMITAÇÕES DO *IUS PUNIENDI* - ALGUNS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Pode-se encontrar algumas das limitações do Estado ao seu poder punitivo nos princípios consagrados na constituição, implícitos ou expresso. Greco<sup>31</sup>, em sua obra, diz serem os princípios os limitadores internos deste poder que o Estado tem para punir.

Analisam-se agora alguns dos principais princípios que norteiam o tema, pois se valem de suma importância, sempre que se fala em liberdade, direito penal, direito punitivo do Estado, ou direitos humanos. Deve-se atentar toda nossa concentração aos elencados princípios aqui expostos, assim, como os demais princípios que norteiam nossa admirável constituição federal, pois se observados e colocados em prática já seria um primeiro passo rumo a um Direito Penal Mínimo eficiente. O exercício do direito punitivo do Estado, que se faz com a imposição da sanção, deve sob pena de inconstitucionalidade se valer de tais princípios, pois vale dizer que são de observação obrigatória para criação e aplicação do Direito<sup>32</sup>.

Sobre os princípios conclui Greco:

Os princípios são considerados, na ciência jurídica, como as normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo.<sup>33</sup>

O objetivo de tal análise rigorosa se dá pelo fato de que os valiosos princípios têm a função de orientar o legislador e os aplicadores do direito limitando-os. Também, não se pode esquecer de sempre elevar a vista aos direitos humanos, e embasa aqui o direito penal sempre com a dignidade da pessoa humana, temas estes que estão intimamente ligados.

Como já dito acima, os princípios não podem ser esquecidos, eles estabelecem as diretrizes a serem seguidas atuando como alicerce da interpretação das normas constitucionais, eles devem então, ser analisados pelo legislador, quando da elaboração da lei, bem como o magistrado quando do julgamento do caso concreto. São os princípios orientadores das regras que devem ser aplicadas, proporcionando o conhecimento específico para aplicação do direito positivo<sup>34</sup>.

Pode-se então concluir que todas as normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, deverão ser entendidas, estudadas e interpretadas de acordo com o que preconizam os princípios. Seriam eles a base estudada juntamente com a Constituição, por sua suma importância não se pode deixar de analisar alguns deles para assim dar maior entendimento ao tema.

<sup>31</sup> GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.113.

<sup>33</sup> GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 5 ed. Niterói, RJ:Impetus, 2006, p.55.

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p.25.

### 3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, também chamado de princípio da reserva legal, está disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal<sup>35</sup> e encontra-se tal princípio também estampado no artigo 1º do Código Penal Brasileiro<sup>36</sup>.

Este princípio limita os detentores do poder e esclarece através destas normas, para a sociedade o que pode e o que não pode ser feito, pois caberá ao poder legislativo selecionar os comportamentos que causem lesão aos bens jurídicos mais importantes e necessários. Vale aqui ressaltar que se encontra novamente a premissa de que para um direito penal mínimo o legislador deve se atentar apenas aos bens jurídicos que não podem ser tutelados por outros ramos do ordenamento jurídico, usando o Direito Penal como *ultima ratio*.

De acordo com Paulo Bonavides:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e validas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governadores. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais aonde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.<sup>37</sup>

Este princípio constitui alicerce do próprio Estado de Direito, dando para a sociedade a segurança jurídica, pois se tem a constituição como a norma principal que deverá estar sempre no topo ditando as diretrizes, não podendo outro texto colidir com as regras ali expressas<sup>38</sup>. Este princípio contribui para que não se formule tipos penais vagos ou de forma dúbia (taxatividade), garantindo a segurança na sua aplicação. Combinado com a taxatividade tem a anterioridade da lei penal que protege o indivíduo de não ficar a mercê do aplicador do direito, orientando que não existe crime sem uma lei que o defina.

Segundo Rogério Greco o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:

1- Proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

2. Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

3- Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

<sup>35</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

<sup>36</sup> \_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros 1994, p.112.

<sup>38</sup> GRECO, Rogério, Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

4- Proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen, nulla poena sine lege certa)<sup>39</sup>.

Logo, para segurança jurídica deve ser este princípio estrutural de qualquer ordem jurídica, mas ressaltando sua importância na seara penal Greco assevera:

Na seara penal evidencia-se, ainda mais, a importância do princípio da legalidade. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é permitido em Direito Penal. Por essa razão é que Franz Von Liszt diz que o “código Penal é a carta Magna do delinquente”.<sup>40</sup>

### 3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para vivenciar um Direito Penal efetivo, seguro, ressocializador, legítimo, e pode-se também já mencionar, um Direito Penal mínimo, o Estado deve colocar em máxima a efetividade da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. É dever do Estado respeitar o ser humano acima de tudo<sup>41</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se expressamente adotado pela nossa constituição<sup>42</sup>, em seu art. 1º, inciso III. Vale ressaltar aqui neste ponto que embora se tente seguir uma diretriz da não criação de penas que afetem a dignidade humana, a pena privativa de liberdade sempre resultará em danos maiores psicológicos e até físicos na pessoa do apenado<sup>43</sup>.

