

# VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA II

José Eduardo Lourenço dos Santos  
Mário Coimbra  
Maurício Gonçalves Saliba  
(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS



José Eduardo Lourenço dos Santos, Mário Coimbra &  
Maurício Gonçalves Saliba  
(Orgs.)

# VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA II



INSTITUTO RATIO JURIS



Copyright do texto © 2014 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

## **Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID)**

José Eduardo Lourenço dos Santos, Mario Coimbra & Maurício Gonçalves Saliba  
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves  
(Editor)

Vladimir Brega Filho  
Coordenador Geral do Simpósio de Análise Crítica do Direito

### **Comissão Científica do IV SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia)  
Prof. Dr. Sergio Tibiriça (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Violência e Criminologia I / Mário Coimbra e  
José Eduardo Lourenço dos Santos,  
organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR:  
UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais  
do IV Simpósio Internacional de Análise  
Crítica do Direito)

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN - 978-85-62288-15-9

1. Direito Penal. I. Coimbra, Mário. II.  
Santos, José Eduardo Lourenço dos. III.  
Saliba, Maurício Gonçalves.

CDU-344

---

### **Índice para catálogo sistemático**

1. Ciências Sociais. Direito. Direito  
Penal Especial.  
344

---

As idéias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos  
mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores.  
É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b><i>HUMANIZAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE<br/>INTERNAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE -<br/>ECA - LEI Nº 8.069/1990</i></b> | <b>4</b>   |
| Fabiana Junqueira Tamaoki Neves<br>Gustavo Gottardi   |            |
| <b><i>INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ATO<br/>INFRACIONAL</i></b>   | <b>24</b>  |
| Alexia Domene Eugenio   |            |
| <b><i>JUSTIÇA RESTAURATIVA:<br/>BREVES ASPECTOS TEÓRICOS E PRINCIPAIS EXPERIÊNCIAS NO<br/>BRASIL</i></b>                                      | <b>36</b>  |
| Maria Priscila Soares Berro<br>Roseli Borin   |            |
| <b><i>LIBERDADE - PONDERAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS<br/>LEI MARIA DA PENHA</i></b>   | <b>55</b>  |
| Renato Garcia   |            |
| <b><i>LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO PODER PUNITIVO DO<br/>ESTADO</i></b>  | <b>75</b>  |
| Francisco Lozzi da Costa  |            |
| <b><i>O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA COMO MEIO DE CONTROLE<br/>SOCIAL</i></b>  | <b>92</b>  |
| João Augusto Arfeli Panucci   |            |
| <b><i>O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO SOCIAL E<br/>DEMOCRÁTICO DE DIREITO - COMO RECONHECER OS INIMIGOS<br/>DO ESTADO.</i></b>          | <b>103</b> |
| Djeison Tabisz<br>Gabriel Benedito Sota   |            |
| <b><i>O ENCARCERADO E O SISTEMA CARCERÁRIO: RECICLAR OU<br/>DESCARTAR.</i></b>  | <b>125</b> |
| Marianne Trevisan Pedrotti Massimo<br>Fernanda de Mattos Lima Madrid  |            |
| <b><i>PEDOFILIA, SOCIEDADE E DIREITO PENAL DO INIMIGO</i></b>   | <b>139</b> |
| Giovana Zaninelli   |            |

**HUMANIZAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO  
DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA - LEI Nº  
8.069/1990**

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves<sup>1</sup>  
Gustavo Gottardi<sup>2</sup>

**Resumo**

O presente artigo tem por objetivo, além de expor as medidas socioeducativas previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, avaliar com especial atenção a medida socioeducativa de internação, prevista no inciso VI, deste mesmo artigo, pelo fato desta medida ser privativa de liberdade, consequentemente mais gravosa. Esta análise se baseia na previsão legal de que deve ser aplicada somente em conformidade com a lei e como último recurso, e ainda pelo menor período de tempo necessário. Diante desta privação de liberdade e esclarecendo a aplicação dela nos termos do art. 122 do Estatuto avalia-se o grau de humanismo dessa penalidade imposta ao menor de idade; de que maneira ela é recepcionada pelo adolescente em conflito com a lei e ainda de que forma influenciará a vida do adolescente sujeito a essa restrição de liberdade, tanto no momento de sua imposição quanto posteriormente a sua liberdade.

**INTRODUÇÃO**

Com a finalidade de mostrar a aplicação das medidas socioeducativas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como analisar seus objetivos e sua aplicação, o presente trabalho visa, sob a perspectiva da humanização dos direitos, verificar, com especial atenção, a medida de internação, avaliando as regras para a imposição desta privação de liberdade que tem por fito, a princípio, dar resposta imediata à ação ilícita, objetivando a educação e ressocialização, devendo ser utilizada apenas em último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.

Aliado a perspectiva infra exposta, partir-se-á da premissa que todo adolescente privado da liberdade merece ser tratado com humanidade e o respeito devidos, ainda valendo-se da dignidade inerente a pessoa humana e, levando-se em consideração as necessidades de que uma pessoa nessa idade necessita.

Visar-se-á, ainda, informar o público em geral da importância da aplicação das medidas socioeducativas ao adolescente infrator a fim de que não deixe impune o menor de 18 anos, porém com a ressalva de que até que ponto essas medidas, em especial a privativa de liberdade, ajuda a recuperar o menor infrator e a adequá-lo à vida em sociedade.

A presente iniciativa enquadra-se na perspectiva de dar visibilidade e definir para círculos cada vez mais amplos o Estatuto da Criança e do

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE) e Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Docente nos cursos de Direito e de Administração das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP). Advogada.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Constitucional pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo. Advogado.

Adolescente, a fim de conquistar a sua adesão. Não é uma solução definitiva, mas de admirável encaminhamento.

## 2 CRIANÇA, ADOLESCENTE E ATO INFRACIONAL

A Constituição Federal de 1988 demonstrou especial atenção à criança e ao adolescente, ao dispor em seu art. 227<sup>3</sup> que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Complementando a ideia a proteção à criança e ao adolescente, o legislador estabelece no art. 228 do ECA que sejam penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, ficando sujeitos às normas de legislação especial. Corroborando com o Estatuto, o Código Penal Brasileiro dispõe nos termos do art. 27 que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando também sujeitos às normas estabelecidas em legislação especial.

Sob a perspectiva doutrinária a proteção ao menor também se perfaz em termos análogos. Flávia Birchall de Moura leciona que, o menor de 18 anos é ainda pessoa não amadurecida, em fase de transformação, pois tudo nele é provisório e sujeito a modificação, razão pela qual não pode ser objeto de sanção, devendo ser aplicado a ele uma medida de natureza cautelar, de proteção, fiada em favor de sua educação e socialização<sup>4</sup>.

Todavia, a medida acertada a ser aplicada não é tão simples, posto que é necessário analisar a finalidade da pena e da medida socioeducativa, vez que ambas possuem como fim a reintegração à sociedade a fim de fazer prestável à sociedade aquela pessoa que transgrediu a regra de observância geral obrigatória<sup>5</sup>.

Trata-se de um programa reeducativo coercitivo, aplicado contra a vontade do transgressor, gerando também um efeito preventivo geral, uma vez que tal “obrigação” serve para desestimular futuras transgressões. Nesse diapasão, convém repensar o papel dos espetáculos televisivos que transformam em astros de televisão, revistas e jornais os delinquentes – dando-

<sup>3</sup>CURIA, Luiz Roberto - CÉSPEDES, Livia - NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum** compacto / Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva - 7ª ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012, p.72.

<sup>4</sup> MOURA, Flávia Birchall de. **Medida Socioeducativa de Internação: Excepcionalidade**. Disponível em [http://www.ciaap.org.br/artigos/headline.php?n\\_id=1&u=1%5C](http://www.ciaap.org.br/artigos/headline.php?n_id=1&u=1%5C) - Acessado em 10 mar. 14.

<sup>5</sup> Ibid.

lhes exposição pública capaz de estimular o mau caráter em má formação a imitar o mal feito como forma de atingir o estrelato<sup>6</sup>.

Sobretudo, importa frisar que o adolescente não está isento de qualquer responsabilidade pelo ato ilícito que cometeu, apenas a ele não são aplicadas as normas penais vigentes, estando ele sujeito as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que apesar de possuírem uma abordagem diferente, são também impostas coercitivamente àquele menor, interferindo na sua liberdade individual, além de possuir o caráter preventivo. Impunidade é diferente de inimizabilidade. As medidas socioeducativas são as respostas para a questão da punição do menor infrator<sup>7</sup>.

## 2.1 Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, define como sendo criança a pessoa com 18 anos de idade: “Art.1.º Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”<sup>8</sup>.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 2º define como sendo criança, a pessoa até 12 anos de idade incompletos, ou seja, 11 anos, 11 meses e 29 dias: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos (...)” e conclui o legislador: “Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”.

Assim sendo, às crianças, mesmo que cometam atos infracionais graves, só serão aplicadas as medidas de proteção elencadas no art. 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup>A Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em [https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf). Acesso em 10 mar. 14.

- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

Do artigo supracitado extrai-se que da mesma maneira que existe um tratamento diferenciado para com os menores infratores, relacionando-os aos maiores, entre os menores também far-se-ão diferenciações, como se verá a seguir; se para a criança incidem determinadas medidas protetivas – as elencadas acima – para o adolescente há outras medidas que são aplicadas como dispõe o art. 112 do ECA.

## 2.2 Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no *caput*, do art. 2º, traz a definição de adolescente considerando a idade do indivíduo na adolescência que tenha de 12 a 18 anos de idade.

A distinção entre criança e adolescente é importante com relação à aplicação das medidas socioeducativas (que podem implicar privação da liberdade).

Por sua vez, o adolescente infrator pode ser submetido a um tratamento mais rigoroso, como são as medidas socioeducativas do art. 112, que podem implicar privação de liberdade. Nesses casos, são asseguradas ao adolescente, pelo ECA, as garantias do devido processo legal detalhadas no art. 111, e nos demais o procedimento dos arts. 171 e seguintes. Igualmente, o Estatuto considera que o adolescente, em determinadas circunstâncias, possui a maturidade suficiente para formar sua opinião e decidir sobre certos assuntos que podem afetar e concernem à sua própria vida e destino. Prevê, assim, em matéria de adoção, que o adolescente (adotando maior de 12 anos) deverá dar seu consentimento para a adoção<sup>9</sup>.

## 2.3 Ato Infracional

O art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente adota o conceito de ato infracional como sendo a conduta descrita como crime ou contravenção penal, figura típica do ato punível cometida por pessoa imputável para considerar a aplicação ao agente inimputável, que é o adolescente – de medida socioeducativa (arts. 112 a 128) no lugar de penas e prisões.<sup>10</sup>

A idade a ser considerada na aplicação de medidas socioeducativas sobre o adolescente é a que ele contar na data da prática da infração, mesmo que o fato venha a ser apurado depois que ele ultrapassou o estágio da inimputabilidade, ou seja, aos 18 anos (dezoito) anos ou mais.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> SOLARI, Ubaldo Calvento. ARTIGO2/LIVRO 1 - **Criança e Adolescente**. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-2livro-1---tema-crianca-e-adolescente>. Acessado em data de 10 março de 2014.

<sup>10</sup>TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente** – Rio de Janeiro: Forense, 2010, págs. 102 a 106.

<sup>11</sup> Ibid.



No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos) aplicam-se as medidas de proteção. Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar. Já o ato infracional cometido pelo adolescente deve ser apurado pela Delegacia da Criança e do Adolescente, nos locais onde houver, nos demais casos deve ser encaminhado de imediato à autoridade competente, neste caso, para a delegacia da área. Cabe ao Poder Judiciário a aplicação de medidas socioeducativas prevista no ECA, Lei 8.069/90<sup>12</sup>. Ademais, há a Súmula n. 108 do STJ<sup>13</sup>, neste sentido.

Os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente que determinam os referidos procedimentos vão do 171 ao 190.

Se, afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público relatório das investigações e demais documentos.

Ainda, conforme prevê o art. 178 do ECA, o adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade. Outrossim, no que tange ao uso de algemas pelo adolescente deverá ser obedecida à Súmula Vinculante n. 11 do STF<sup>14</sup>.

### 3 DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Uma vez que o adolescente transgressor pratica o ato infracional, e julgada procedente esta conduta, lhe será aplicada medidas socioeducativas, podendo ser uma ou mais de uma, conforme o art. 112 do ECA:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a

---

<sup>12</sup>Revista Jurídica Consulex, Ano IX n.º 203, 30 de Junho de 2005, p. 27 a 35.

<sup>13</sup> Súmula n. 108 do STJ: “A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

<sup>14</sup> Súmula Vinculante n. 11 do STF: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Nesse sentido José de Farias Tavares<sup>15</sup> leciona que:

(...) julgada procedente a representação, o juiz na sentença fundamentada, determina a medida a ser aplicada ao adolescente dentre as arroladas nos incisos I a VII. Poderá ser uma delas, apenas, ou uma e outras cumuladas e complementa que isto é possível em face do disposto no Art. 113, que remete ao art. 99 e 100, onde a cumulação está prevista.