Pode-se culpar aqui, neste mesmo ponto, como já mencionado, o sistema carcerário degenerativo que infelizmente se tem no Brasil hoje, que visa somente enjaular os criminosos em vez de reestruturá-los para seu retorno à vida em sociedade. Dentro de todo esse contexto o direito penal também deve ser usado para visar à recuperação destes infratores ao invés de apenas gritar com júbilo o seu encarceramento, achando que assim se realiza a justiça. Vale deixar claro que o objetivo deste trabalho não é defender um direito penal abolicionista, mas sim um direito penal mínimo, usando-o verdadeiramente como a *ultima ratio*, protegendo a sociedade e ressocializando a pessoa do apenado que voltará a ser um ser social algum dia, depois de pagar a sociedade seu mal causado. Desta forma, se algum dia se conseguir conjecturar a aplicação da pena restritiva de liberdade com o princípio da dignidade da pessoa humana, e com o princípio da intervenção mínima, conectando-as e transformando-as em uma só, talvez assim, chegar-se-ia perto de um direito penal justo e principalmente efetivo para a sociedade no geral.

Para finalizar este tópico com relação ao referido princípio cita-se as brilhantes palavras de Carlos E. Ribeiro Lemos:

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>40</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>41</sup> O contraste negativo desta afirmativa é o que se vê hoje, com relação ao sistema penitenciário brasileiro, um verdadeiro show de descaso que bate de frente com a realidade na qual se fecham os olhos pelas autoridades e a sociedade também nega calada a absurda realidade dos apenados que cumprem pena no regime fechado, análise esta que será feita em momento oportuno no trabalho.

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto, **Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.15.

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitações do poder, enfim onde a liberdade e a autonomia, a igualdade – em direitos e dignidade – e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.<sup>44</sup>

Baratta<sup>45</sup> bem disserta sobre o tema, dizendo que o sistema penal viola por seu próprio sistema os Direitos Humanos, o mesmo criminaliza várias condutas, tornando os estabelecimentos prisionais e os órgãos que tem a prerrogativa da execução, abarrotados cheios, exaustos e sem condições de ser efetivo, pois tal sistema está preparado para uma demanda muito inferior a que se tem hoje, devido a essa criminalização exacerbada. No dizer de Baratta “o sistema penal está assim, estruturado para que, de fato, não funcione”<sup>46</sup>.

### 3.3 PRINCÍPIO DA *ULTIMA RATIO* - A INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da *ultima ratio* tem o objetivo de limitar o poder incriminador do Estado, somente dando legitimidade de atuação ao direito penal quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes, ou seja, quando os demais setores do direito se mostrarem incapazes ou ineficientes para a proteção de um determinado bem jurídico, fazendo com que a legitimação da criminalidade de uma conduta só seja aceita se assim for o único meio necessário para a proteção deste bem jurídico<sup>47</sup>. Usar-se-á este princípio para aduzir ao direito penal mínimo.

O que se vê hoje é que o legislador tende a estender ao Direito penal outro papel que não corresponde a ele e sim a outros setores do Direito. Vê-se o emprego da força penal sendo posta para a sociedade em crise de forma a solucionar todos os anseios da sociedade, como se fosse possível se chegar ao paraíso, que seria uma sociedade justa e sem maldade, realizada por um direito penal Máximo, com o poder nas mãos do legislador.

O Direito Penal, ao contrário do que acontece hoje, deveria deixar de se preocupar com toda e qualquer conduta lesiva, e sim, verificar se o ato teve proporção para que se justifique uma intervenção penal, levando a tutela penal a atuar o menos possível, agindo desta forma minimamente<sup>48</sup>.

Explicando o tema leciona Mauricio Antônio Ribeiro Lopes:

Estabelece esse princípio que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da

<sup>44</sup> LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>45</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.169.

<sup>46</sup> Idem

<sup>47</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p.112.

<sup>48</sup> Idem.

comunidade, como *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.<sup>49</sup>

### 3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Quer o princípio da proporcionalidade manter uma corrente legítima e intimamente ligada ao direito penal mínimo, seguindo a coerência entre ambos, procura-se estipular sanções ínfimas para proteção de bens jurídicos menos relevantes e maior proteção aos bens jurídicos de vital relevo<sup>50</sup>. Deve o legislador ao criar tipos penais incriminadores orientar-se por este princípio, a fim de evitar contradições e injustiças, deve ele estipular as penas proporcionalmente aos crimes praticados.

Deve, como diretriz deste princípio, observar obrigatoriamente a ponderação entre a importância do bem jurídico tutelado e a afetação do direito que implicará na intervenção penal.<sup>51</sup> Parafraseando as palavras de Greco<sup>52</sup>, deve o legislador no momento da criação do tipo penal incriminador, que sob pena de uma sanção que proíbe ou impõe determinado comportamento, deve obrigatoriamente observando sob o prisma da proporcionalidade, esta sanção ser proporcional à gravidade do mal que foi produzido<sup>53</sup>.

Segundo Greco<sup>54</sup>, uma das maiores problemáticas que enfrenta o Direito Penal é o de realmente encontrar a pena proporcional ao delito, tendo em vista o enorme nível atual de tipos penais incriminadores, fazendo com que se torne cada vez mais árduo se aplicar a proporcionalidade, pois será necessário que cada tipo penal seja comparado no ordenamento jurídico-penal.

Zaffaroni *apud* Queiroz aduz que o Direito Penal já está programado para desobedecer a tais princípios, apresenta-se suas palavras:

Considera Zaffaroni, ser absurdo pretender que os sistemas penais respeitem os princípios, já que estão “estruturalmente armados para violá-los a todos”, considera, por isso, que o Direito penal deve servir à programação de minimização da violência.<sup>55</sup>

Somente chegará à obtenção de um Direito Penal Mínimo por completo, caso sejam inteiramente respeitados os princípios fundamentais.