Portanto, as medidas socioeducativas definem-se como a forma a ser aplicada a sanção ao adolescente, e somente a este, tendo em vista as medidas imputadas as crianças serem outras, como já visto. Desta maneira, ao menor infrator adolescente poderá, através de sentença devidamente fundamentada, serem aplicadas estas sanções estipuladas, as quais veremos a seguir.

### 3.1 Advertência

O termo “advertência” consiste em admoestação verbal, conforme dispõe o ECA no art. 115, de forma que pode ser entendido como observação, aviso, ato de advertir. De todos os significados que o termo assume na linguagem natural, o Estatuto da Criança e do Adolescente captou o de “admoestação”, “repressão”, “censura”, acentuando a finalidade pedagógica.

Ainda quando externada informalmente, toda advertência representa, em última instância, um ato de autoridade e pressupõe que numa dada relação social alguém detém a faculdade de se impor a outrem (orientando, incutindo valores, induzindo comportamento, etc.), mesmo contra a vontade daquele contra quem ou em relação a quem essa faculdade é exercida<sup>16</sup>.

A advertência ao adolescente deverá ser feita oral e pessoalmente pelo juiz e lançada em um termo assinado pelos presentes à solenidade, inclusive aos pais ou tutores e guardiães (art. 115)<sup>17</sup>. Ressalta-se que esta é a única medida socioeducativa que ao ser aplicada, pela autoridade judiciária, se embasa na

<sup>15</sup> TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, págs. 107 a 108.

<sup>16</sup> CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**, 10 ed., atual. de acordo com a Lei. N.º 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 553.

<sup>17</sup> TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 108.

prova da materialidade e em indícios suficientes de autoria, levando o magistrado a escolhê-la quando o ato infracional cometido pelo adolescente for de menor gravidade, *v.g.*, furto de bagatela, lesão corporal leve, ou, também, quando o menor nunca cometera ato infracional.

### 3.2 Obrigação de reparar o dano

Segundo o art. 927 do Código Civil Brasileiro, a prática de um ato ilícito impõe ao seu autor a obrigação de reparar o dano. O art. 116 do ECA, institui a possibilidade de impor ao adolescente, autor de ato infracional com “reflexos patrimoniais”, como medida socioeducativa, a obrigação de reparar o dano causado à vítima, seja pela restituição da coisa subtraída, seja pelo respectivo ressarcimento, seja através de outra alternativa compensatória<sup>18</sup>.

Os incisos I e II do art. 932 do CCB conduzem à responsabilidade civil dos pais, ou dos tutores ou guardiões, senão vejamos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

(...)<sup>19</sup>

Obviamente que se o menor tiver patrimônio próprio, a obrigação de indenizar onera os seus bens, quando bastem. Na inexistência de patrimônio próprio ou dos pais, tutores ou guardiões, o juiz decretará a substituição dessa medida por outra que se presta à satisfação do ofendido (art. 116 do ECA)<sup>20</sup>. Normalmente, esta medida socioeducativa é aplicável quando o adolescente comete ato infracional que se amolda, por exemplo, ao estelionato, ao furto, ao dano, à pichação etc.

Valter Kenji Ishida descreve que a obrigação de reparar o dano: “deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de *responsabilidade* social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta<sup>21</sup>”.

Teorias à parte, o que importa na realidade, é que o Juiz procure aplicar seu bom senso, considerando as condições peculiares da adolescência e as conveniências sociais observáveis na execução das medidas<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> CURY, op. cit., p. 553.

<sup>19</sup> CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum compacto** / Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, 7 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 202.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 893.

<sup>21</sup> ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2010, p. 230.

<sup>22</sup> TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de

### 3.3 Prestação de serviços à comunidade

As atividades compulsórias previstas no inc. III do art.112 do ECA, serão compatíveis (§ 1º do mesmo artigo) com as condições pessoais do adolescente, sem caráter vexatório (art. 117)<sup>23</sup> e sem a imposição de trabalho forçado.

Ao período estabelecido no art. 117 do ECA, acrescenta-se a observação sobre os limites temporários da execução da medida: um semestre, no máximo, exercendo atividades altruístas, nunca em estabelecimento privado com fins lucrativos.

A entidade de atendimento responsável pela execução desta medida socioeducativa, através dos seus dirigentes, têm a obrigação de encaminhar à autoridade judiciária, no máximo a cada seis meses, relatório circunstanciado acerca da situação do adolescente infrator, a fim de constatar se a medida aplicada tem sido eficaz à sua reintegração no meio social. É o que se constata da análise dos artigos 19, parágrafo primeiro; 90, inciso V; 92, parágrafo segundo; 94, inciso XIV, todos do ECA.

As tarefas não prejudicarão as aulas do ensino regular frequentadas pelo adolescente, sem solução de continuidade. Quando o adolescente for empregado ou trabalhador por conta própria, os serviços de interesse comunitário que lhe forem impostos serão prestados nos dias em que não houver de exercitar seus afazeres particulares. Tais como aos sábados em que não houver expediente regular, e aos domingos e feriados nacionais, estaduais, municipais ou religiosos, ou outros dias de recesso profissional<sup>24</sup>.

### 3.4 Liberdade assistida

No inc. IV do artigo 112 do ECA, está previsto o estado de vigilância sobre o adolescente com a finalidade de prevenir as atitudes deletérias que comprometem sua formação moral ou prejudiquem o bem estar público, conforme dispõem os arts. 118 e 119<sup>25</sup>.

---

Janeiro: Forense, 2010, p. 108.

<sup>23</sup> Ibid., p. 108.

<sup>24</sup> Ibid., p. 110.

<sup>25</sup>CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum compacto** / Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, 7ª ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 893. ECA/Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. § 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento. § 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor. Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso.

Quando o juiz entender de melhor proveito para o adolescente em estágio de reeducação, adotará a liberdade assistida, designando alguém, com a necessária idoneidade moral e capacitação técnica, para seguir a trajetória da reabilitação no seio da comunidade local<sup>26</sup>. No que tange ao prazo de duração para o cumprimento da medida este deve ser, no mínimo, de seis meses, indicando-se, consoante Rossato, Lépore e Cunha: “por analogia, que ao prazo máximo que se aplica é aquele previsto para a duração da medida de internação, qual seja, de três anos, ou quando o adolescente completar 21 anos de idade. No mesmo sentido, precedentes jurisprudenciais<sup>27</sup>”.