## 4 PRISÕES E CAOS DO SISTEMA - UMA JUSTIFICATIVA PARA A INTERVENÇÃO MÍNIMA

Pode-se iniciar este tópico desde já e não tardio, concluindo que, a prisão é imprescindível, mas deixando claro também, que não se pretende uma abolição da

<sup>49</sup> LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.92.

<sup>50</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>51</sup> MIR PUIG, Santiago *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>52</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p.116.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul *apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte, Del Rey, 2 ed. ver e atual, 2002, p. 54.

mesma, uma inteira abolição do direito penal e das penas, não condiz com nosso pensamento minimalista, o que realmente se idealiza não seria isso, mas sim, uma grandiosa reforma para um direito penal mínimo. Uma geniosa reforma para se chegar enfim ao que a sociedade anseia: um direito penal realmente eficaz.

Dentro deste contexto, faz sentido citar a lição de Rogério Greco<sup>56</sup> que, brilhantemente, aduz o pensamento minimalista aqui em contraste com o direito penal abolicionista:

Contudo, por mais que seja de elogios o raciocínio abolicionista, existem determinadas situações para as quais não se imagina outra alternativa a não a ser a aplicação do Direito Penal. Como deixar a cargo da própria sociedade resolver, por exemplo, por intermédio do Direito Civil ou mesmo do Direito Administrativo, um caso de latrocínio, estupro, homicídio, ou seja, casos graves que merecem uma resposta também grave e imediata pelo Estado. Embora extremamente louvável o discurso abolicionista, o certo é que. Para determinarmos fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abirmos mão do sistema penal, sob o argumento de que outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver esses tipos de conflitos e lesões a bens jurídicos de relevo.

Para Foucault a sociedade num todo já sabe de todas as mazelas da prisão e seus inconvenientes, entretanto não há algo, até o momento, que a substitua, “ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”<sup>57</sup>.

A pena de prisão como pena privativa de liberdade surgiu apenas no Século XVII, antes disso usava-se as prisões para guardar os réus antes do julgamento, a fim de preservá-los fisicamente<sup>58</sup>. O caos existente no sistema penal brasileiro é muito real, porém, a sociedade e as autoridades se fecham para essa realidade, não somente no sistema penal, mas também no sistema carcerário como um todo. Pode-se começar citando alguns motivos que ajudam a manter o caos: agentes desqualificados para lidar com a realidade carcerária, estabelecimentos prisionais sem as mínimas condições de higiene ou salubridade, falta de atividades com cunho profissionalizante, educação e religião, ou seja, atividades voltadas à ressocialização do apenado com pensamento voltado em seu retorno junto a sociedade. Para afirmar, a lei de execução penal dispõe no seu art. 10 que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”<sup>59</sup>.

Fudoli aduz:

Mesmo que a teoria da legislação de execução penal tenha mitigado a perspectiva que exclui o homem condenado definitivamente da vida social, as práticas penitenciárias não foram alteradas em sua essência. São recorrentes, por exemplo, nos noticiários impressos e televisivos, e também em congressos e seminários especializados (o que é preocupante), críticas acerbas ao trabalho

<sup>56</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.10.

<sup>57</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. trad. Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p.196.

<sup>58</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p.162.

<sup>59</sup> BRASIL. **Lei n.º 7.210/84**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

prisional, uma suposta ameaça ao campo de trabalho dos assalariados livres e honestos. Tal preconceito produz reflexos sobre a própria população que consome tais noticiários, inadvertida de que, uma vez saindo pior que entrou na penitenciária, por decorrência da deterioração – quando não da inutilização – de suas capacidades e habilidades sociais dentro do cárcere, o condenado, com grande dose de probabilidade, voltará a onerar a própria sociedade livre com a lesão a bens jurídicos – penais individuais e coletivos.<sup>60</sup>

Focando um pouco sobre a importância do trabalho prisional, assim como aduz Fudoli<sup>61</sup>, ele é imprescindível para a ressocialização do apenado. Pode-se dizer que é um pilar máximo, pois tem o objetivo de promover readaptação do apenado aos hábitos laborais, além disso, faz com que ele volte para a sociedade, profissionalizado, evitando, assim, que na grande maioria das vezes pela falta de opção de emprego o apenado volte à reinserção das atividades criminosas. Para Fudoli o trabalho carcerário traz vários aspectos positivos entre eles:

- a) proporciona a reintegração social;
- b) controla a massa carcerária, que não se ocupará com maquinações temerárias;
- c) diminui a promiscuidade;
- d) aprimora a formação humana;
- e) preenche o vazio trazido pelo cárcere.<sup>62</sup>

Fica aqui evidente a importância de termos o trabalho carcerário implantado e não somente isto, mais sim, implantado com pessoas capacitadas para manter e adequar ao cárcere, fazendo com que ele eficazmente funcione em todos os estabelecimentos prisionais, lembrando que infelizmente não é essa a realidade que observamos dentro dos presídios brasileiros.

Fudoli complementa:

A execução penal, especialmente a execução da pena privativa de liberdade, é cada vez mais degradante para o ser humano. Está a merecer, destarte, atenção mais voltada por parte dos juristas, algumas vezes excessivamente apegados ao estudo das teorias do crime. Estas, não obstante engenhosas, mostram-se, vez por outra, desgarradas da realidade cotidiana.<sup>63</sup>

Retornado ao tema abordado, pode-se concluir que a liberdade é uma característica fundamental do ser humano<sup>64</sup>, por isso falar em privação de liberdade é delicado. O Estado deveria dar este suporte de atividades ressocializadoras às vidas que se encontram sob seus cuidados e jurisdição, pensando inteligentemente e investindo nessas vidas, e no seu retorno ao convívio social.