Por derradeiro, é lamentável como a liberdade assistida está sendo desvirtuada e aplicada a casos graves como no roubo qualificado, estupro e até mesmo homicídio, sendo que deveria ser determinada àqueles casos de média gravidade em que inexistente violência ou grave ameaça a pessoa<sup>28</sup>.

### 3.5 Regime da semiliberdade

O regime de semiliberdade é medida restritiva da liberdade pessoal mais flexível que a internação. Semiliberdade e internação são as únicas medidas, entre aquelas previstas para o adolescente infrator no art. 112 do ECA, que implicam a institucionalização.

A semiliberdade faz parte das medidas socioeducativas para as quais o art. 114<sup>29</sup> requer as plenas garantias formais em relação processual. Tais garantias são estabelecidas nos arts. 110 e 111, em plena redação processual com o art. 5º, LV da CF/88<sup>30</sup>.

A semiliberdade é uma forma mitigada de institucionalização, uma vez que, em parte do tempo o educando estará efetivamente privado do seu direito de ir e vir. Em seus aspectos formais a semiliberdade corresponde, no campo das medidas socioeducativas, ao regime semiaberto do Direito Penal de adultos<sup>31</sup>.

Antonio Carlos Costa em referência a Alessandro Baratta assevera que:

---

<sup>26</sup> TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 108.

<sup>27</sup> ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 356.

<sup>28</sup> DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 289 (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v. 28).

<sup>29</sup>ECA/ art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127. Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

<sup>30</sup>CURY, Munir (Coord). **Estatuto da criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**. 10 ed., atualizada de acordo com a Lei. nº 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 576.

<sup>31</sup>COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Semiliberdade**, 2003. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/semiliberdade-17001>. Acessado em 10 março de 2014.

A única diferença da semiliberdade com a privação de liberdade com possibilidade de atividade externa é que, nesta, o juiz pode suspender quando julgar conveniente a atividade extramuros” e conclui ‘Já no caso da semiliberdade, a atividade extramuros é parte da essência da ação educativa imposta ao educando, não podendo de forma alguma ser revogada no marco do regime em questão’<sup>32</sup>.

Está disposto no art. 120 do ECA o meio termo entre o regime de recolhimento imposto e a convivência no seio da família e da sociedade<sup>33</sup>:

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Esta miscelânea entre o regime de recolhimento e a convivência na sociedade advém da aplicação do *princípio da incompletude institucional*, disposto no § 1º do art. 120 do ECA, que discorre que o “atendimento ao adolescente não pode estar adstrito aos mecanismos existentes na instituição. Deve ele frequentar escolas, cursos profissionalizantes, trabalho e tudo o que a comunidade puder disponibilizar<sup>34</sup>”.

O regime de semiliberdade aplica-se adequadamente àqueles adolescentes para os quais a liberdade assistida - em razão da dificuldade da família de exercer sobre ele um controle efetivo nas horas em que ele não está sob controle do orientador - requer um controle institucional de natureza mais forte que, efetivamente, o prive do direito de ir e vir. Isto ocorre, principalmente, no período noturno e nos fins de semana, situações em que o risco de reincidência na prática de atos infracionais se torna maior<sup>35</sup>.

Observa-se que o tempo de execução é indeterminado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação, devendo, no entanto, durar enquanto conveniente às finalidades da medida, cuidando-se sempre da educação regular e profissional do adolescente infrator.

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup>TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.108.

<sup>34</sup> ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 358.

<sup>35</sup>COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Op. cit.

### 3.6 Internação

A medida socioeducativa de internação, prevista no art. 121 do ECA, é a mais gravosa entre todas as abordadas anteriormente. Tal medida deverá sempre seguir os princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e só terá cabimento quando ocorrer alguma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 122 do ECA.

A seguir verificar-se-á com mais verticalidade os detalhes da referida medida socioeducativa, objetivo específico deste artigo.

## 4 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A HUMANIZAÇÃO DOS DIREITOS DO ADOLESCENTE

Definida como a medida de menor flexibilidade dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida socioeducativa de internação também é a mais polêmica de todas. Levando-se em consideração que as medidas servem para reeducar o adolescente para convívio em sociedade, a medida de internação é fortemente atacada por estudiosos, que consideram que privar o adolescente da liberdade em nada contribui para sua reeducação.

Assim define João Farias Tavares<sup>36</sup>: “É a mais severa das medidas socioeducativas estabelecidas no Estatuto. Priva o adolescente de sua liberdade física – direito de ir e vir – à vontade”.

O ECA dispõe no art. 121 minúcias sobre a aplicabilidade da medida socioeducativa de internação.

O grande avanço do supracitado artigo está na definição da internação com “medida privativa da liberdade”, ou seja, o educando submetido a esta modalidade de ação socioeducativa está privado do direito de ir e vir, o que configura um enorme avanço em relação à medida de internação usualmente praticada no Brasil, que priva o adolescente não apenas da liberdade, mas do respeito, da dignidade, da identidade e da privacidade<sup>37</sup>.

São três os princípios que condicionam a aplicação da medida privativa de liberdade: o princípio da brevidade enquanto limite cronológico; o princípio da excepcionalidade, enquanto limite lógico no processo decisório acerca de sua aplicação; e o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, enquanto limite ontológico, a ser considerado na decisão e na implementação da medida<sup>38</sup>.

Somente em caráter excepcional (art. 122, §2º do ECA) será aplicada a internação, com observância do §3º do art. 227 da CF, devendo ser de curta duração para não resultar em instrumento deformador da personalidade

---

<sup>36</sup>TAVARES, José de Farias. Op. cit., p. 114.

<sup>37</sup>CURY, Munir (Coord). **Estatuto da criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**, 10ª edição, atualizada de acordo com a Lei. N.º 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 584.

<sup>38</sup>COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentário Jurídicos e Sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 375.

colhida em estágio de estruturação biofísico-psicológico e em caminho da maturidade.

Leciona João Farias Tavares que o adolescente poderá trabalhar e estudar fora do estabelecimento onde é recolhido, se não oferecer perigo à segurança pública ou à sua própria incolumidade, segundo avaliação criteriosa da equipe profissional que assessora a Justiça da Infância e da Juventude<sup>39</sup>.

O juiz, entretanto, poderá negar o benefício, fundado em justo receio de inconveniência social (art. 121, §1º do ECA). A internação perdurará por tempo indefinido (art. 121, §2º do ECA) e durante o seu cumprimento será procedido reexame da situação a concluir pela continuidade, desinternação ou substituição por outra medida mais branda, sendo que o Juiz da Infância e da Juventude decidirá em sentença com fundamento legal.