Para Janaina Conceição Paschoal:

---

<sup>60</sup> FUDOLI Rodrigo de Abreu. **Da Remição da Pena Privativa de Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.7-8.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.26.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p.11.

<sup>64</sup> *Idem*.

O direito Penal consiste na arma mais poderosa e incisiva de que pode valer o Estado, pois priva o indivíduo de sua liberdade, que certamente constitui um dos mais importantes direitos fundamentais. O direito Penal não priva apenas o indivíduo de sua liberdade, furtando-o ainda, entre outras coisas, do contato com seus familiares, do direito de participar da vida política de sua comunidade, do prazer de acompanhar o desenvolvimento dos filhos, que também sofrem o efeito da punição.<sup>65</sup>

Renomados autores usam a expressão para conceituar a prisão de “o mal necessário”<sup>66</sup>, que guarda neste conceito várias contradições sem soluções visíveis a olhos naturais, que aqui não convém dissertar, porém não é difícil de concluir que a progressiva humanização das prisões, seria a estrada para a reforma desejada de um sistema carcerário realmente eficiente para a sociedade e para aquele que vier a delinquir.

No brilhantismo das palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas. O centro da gravidade das reformas situa-se nas sanções, na reação penal. Luta-se contra as penas de curta duração. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado.<sup>67</sup>

A prisão segundo Baratta<sup>68</sup> é um processo que se inicia com a discriminação dentre os mais miseráveis da sociedade, e assim, contudo conseqüentemente faz gerar uma carreira criminal dentre eles. Seria o sistema penal um seletor de “clientes” escolhidos dentre estes, podemos assim dizer dentre os pobres e os menos estudados.

## 5 DIREITO PENAL MINIMO

Quando se fala em Direito Penal Mínimo ou Garantismo penal, fala-se em um modelo normativo de direito que visa seguir a estrita legalidade, que tem como meta minimizar a violência e maximizar a liberdade, e para isso impõe limites à função punitiva do Estado, ou seja, busca o equilíbrio entre o abolicionismo e o Direito Penal Máximo<sup>69</sup>. Visa de antemão aplicar a pena mais branda, de acordo com o delito praticado, a aplicação do Direito Penal pelo princípio da *ultima ratio*, ou seja, usado no último caso, ou no caso extremo. Para infrações leves, penas leves.

Convém mencionarmos nas palavras Hassemer *apud* Nucci, sobre o que visa o direito Penal Mínimo:

<sup>65</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

<sup>66</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p.25.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p.26.

<sup>68</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 175.

<sup>69</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p. 373.

- a) promover uma busca de alternativas à prisão, que principalmente afeta aos setores sociais mais baixos,
- b) realizar uma investigação que possa clarear o âmbito obscuro da 'criminalidade dos poderosos', vinculada a reflexões políticas sobre a igualdade da criminalização em Direito Penal;
- c) estabelecer uma política de descriminalização da criminalidade do menor ou de bagatela no âmbito da criminalidade 'clássica';
- d) efetuar investigações sobre a práxis do princípio da oficialidade na persecução dos delitos, unidas à busca de funções substitutivas desejáveis político-criminalmente.<sup>70</sup>

Para Ferrajoli *apud* Guilherme de Souza Nucci, o modelo Garantista de Direito Penal visa que:

- a) Não há pena sem crime (*nulla poena sine crimine*);
- b) Não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*);
- c) Não há lei penal sem necessidade (*nulla Lex poenalis sine necessitate*);
- d) Não há necessidade de lei penal sem lesão (*nulla necessitas sine injuria*);
- e) Não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*);
- f) Não há conduta sem dolo e sem culpa (*nulla actio sine culpa*);
- g) Não há culpa sem o devido processo legal (*nulla culpa sine iudicio*);
- h) Não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*);
- i) Não há acusação sem prova que a fundamente (*nulla accusatio sine probatione*);
- j) Não há prova sem ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*).<sup>71</sup>

Um direito penal mínimo significa dizer que o Estado deve intervir minimamente nos conflitos da sociedade, porém quando fizer essa intervenção deve ser eficiente e capaz de gerar a confiança da sociedade, sem gerar impunidade, tendo como característica um equilíbrio da aplicação da norma penal, utilizando-se deste apenas quando realmente for necessário e extremo, ou seja, pregando uma política criminal mínima que consequentemente reduzirá a interferência do direito penal.

A tese do garantismo penal foca-se a uma real técnica de redução da incidência do direito penal sobre as condutas que não demonstram perigo ou "capacidade lesiva ao bem jurídico tutelado"<sup>72</sup>. Pode-se concluir ser este o princípio da insignificância do direito penal.

Salo de Carvalho faz um comparativo entre as estruturas minimalistas versus maximalistas que achamos pertinente elucidar neste momento:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo é que nenhum culpado fique sem punição à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo é, ao contrário, que nenhum inocente seja punido, à custa da incerteza de que algum culpado reste impune. Os dois tipos de certeza, e os custos ligados às respectivas incertezas, refletem interesses e opções políticas contrapostas: de um lado a máxima tutela da segurança pública

<sup>70</sup> HASSEMER, Muñoz *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 373.

<sup>71</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 373.

<sup>72</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 90.

contra as ofensas ocasionadas pelos crimes, por outro, a máxima tutela das liberdades individuais contra as ofensas geradas por penas arbitrárias.<sup>73</sup>

Nas palavras de Roxin começamos a delinear uma condição a se pensar em uma aplicação mínima do direito penal.

Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves.<sup>74</sup>

Nas palavras de Paulo de Souza Queiroz:

Partindo em geral das mesmas objeções levantadas pelos abolicionistas quanto à realidade operativa do sistema penal, os assim chamados minimalistas entendem contrariamente aquela perspectiva, que o direito penal é necessário, mas que se deve reduzir a um mínimo necessário, a um núcleo absolutamente essencial. É dizer, o Direito Penal deve se ater aquelas condutas particularmente mais danosas, cuja repressão não se possa confiar a instancias adequadas, e socialmente menos onerosas (que requeiram menores custos sociais), de controle social.<sup>75</sup>

Para fins meramente comparativos e de melhor percepção, o contrário disto é o que se tem chamado de tolerância zero, ou seja, o movimento lei e ordem no qual explica perfeitamente Greco:

Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o direito penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador.

Nesse sentido, procura-se educar a sociedade sob a ótica do direito penal, fazendo com que comportamentos de pouca monta, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico. O papel educador do Direito penal faz com que tudo interesse a ele, tendo como consequência lógica desse raciocínio um Direito puramente simbólico, impossível de ser aplicado.<sup>76</sup>

Eugenio Zaffaroni, fala da necessidade de uma “antropologia jurídica jus-humanista”, a necessidade de um direito construído sobre as bases éticas e garantidoras, que devem servir ao homem e não ao contrário.

Se não for descoberto o significado do direito penal, seu atributo de fato humano ficará prejudicado. A fundamentação antropológica do Direito Penal está

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>74</sup> ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**.org. e trad. André Luiz Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 2 ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.17.

<sup>75</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2.ed.rev.e atual. Belo horizonte: Del Rey, 2002, p.52.

<sup>76</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**: uma visão minimalista do direito penal. 5 ed. Niterói: Impetus, 2010, p.5.

materializada nos documentos internacionais de Direitos Humanos e se traduz na sua efetividade, a saber, na sua capacidade para desempenhar a função de que o atual estágio cultural o incumbiu. Tal função é a de garantir externamente a auto-realização humana, consistente na habilidade de se escolher o que se deseja ser. O direito penal, para ser efetivo, deve respeitar a condição humana. Sem esse respeito, o que haverá é mero exercício de poder.<sup>77</sup>

## 5.1 ADOÇÃO DO DIREITO PENAL MÍNIMO COMO POLÍTICA DE CORREÇÃO DO SISTEMA

Nos dias atuais procura-se vencer a criminalidade e os problemas sociais existentes exacerbando as penas, alterando a legislação ou criando novas leis penais ainda mais rudes, editando novos tipos penais incriminadores, criando circunstâncias agravantes, etc. Não se pode deixar de esclarecer, que, tudo isso também é causado pelo sensacionalismo da mídia frente aos crimes expostos diariamente, apresentadores banalizadores do sistema penal, que muitas vezes influenciam a opinião pública e que usam da audiência frente à desgraça alheia, fazendo com que própria sociedade idealize este clamor: o aumento das leis penais, trazendo com sigilo a sensação de “falsa justiça”. Estes formadores de opinião, não raras às vezes, estão escassos de tecnicidade sobre área penal, interpretação da doutrina penal e políticas criminais<sup>78</sup>.

Com isso o legislador sente-se pressionado, conseqüentemente frente a esse quadro surge à chamada “inflação legislativa”<sup>79</sup>, ou seja, acredita-se que um número maior de leis trará uma sensação maior de segurança. Porém, pelo excesso de tipos penais em vigor, surgem dúvidas com relação à lei penal que seria aplicável em cada caso concreto, entrando em conflito as normas. A verdade nua e crua é que este discurso de quanto maior as leis penais, maior a sensação de segurança não passa de um engano, pois bem, para desmistificar basta analisarmos: existem muitas leis em vigor, porém muitas delas estão sendo descumpridas, e a sensação que domina a impunidade é muito maior.

Nesta vertente Beccaria *apud* Rogério Greco já concluía que:

Não era com o recrudescimento das leis que o Direito Penal seria respeitado, mas sim pela certeza absoluta de que, se fosse à lei descumprida, certamente o infrator seria punido.<sup>80</sup>

Nas lições que tiramos de Claudio Amaral<sup>81</sup>, o direito penal é usado erroneamente, engana-se pensar que ele tem sido eficaz para tratar da criminalidade, seus efeitos errôneos são meramente simbólicos, cujos instrumentos utilizados são inaptos para efetivamente se lutar contra a criminalidade<sup>82</sup>. Na verdade o que ocorre hoje no Brasil é que se esqueceu da natureza subsidiária do Direito Penal, muitos bens jurídicos que deveriam estar sendo protegidos pelos

<sup>77</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.170.

<sup>78</sup> GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

<sup>79</sup> *Idem*.

<sup>80</sup> Beccaria, Cesare *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p.335.

<sup>81</sup> AMARAL, Claudio do Prado. Princípios penais – da legalidade à culpabilidade. In: **Revista IBCCRIM**. São Paulo: v. 24, 2003, p.155/156.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 156.

demais ramos do direito a exemplo do Direito Civil, Administrativo, estão sendo protegidos pelo Direito Penal, assim sendo ele não é mais visto como *ultima ratio*, ou seja, não é mais visto interveniente apenas quando os demais ramos se mostrarem inúteis para proteção de determinado bem jurídico<sup>83</sup>, é visto como o remediador de todos os conflitos. Colocou-se no Direito Penal esta coroa, para que assim a sociedade sintasse-se segura.