O art. 121, §3º limita em 03 (três) anos o prazo máximo dessa constrição, observando-se, de logo, que no caso do art. 122, III, e no seu §1º prevê que a duração não ultrapasse a 03 (três) meses. Neste último caso a doutrina denomina como sendo *internação sanção*.

Nesse sentido, comenta Munir Cury, que o art. 122 deve ser entendido no sentido de constituir uma especificação taxativa do caráter breve e excepcional na privação da liberdade, estabelecido no art. 121, uma vez que:

O inc. I estabelece a necessidade da condição prévia e necessária da existência do ato infracional devidamente apurado.

Ato infracional que, além do exposto, deverá reunir as características de grave ameaça ou violência contra as pessoas.

O inc. II refere-se ao requisito prévio da existência de atos infracionais graves, também devidamente comprovados, que tiveram como consequência qualquer das medidas prevista no art. 112, com exceção da própria medida de internação.

O inc. III deve ser entendido no sentido da conjunção da medida anterior imposta. O caráter injustificado refere-se, *a contrário sensu*, ao fato de os problemas surgidos por falhas atribuídas à instituição que executaria a medida não poderem ser considerados como injustificáveis, impedindo, neste caso dispor da internação<sup>40</sup>.

Complementa, ainda, Munir Cury, que sem dúvida alguma, o aspecto mais importante do art. 122 se encontra no §2º que, literalmente, “inverte o ônus da prova”, obrigando a autoridade judicial a demonstrar que não existe outra medida mais adequada que a internação. A expressão em “hipótese

---

<sup>39</sup>TAVARES, José de Farias. Op. cit., p. 114.

<sup>40</sup>CURY, Munir (Coord). **Estatuto da criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**, 10ª edição, atualizada de acordo com a Lei. N.º 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 583.



alguma<sup>41</sup>” deve ser entendida no sentido de que, mesmo nas hipóteses dos incs. I e II do art. 122, a privação da liberdade deve ser evitada, existindo, antes dela, outras medidas de caráter mais adequado.

Outrossim, ao delimitar as hipóteses em que a medida privativa de liberdade poderá ser aplicada, o art. 122 está em seus incs. I e II do ECA, regulamentando o princípio da excepcionalidade.

A medida privativa de liberdade pode ainda ser aplicada por descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta. Trata-se, aqui, de uma ação dissuasora em relação à disposição revelada pelo adolescente de não acatar medida socioeducativa a ele imposta por decisão judicial. Neste caso, a privação da liberdade não poderá exceder a três meses<sup>42</sup>.

Ensina José de Farias Tavares,<sup>43</sup> que a restrição da liberdade física é medida extrema e, por isso mesmo, limitada nos casos expressos no Estatuto, precisamente neste artigo. Fora disso, é incabível. O inciso I se refere às ofensas à integridade corporal humana reais ou em risco de serem realizadas.

Atos infracionais de outra natureza (inc. II) somente autorizam a intervenção se forem revestidos de gravidade e de prática contumaz, ou ainda desatendimentos (inciso III) reiterados, e sem justa causa, de execução da medida anteriormente aplicada.

O caráter de excepcionalidade da internação é mais uma vez enfatizado no art. 122, §2º do ECA, determinando que somente é admissível a aplicabilidade desta medida socioeducativa, quando não houver outra adequada.

Do ponto de vista histórico, este tema é de uma importância fundamental. Foram justamente as espantosas condições de vida nas prisões, onde as crianças e adolescentes eram alojados indiscriminadamente junto a adultos, o motivo pelo qual se mobilizou o movimento dos reformadores, dando origem a formas autônomas e diferenciadas de controle social para crianças e jovens<sup>44</sup>.

Neste sentido, Karyna Sposato<sup>45</sup> salienta que:

A própria construção das unidades de internação remete ao modelo penitenciário; a falta de vagas é um problema recorrente; a ausência de um projeto pedagógico é gritante; as violações aos direitos fundamentais dos jovens são altas; os adolescentes são obrigados a internalizar as práticas do cárcere para que lá possam sobreviver e depois

---

<sup>41</sup>Ibid., p. 583.

<sup>42</sup>CURY, Munir (Coord). **Estatuto da criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**, 10ª edição, atualizada de acordo com a Lei. N.º 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 584.

<sup>43</sup>TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 114.

<sup>44</sup>CURY, Munir (Coord). Op. cit., p. 123.

<sup>45</sup>SPOSATO, Karyna. **Modelo Impossível**, Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2602200509.htm>. Acessado em 10 de março de 2014.

se torna difícil abandoná-las.

Entrementes, é cediço que a ressocialização segue sendo uma utopia.

José de Farias Tavares<sup>46</sup>, por sua vez, assevera que, o internato deve ser exclusivamente destinado a recolher adolescente autor do ato infracional. Nele não haverá crianças, pois estas só poderão ficar em abrigos, que são especificamente preparados para isso, proibindo-se a promiscuidade. Mesmo entre os adolescentes, há que se providenciar, além dos requisitos de segurança física, a seletividade dos grupos de internos por faixas etárias mais aproximadas, desenvolvimento corporal, natureza do ilícito, e consequentes manifestações de periculosidade.

Segundo Munir Cury<sup>47</sup>, os direitos do adolescente enumerados no art. 124 podem ser entendidos, paradoxalmente, como a erupção de uma “Revolução Francesa” com mais de 200 anos de atraso no mundo dos adolescentes privados de sua liberdade, pois “O complexo sistema de garantias introduzido pelo Estatuto significa, em primeiro lugar, que o adolescente infrator deixa de construir, definitivamente, uma categoria jurídica restrita”, ou seja, as garantias dispostas no art. 124 “(...) devem ser entendidas como a consequência lógica e, principalmente, necessária das garantias reconhecidas nos art. 106, 110 e 111 do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (apenas para citar os artigos mais diretamente pertinentes)”.

José de Farias Tavares<sup>48</sup> relacionando os direitos do internado, leciona que os incisos do art. 124 deixam a desejar no sentido de que faz “(...) referência apenas ao Promotor da Justiça e da Juventude, quando em outras passagens o estatuto assegura acesso direto ao advogado ou Defensor Público, bem como aos pais, tutores ou guardiões”. No inc. II, ao dispor que:

(...) não poderá subsistir por contrariar o mandamento constitucional que institucionalizou a indispensabilidade do advogado em qualquer postulação judiciária. De tal sorte que todas as normas infraconstitucional que permitiam atuação pessoal do litigante desacompanhado de cumprimento da medida no lugar onde habitualmente vive o adolescente evitando-se a desintegração de sua convivência familiar e comunitária. Quando não for possível localizá-la exatamente aí, que pelo menos o seu afastamento seja dado para as vizinhanças dos pais ou tutores e guardiões.