Nas palavras de Greco:

Na sociedade de hoje, em que o Estado Social foi transformado em um Estado Penal, tudo interessa a este ramo do ordenamento jurídico. O princípio da intervenção mínima, basicamente perdeu o sentido. O raciocínio de que o Direito Penal somente interessa a proteção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade cedeu lugar àquele que diz que todos os bens merecem ser protegidos pelo Direito Penal.<sup>84</sup>

É importante esclarecer neste tópico que há ordenamentos jurídicos como o brasileiro no qual há crimes e contravenções penais<sup>85</sup>, conforme dispõe o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro:

Considera crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, alternativa ou cumulativamente.<sup>86</sup>

Seguindo e apoiando o raciocínio de Ferrajoli<sup>87</sup>, em relação aos crimes e as contravenções, no Brasil se diz que estas últimas devem ser abolidas uma vez que a sua gravidade não chega a tocar em bens jurídicos que maximizam e justificam a intervenção do ramo Penal, que deveriam ser tutelados por outros ramos do ordenamento jurídico. Assim sendo, estas seriam abolidas e protegidas por estes outros a exemplo do Direito Civil, tributário, administrativo, etc.

Esclarece-se que para a adoção de um direito penal mínimo e para a escolha dos bens de maior importância que ele deverá realmente proteger, o critério utilizado para essa escolha não poderá ser absoluto, visto que o grau de importância varia de cultura para cultura<sup>88</sup>.

Ao se analisar o Minimalismo sob o enfoque da escolha do bem jurídico ao qual deve proteção, significa que o Direito Penal deve proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio da sociedade, somente e absolutamente os bens de maior relevância terão guarda do Direito Penal no qual a partir daí o legislador deverá criar os tipos penais incriminadores, sob pena de não cumprimento, a ameaça de uma sanção.

Conceituando bem jurídico nas palavras de Regis Prado:

---

<sup>83</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 335.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 336

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup> BRASIL. **Vade Mecum**. Universitário. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 841.

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi. *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 339.

<sup>88</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 340.

Bem jurídico é um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (...) os bens jurídicos individuais tem como titular o indivíduo, o particular que os controla e deles dispõe conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal, já os metaindividuais são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva difusa). Supõem um âmbito de proteção que transcende a esfera individual, sem deixar de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade. Classificam-se em institucionais (públicos ou estatais), coletivos e difusos.<sup>89</sup>

Assim também para abrilhantar o trabalho Zaffaroni assevera sobre bem jurídico penalmente tutelado:

Bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, as que se expressam com a tipificação dessas condutas.<sup>90</sup>

Independente de qual seja o conceito ou escolha de bens individuais, coletivos ou sociais, o que importa aqui, seria que deverá recair a responsabilidade de tutela do Direito Penal, somente aqueles bens jurídicos que tiverem elencados no rol de importância a ser tutelado pelo mesmo e que não possa ser tutelado por outros ramos do Direito, assim sendo unicamente da esfera penal, para que assim, a intervenção mínima seja atendida, no sentido que segue o trabalho.

Para a seleção dos bens jurídicos que merecerão fazer parte do rol dos bens mais importantes e protegidos pelo direito penal, deve-se começar pela valoração de cada um. Sabemos que na sociedade vivencia-se um quadro de política criminal que se molda a cada época, se ajustando com o contexto vivido e valorizado de cada época, que julgam e definem os comportamentos que devem ser penalizados. Essa valoração varia de sociedade para sociedade e de acordo com o contexto da época vivida. Existem crimes e penalidades aceitas em consenso por todas as sociedades e existem aquelas condutas conflitantes como, por exemplo, o aborto, o casamento homossexual<sup>91</sup>.

Existem crimes que exprimem uma reprovação de toda coletividade, crimes que muitas vezes que já veem sendo abordados ao longo da história, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

Há crimes, e não caberá aqui numerá-los, que exprimem um inequívoco consenso de toda a coletividade e que despertam nela sentimentos de coesão e solidariedade. Trata-se, além disso, de crimes comuns a generalidade das sociedades e tendencialmente constantes ao longo da história. Não faltam porém crimes 'criados' para emprestar eficácia a uma particular moralidade ou a um determinado arquétipo de organização econômica, social ou política. Tais crimes constituem sempre, de forma mais ou menos imediata, afloramentos de uma

<sup>89</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral: arts. 1 ao 120. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252-253.

<sup>90</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul *apud* GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 338.

<sup>91</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 342.

determinada conflitualidade, porquanto a criminalização nesta área pressupõe o exercício do poder no interesse de uns, mas impondo-se a todos.<sup>92</sup>

Seguindo o raciocínio minimalista, mesmo que o bem jurídico tenha sido considerado relevante no contexto em que se encontra, encontram-se outros ramos do ordenamento jurídico que se encaixe e possa suprimir ou protegê-lo eficientemente. Não haverá a necessidade do direito penal vir a intervir<sup>93</sup>, essa é a premissa maior de um Direito Penal Mínimo que se idealiza.

Muito embora achar prudente em breves palavras evidenciar que deva ser aplicada a todos, não pode a lei regular todas as possíveis situações e culturas. A lei deve disciplinar abstratamente as situações que estão sujeitas ao seu comando<sup>94</sup>, vale dizer, comando mínimo nas relações extremamente inevitáveis a seu não uso.

Para esclarecer um pouco mais, Greco explica:

É uma política criminal de tensão, haja vista que movimentos antagônicos - minimalistas e maximalistas - se digladiam em busca da vitória de seus ideais. Os minimalistas afirmam que a criação exagerada de tipos penais (incriminadores) fará que o Direito Penal se ocupe de proteger bens que não tem a importância necessária por ele exigida, nivelando-o a outros ramos do ordenamento jurídico, mesmo sendo as penalidades as mais estigmatizantes; já os adeptos das teses maximalistas aduzem que a sociedade deve valer-se desse meio forte de imposição de terror, que é o Direito Penal, para tentar evitar a prática de comportamentos, em tese, a ela lesivos ou perigosos, não importando o status de que goze o bem que com ele se quer proteger. Para os maximalistas, o Direito Penal teria um papel educador, isto é, mediante a imposição de suas graves sanções, inibiria aquele que não está acostumado a atender às normas de convivência social de praticar atos socialmente intoleráveis, mesmo que de pouca ou nenhuma importância.<sup>95</sup>

Com a crítica ao sistema penal vigente, assevera Queiroz:

O sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos delitos argumenta-se que o direito penal, como instancia formal de regulação de conflitos, contrariamente à sua programação discursiva, não é capaz de motivar comportamentos no sentido do comando de norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo que, a despeito da incriminação, o aborto, o homicídio, o uso e tráfico ilícito de entorpecentes etc. se repetem sistematicamente como se tal proibição simplesmente não existisse.<sup>96</sup>

Salo de Carvalho aduz que a idéia da política criminal minimalista é “maximizar os direitos e reduzir o impacto do penal/carcerário na sociedade”<sup>97</sup>, gerando uma diminuição dos apenados nas prisões, isso tudo através de um sistema de despenalização.

---

<sup>92</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE. Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. São Paulo: Coimbra RT, 1997, p.89.

<sup>93</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 346.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.342

<sup>96</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*, p.52.

<sup>97</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 91.

Nada melhor do que as palavras de Paulo de Souza Queiroz a respeito de ser adepto ao direito penal mínimo:

No que toca especificamente o Direito Penal, prestigiar, um modelo de “Direito Penal Mínimo” é prestigiar, antes, o espírito constitucional vigente, é prestigiar a liberdade em favor da dignidade da pessoa humana, supremo valor constitucional, somente se admitindo a não-liberdade, cujas formas mais incisivas são representadas pelos modos de atuação do direito penal, quando se associar, de forma incontestável, a absoluta necessidade social à adequação dessa intervenção (princípio da proporcionalidade): *nullum crimen, nulla poena sine necessitate*.<sup>98</sup>

Pode-se também analisar sob o enfoque da Natureza subsidiária do Direito Penal, como *ultima ratio* de intervenção do Estado, dizer que o Direito Penal atua com consequências drásticas e muitas vezes irreparáveis, por isso seria prudente que outros ramos do direito se adiantassem em tomar resolução e proteção destes bens jurídicos deixando para o Direito Penal apenas quando estes ramos realmente se mostrarem ineficazes ou ineficientes na sua guarda<sup>99</sup>.

Greco bem explica:

A criação da figura típica encontra-se limitada pelo princípio da intervenção mínima. Por intermédio da vertente que aponta a natureza subsidiária do Direito Penal, o legislador, no momento da escolha do bem, além de aferir sua importância, tanto em nível individual como coletivo ou social, deverá observar, obrigatoriamente, se os outros ramos do ordenamento jurídico se mostram suficientemente eficazes na proteção daquele bem que, de antemão, já fora entendido como importante, para, que somente depois, caso essa proteção seja entendida como ineficaz ou insuficiente, permitir a intervenção drástica do Direito Penal.<sup>100</sup>

Tal raciocínio se faz mister, uma vez que se verificar que outros ramos do ordenamento são realmente eficazes e fortes para a proteção de determinados bens jurídicos, assim se verifica a não necessidade da intervenção do Direito Penal cujas consequências são drásticas e marcantes<sup>101</sup>.

Daí o caráter subsidiário do Direito Penal, pois somente deve ser aplicado quando não existem outros meios de proteção a determinados bens jurídicos, a pena deve ser o recurso da *ultima ratio*, que também se conecta com o princípio da humanidade dentre os outros aqui já vistos.

Vale também lembrar que se adotada uma postura minimalista, todo ordenamento jurídico terá que ser revisto, revogando aqueles bens que podem ser protegidos por outros ramos, retirando da ceara penal os mesmos e transferindo a outros. Gerando assim uma “deflação legislativa”. Consequentemente, ocorreria um impacto com relação ao número de presos que se encontram nas penitenciárias<sup>102</sup>.

Vê-se também a necessidade de criação de juizados especiais criminais que teriam a finalidade de julgar as infrações penais de menor cunho ofensivo, aonde as penas a serem aplicadas não seriam privativas de liberdade, assim não teríamos um acúmulo nas penitenciárias e estes casos teriam uma resposta rápida do sistema,

<sup>98</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>99</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 337.

<sup>100</sup> *Idem*.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 350.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 352.

com julgamentos céleres. É o que deveria ocorrer com os já existentes conforme dispõe art. 61 da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a lei dos juizados especiais<sup>103</sup>.