A expressão mais próxima não quer dizer menor distância geográfica, mas mais fácil mais rápido e mais cômodo acesso. O parágrafo 1º contém regra de capital importância

---

<sup>46</sup>TAVARES, José de Farias. Op. cit., p. 114.

<sup>47</sup>CURY, Munir (Coord). **Estatuto da criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais**, 10ª edição, atualizada de acordo com a Lei. N.º 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 584.

<sup>48</sup>TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 115.

para asseguramento das garantias individuais: o direito de comunicação. Só assim é que se poderá saber, de fora, se todos os demais direitos estão sendo respeitados<sup>49</sup>.

Conforme previsão do art. 67 do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) - Lei n. 12.594/2012 - os direitos do adolescente privado de liberdade ainda abrangem as visitas no local da internação, seja dos pais ou responsáveis, parentes e amigos, as quais se realizarão nos dias e horários próprios definidos pela direção do programa de atendimento. É assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima do cônjuge ou companheiro.

O referido art. 67 ainda dispõe que é garantido aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação o direito de receber visita dos filhos, independentemente da idade destes. O regulamento interno estabelecerá as hipóteses de proibição da entrada de objetos na unidade de internação, vedando o acesso aos seus portadores.

Neste enlace percebe-se que por mais humanizado que seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, no mundo real sabe-se que esse tratamento dispendido aos adolescentes não acontece da forma idealizada, seja por ineficiência do próprio sistema, seja, às vezes, por uma ideia muito teórica imposta pelo Estatuto ou ainda por não se colocar em prática o que realmente deve ser feito, utilizando de artifícios mais rápidos, menos ardis para o sistema e deixando adolescentes a mercê da simples detenção, sem qualquer caráter ressocializador.

A previsão legal, como já explicitado, é a de que a medida de internação seja imposta com fundamento em três aspectos, quais sejam: brevidade "(...) a internação não comporta prazo determinado e sua manutenção é reavaliada no máximo a cada seis meses e jamais excederá três anos<sup>50</sup>"; excepcionalidade, (de caráter residual), a internação só poderá ser aplicada em última hipótese, ou seja, se for inviável a aplicação das demais medidas<sup>51</sup>; e respeito a respeito à "(...) condição peculiar de pessoa em desenvolvimento - ao Estado compete zelar pela integridade física e moral do adolescente, para isso adotando medidas apropriadas de contenção, segurança e respeito ao adolescente-cidadão como ser em formação<sup>52</sup>".

Considerando-se os requisitos supracitados, seria de se esperar que poucos seriam os casos de aplicação desta medida socioeducativa, porém, diferentemente do esperado, verifica-se que na verdade a medida de internação aparentemente tem sido aplicada muito mais do que a de semiliberdade, pois

---

<sup>49</sup>Ibid., p. 115.

<sup>50</sup>PEREIRA, Pedro; TRENTIN, Melisandra *in* HAMOY, Ana Cecília Bentes (Org.). **Direitos Humanos e Medidas Socioeducativas - Uma Abordagem Jurídico-Social**. Belém: CEDECA-EMAÚS, 2008, p. 71.

<sup>51</sup>Ibid., p. 71. "Só é passível de aplicação a adolescentes que tenham cometido atos infracionais mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou ainda no caso de reiteração de outras infrações graves e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta".

<sup>52</sup>Ibid., p. 71.

de acordo com dados divulgados pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH):

(...) entre os anos de 1996 e 2006 o número de adolescentes infratores que cumpriam medida privativa de liberdade em todo o país cresceu 363%. Em 2006, havia 15.426 adolescentes em unidades de internação, enquanto que, em 1996, eram 4.245. O levantamento alerta que a privação de liberdade nem sempre tem sido usada em situação de excepcionalidade e por breve duração, como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente. Na média nacional, há cerca de nove adolescentes em internação para cada um em semiliberdade<sup>53</sup>.

Conforme os dados estatísticos mencionados e toda a deficiência do “Sistema Carcerário Juvenil” fica praticamente impossível reabilitar o jovem infrator, tendo em vista que ao invés de se ajustar a sociedade, de ser reeducado para convivência junto a comunidade, o menor infrator acaba sendo colocado mais afastado, criando um sentimento de distância de sua pessoa para com o mundo exterior, pois:

A intervenção segregante do Estado, na condição de executor de medidas socioeducativas privativas de liberdade, produz todos os efeitos perversos da prisão - rotulação, estigmatização, distância social e maior criminalidade, muitas vezes geradora de reincidência - sob a lógica de que quanto maior a reação repressiva estatal aos delitos praticados, maior a probabilidade de que o sujeito se torne novamente transgressor, numa reprodução reiterada do mesmo projeto fracassado. A execução de medidas privativas de liberdade, como indica Baratta<sup>17</sup>, dessocializar o ser humano por meio da prisionalização, como processo simultâneo de desaprendizagem dos valores da vida social - perda do sentido de responsabilidade, formação de imagens ilusórias da realidade e distanciamento progressivo dos valores comuns - e de aprendizagem das regras do mundo artificial da prisão - atitudes de cinismo e culto à violência, por exemplo<sup>54</sup>.

Nesse mesmo contexto, Flávio Américo Frasseto<sup>55</sup>, defende que “A

---

<sup>53</sup>PEREIRA, Pedro; TRENTIN, Melisandra *in* HAMOY, Ana Cecília Bentes (Org.). **Direitos Humanos e Medidas Socioeducativas - Uma Abordagem Jurídico-Social**. Belém: CEDECA-EMAÚS, 2008, p. 75.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p.80.

<sup>55</sup>FRASSETO, Flávio Américo *in* HAMOY, Ana Cecília Bentes (Org.). **Direitos Humanos e Medidas Socioeducativas - Uma Abordagem Jurídico-Social** - Belém: CEDECA-EMAÚS, 2008,

história das políticas voltadas à infanto-adolescência é plena de atrocidades legitimadas por boas intenções. Ela demonstrou que, por exemplo, a institucionalização nunca correspondeu, na prática, às 'nobres' pretensões que retoricamente a justificaram" e completa salientando que "O encarceramento nunca viabilizou sistematicamente a educação ou reeducação dos reclusos. Nunca foi eficaz na promoção de sua cidadania ou para a garantia de um desenvolvimento saudável", e finaliza que "(...) um exame crítico, ainda que pouco atento, do sistema, permite concluir que, além de não promover direitos, a institucionalização violá-os cotidianamente, para um limite muito além, muito além, daquilo permitido na sentença".

Assim conclui-se que o "(...) que se tem, sob relativo consenso, é que a experiência de encarceramento não melhora e tende a piorar as pessoas que passam por ela<sup>56</sup>".

Mesmo que a medida adotada seja a de internação a ideia que se preza no Estatuto da Criança e do Adolescente na verdade é a de que o menor infrator não deve ser excluído da sociedade, não deve permanecer afastado da comunidade, seja do ensino, seja da profissão, etc., o que na verdade não ocorre, pois além do menor ser deixado recluso, excluído do convívio social, praticamente nenhuma ação ressocializatória é gerida com a intenção justamente de ambientar o menor para um novo convívio com os demais, na tentativa de transformá-lo e inseri-lo na sociedade.

Neste diapasão, Flávio Américo Frasseto<sup>57</sup> disserta que "Na filosofia da incompletude institucional, o Estatuto impõe à entidade que desenvolve programa de internação a obrigação de valer-se, preferencialmente, dos recursos da comunidade no atendimento de suas obrigações (art. 94, §2º do ECA)", e complementa que a princípio tudo que cabe à instituição oferecer ao jovem como escola, cursos profissionalizantes e atendimento médico deve ser buscado por meio de um atendimento regular com os recursos comunitários comuns e que "(...). Se, em último caso, o atendimento tenha de ser oferecido intramuros, recomenda-se que os prestadores de tal atendimento NÃO sejam funcionários do programa de internação", desta forma, segundo o autor, o jovem internado deve ir à comunidade e não sendo possível "(...) ideal é que o serviço da comunidade vá até ele na instituição. Assim, o médico que prestar atendimento eventualmente no interior da instituição deve ser o médico do sistema de saúde, o professor, ligado ao sistema regular de educação e assim por diante".

Por fim, mas sem a pretensão de exaurir o assunto, outra medida necessária é retirar a ideia do Sistema Penitenciário Juvenil, qual seja, por mais gravosa que a medida seja, ou pareça, o local de cumprimento deve ser o mais humano possível, sempre com a ideia principal de que este local na verdade é onde o menor será educado para a vida em sociedade, será disciplinado, orientado a sair da internação e buscar novos caminhos de vida, incutindo no

---

p. 17.

<sup>56</sup> PEREIRA, Pedro; TRENTIN, Melisandra *in* HAMOY, Ana Cecília Bentes (Org.). Op. cit., p. 17.

<sup>57</sup>FRASSETO, Flávio Américo *in* HAMOY, Ana Cecília Bentes (Org.). **Direitos Humanos e Medidas Socioeducativas - Uma Abordagem Jurídico-Social** - Belém: CEDECA-EMAÚS, 2008, p. 22.

infrator um desejo de mudança e de novas oportunidades, gerando ainda um sentimento de que ele não é diferente dos demais ao sair dali. Afinal nesse momento em que se encontra o jovem é que será construído o seu caráter e tem-se que aproveitar disso para fazer com que este jovem saia da internação, instruído e pronto para eventual entrada no mercado de trabalho, por exemplo.

Assim defende Flávio Américo Frasseto<sup>58</sup>, de que a “prisão juvenil” em nada deve parecer com a prisão para adultos:

Em todo ambiente prisional vigora, ao lado da ordem formal instituída, uma cultura paralela, de cunho informal, que demarca valores, posturas adequadas e inadequadas dos pares que nela convivem. Daí derivam os chamados códigos do recluso ou código de honra dos reclusos. Tais códigos, ainda que traduzam por vezes um espaço de resistência à soberana ordem institucional, via de regra, fomentam os processos de prisionização e criminalização dos internos, favorecendo a socialização desajustada e operando desastrosa violação de direitos. Nesses códigos, não raramente, traduzem-se regras rígidas com conteúdo segregatório - vide tratamento de homossexuais e loucos - e com soluções violentas para diversas situações de conflito. A partir deles, sua vigência e manutenção, constrói-se um universo do crime e do criminoso e, assim, um lugar de pertencimento para os adolescentes custodiados, condições para a ‘glamourização’ do delito, da vida criminosa e para a construção de uma identidade de transgressor.

Mantendo, portanto, o menor recluso a um ambiente de presídio, em nada contribui para a sua readequação junto a sociedade. O fato é que neste ambiente, ao invés de se retirar da consciência do adolescente as ações delituosas, acaba por criar visões fantasiosas de admiração pela prática de atos infracionais, criando por vezes heróis de dentro do sistema carcerário, embutindo objetivos criminosos nos menores praticamente impossíveis de serem retirados.

Na verdade o ideal que se pretendia com a reclusão do menor era fazê-lo refletir sobre o que o levou até aquela situação, fazê-lo entender a ilegalidade de sua conduta e especialmente fazê-lo aceitar a sua condição como errada, para que possa ser novamente inserido junto a comunidade, como um cidadão com objetivos na vida, como estudar, trabalhar, constituir família e especialmente, afastá-lo do mundo da delinquência.

---

<sup>58</sup>FRASSETO, Flávio Américo *in* HAMOY, Ana Cecília Bentes (Org.). Op. cit., p. 30.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho teve como finalidade apresentar e trazer à tona a necessidade de se buscar o quanto antes um novo modelo para melhor aplicação das medidas socioeducativas, com objetivo de dar respostas aos atos infracionais cometidos pelos adolescentes, com foco especial no caso a medida tida como a mais gravosa, que consiste no cerceamento da liberdade do adolescente infrator.

Sobretudo, conclui-se que o adolescente infrator precisa e tem o direito de ter um local digno, que atenda aos objetivos da sua ressocialização, amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e principalmente pela Constituição Federal que garante a total e integral proteção à Criança e ao Adolescente estabelecendo que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir esses direitos, haja vista que os atuais Centros de Socioeducação são deficientes.

A presente iniciativa de abordagem do tema enquadra-se na perspectiva de dar visibilidade e definir para círculos cada vez mais amplos o Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de conquistar a sua adesão, mostrar que antes de modificar a lei é necessário tentar colocar em prática o que já foi estabelecido nela.