Conforme Greco:

Resumindo dentro de uma visão minimalista, que auxiliaria tremendamente o sistema prisional, deveríamos depurar os tipos penais existentes, revogando aqueles cujos bens por eles protegidos não gozassem da importância exigida pelo Direito Penal; ato seguinte teríamos o julgamento, pelos juizados especiais criminais, dos crimes para os quais seria possível o recurso à justiça negociada, evitando-se o desnecessário encarceramento de pessoas que poderiam, em virtude do fato cometido, receber outra punição por parte Estado que não fosse a privação da liberdade.<sup>104</sup>

Vale deixar claro que a missão do direito penal mínimo é eleger prioridades. Conforme aduz Greco<sup>105</sup>, o direito penal não pode resolver todos os problemas sociais, contudo a pena deve ter seu caráter de prevenção especial, ou seja, com relação aquele que praticou o delito e um caráter geral, ou seja, desmotivando a prática do comportamento delituoso.

## 6 CONCLUSÃO

Trabalhou-se no decorrer do tema alguns aspectos relevantes sobre variantes que nos fizeram refletir sobre o direito penal mínimo e a sua aplicabilidade. Discorreu-se sobre algumas de suas vertentes, apoiando sempre a aplicação do mesmo, em conjunto com os princípios aqui elencados que não podem jamais serem esquecidos, visto da suma importância dentro do direito penal, e em especial, enquadrados dentro de um direito penal mínimo.

Depois da análise aqui feita, conclui-se que a real utilização de um direito penal mínimo, em consonância com tais princípios, se realmente forem aplicados de forma eficiente, jamais se esquivando da realidade, sem tratar a pessoa que praticou o delito de forma mecânica, e, se colocadas em prática, seria a idealização de um direito penal realmente eficaz de cunho preventivo e ressocializador da pessoa envolvida em práticas delituosas, com intuito de conservar a pessoa humana, que cometeu o ato delituoso.

A função do direito penal é a de proteger bens jurídicos essenciais para o convívio em sociedade, sendo o minimalismo utilizado somente para a proteção dos bens de maior relevo, deixando para outros ramos do ordenamento jurídico os aspectos menos relevantes. Consequentemente iria refletir na população carcerária, trazendo um cunho positivo para a sociedade, visando à readequação do delinqüente ao seio da sociedade.

Ultima-se também que não se pode seguir uma ordem abolicionista, pois esta não enfrentaria a atual realidade. Como se viu, a pena é sim necessária para que seja mantenedora da ordem social justificando e servindo de pacificadora, pois aquele que sofreu com a prática delituosa também necessita de amparo e respostas do Direito Penal, para que se mantenha a ordem social e para que se faça um juízo

<sup>103</sup> BRASIL. Lei n.º 9.099/95. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

<sup>104</sup> GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p 357.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 356.

de equidade e também se mantenha a ordem e a paz social, não deixando que o particular queira realizar a justiça por si só.

Também se chegou à conclusão que o Direito penal mínimo é capacitado para trazer a justiça e equidade, realmente servirá como uma política criminal adequada, que diminuirá o abarrotamento carcerário e como meta visa que a impunidade não reine, trabalhando com equilíbrio e proporção para julgar os atos delitivos, e principalmente um direito penal que visa à pessoa do ser humano como ponto de partida para uma sociedade saudável, justa. É isso que se idealiza e conjectura como ser o melhor pensamento.

Por fim, o direito penal mínimo é um esclarecedor com relação à polêmica das penas restritivas de liberdade, pois suas consequências para o apenado e também de sua posição perante a sociedade, como visto, são lastimáveis. Arremata-se que se utilizar um direito penal mínimo será possível darmos um valor positivo para a punição. Sua valoração trará a justiça com equilíbrio e proporção, trazendo outra realidade também aos estabelecimentos prisionais. Trará à tona a verdadeira finalidade da pena que além de preventiva também será a pena um passo para readequar o delinquente ao seio da sociedade.

Tem-se claro que não seria assim tão fácil chegar a essa realidade aqui descrita. Tem-se em mente a dificuldade e a magnitude destes pensamentos, porém fica-se feliz de expressar neste trabalho tais idéias nas quais acreditamos, e contribuir mesmo que de forma pequena, para criação de pensamentos críticos com relação ao tema escolhido. Idealiza-se alcançar pessoas que ainda nunca ouviram falar do direito penal mínimo e que com a leitura deste trabalho possa criar algum pensamento envolto do tema.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. Princípios Penais – da legalidade à culpabilidade. In: **Revista IBCCRIM**. São Paulo: v. 24, 2003, p 155-156.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros 1998.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 7.210/84.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.099/95.** Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. **Vade Mecum.** Universitário. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias:** uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o Homem delinquente e a sociedade criminógena. São Paulo: Coimbra RT, 1997.

DOTTI, René Ariel. **Base e Alternativas para o Sistema de Penas.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão, Teorias do Garantismo Penal.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. trad. Raquel Ramalhe. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FUDOLI Rodrigo de Abreu. **Da Remição da Pena Privativa de Liberdade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRACIA, Martins Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** Trad. Luiz Regis Prado e Erika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Equilíbrio.** 2 ed. Niterói: Impetus 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal.** v.1. 10 ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Equilíbrio:** Uma visão minimalista do Direito Penal. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do inimigo:** uma visão minimalista do direito penal. 5 ed. Niterói: Impetus, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal.** 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial** 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Individualização da Pena**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, E Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q.T. de Camargo. **Direito Penal**. 34 ed. v. 1 São Paulo: Saraiva, 1999.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. org. e trad. André Luiz Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 2ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.