Nesse sentido, uma das sugestões seria a de buscar um novo sistema da proteção integral no atendimento das medidas socioeducativas, requerer estudos detalhados para que o objetivo da lei seja alcançado, com a participação de todos os órgãos responsáveis direta ou indiretamente a questão do menor infrator, tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Comissões de Direitos Humanos, os Conselhos Tutelares, os Sociólogos, os Educadores, a Comunidade em geral, dentre outros. Enfim, são necessárias medidas eficazes, com a finalidade de propor alternativas e estratégias para a aplicação das medidas socioeducativas, principalmente de forma que o menor infrator não venha a cometer novamente o ato infracional e seja, conseqüentemente, ressocializado.

Por fim, enfatiza-se, novamente, que o elemento faltante não está na legislação, mas sim em colocar em prática o que já está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois se sê implantar tudo o que a lei prevê, não haverá a sensação de impunidade e, ainda, se ressocializarão os menores, o que acabará também com a reincidência, muitas vezes ocorrida justamente pela expectativa de não ser punido por seus atos. E, logicamente, investir em educação, dentro e fora dos centros de ressocialização, já que este é o caminho mais curto e garantido para um novo mundo, pois com isso se oferecerá à criança e ao adolescente uma perspectiva de vida bem diferente da que ele tem sem educação.

### Referências Bibliográficas

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992.  
\_\_\_\_\_. *Semiliberdade*, 2003. Disponível em:

<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/semiliberdade-17001>, em 10 de março de 2014.

CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais*, 10 ed., atualizada de acordo com a Lei. n.º 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da criança e do adolescente*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v. 28).

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*, São Paulo: Saraiva, 2005.

HAMOY, Ana Cecília Bentes (Organizadora). *Direitos Humanos e Medidas Socioeducativas – Uma Abordagem Jurídico-Social*, Belém: CEDECA-EMAÚS, 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MANOEL, Élio de Oliveira, Cap. QOPM. *Manual de Polícia Judiciária Militar*, Curitiba: ATP composições gráficas e Editora Ltda, 2005.

MOURA, Flávia Birchal de. *Medida Socioeducativa de Internação: Excepcionalidade*. Disponível em:

[http://www.ciaap.org.br/artigos/headline.php?n\\_id=1&u=1%5C](http://www.ciaap.org.br/artigos/headline.php?n_id=1&u=1%5C)

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

SOLARI, Ubaldino Calvento. ARTIGO2/LIVRO 1 - TEMA: Criança e Adolescente. Acessado em data de 10 março de 2014. Disponível em:

<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-2livro-1---tema-crianca-e-adolescente>

SPOSATO, Karyna. *Modelo Impossível*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2602200509.htm>

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.



## INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ATO INFRACIONAL

Alexia Domene Eugenio<sup>59</sup>

### Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais. Demonstra-se, pela análise de julgados de tribunais e das cortes superiores, que o uso desse princípio vem sendo amplamente aceito aos menores infratores, desde que preenchidos os requisitos de (I) conduta minimamente ofensiva, (II) ausência de periculosidade do agente, (III) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) lesão jurídica inexpressiva. Entretanto, como é exposto no estudo, esse tema deve ser visto com cautela, pois o ECA prevê medidas de caráter essencialmente pedagógicos, cujo objetivo é reeducar o menor infrator, ainda que mínimas sejam as consequências de sua conduta, e não gerar a já conhecida sensação de impunidade.

### INTRODUÇÃO

As condutas ofensivas a bens jurídicos são punidas de acordo com a tipificação de cada uma delas nas Leis Penais, sejam os agentes maiores ou menores de idade. Os atos infracionais dos adolescentes, tem medidas específicas – medidas socioeducativas – trazidas pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90).

Existem situações em que a lesão provocada pela ação do infrator não tem impacto social ou econômico expressivo, e ainda, se preenchidos outros requisitos, o juiz aplica o *princípio da insignificância*, deixando de condenar o agente pelo fato, que mesmo formalmente típico, não seria “relevante” o suficiente para ocupar os membros do Ministério Público e a máquina judiciária.

Analisa-se, então, a aplicabilidade de tal princípio no âmbito de ato infracional, isto é, quando o agente do fato é adolescente, levando em conta os interesses do menor e os requisitos do princípio. É abordado no artigo o princípio da proteção integral, que preconiza acima de tudo o melhor desenvolvimento do menor, ainda que exija a aplicação de medidas socioeducativas.

Não cabem aqui métodos dedutivos de pesquisa, visto que o foco do trabalho não pode se basear em dados meramente abstratos e especulativos. O princípio da insignificância depende de análise valorativa dos requisitos, empírica, e de observação de casos concretos, isto é, método indutivo de pesquisa.

São confrontadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a favor ou contra a incidência desse princípio no âmbito da Infância e Juventude, trazendo

---

<sup>59</sup> Discente do 6º Termo de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – FIAETPP. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq – PIBIC de 2012 até o presente. E-mail: aalexia\_d@hotmail.com.

a tona os argumentos mais comuns e suas consequências.

A criança e o adolescente têm uma tutela jurídica diferenciada. Faz-se necessário estudar os aspectos que envolvem os atos infracionais, pois a criminalidade infanto-juvenil é fenômeno recorrente na atualidade, e mostra-se relevante à criminologia, psicologia, assistência social, direito, política, entre outras ciências.

## 1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio em foco faz parte do conjunto de valores fundamentais basilares ao Direito Penal, diretrizes que norteiam e limitam a atividade punitiva do Estado, como detentor do *direito de punir*, e resguardam os direitos fundamentais dos indivíduos.

O STF define em seu glossário<sup>60</sup> o princípio da insignificância como aquele que resulta na absolvição do réu, e não uma mera substituição ou redução da pena, por se tratar de um “delito de bagatela”:

o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Reconhece-se a atipicidade do fato quando dele resulta uma perturbação jurídica leve, segundo Damásio (2011, p.52-53). É, portanto, uma causa de exclusão de tipicidade, como também é o erro de tipo.

Aqui a atipicidade é material, pois há tipicidade formal, preenchem-se as elementares do tipo que criminaliza a conduta, mas esta não é considerada penalmente relevante. Luiz Flávio Gomes trata da irrelevância da conduta, do resultado e do fato em si (2009, p. 15).

Interessa ao Direito aquilo juridicamente relevante, lesões a bens de extrema importância, e “Às vezes as infrações são tão insignificantes, que parece preferível a não-instauração de processo para apreciá-las” (TOURINHO FILHO apud KAMINSKI, 2002, p. 71).

Primeiramente, deve-se atentar ao histórico desse princípio. Sabe-se que nem sempre se fez presente um benefício como o princípio da insignificância, fatos de ninharia eram alvo da persecução penal, atividade da justiça e penas muitas vezes desproporcionais.

O motivo era o medo que impetravam no povo, como explica Cesare Beccaria, em sua consagrada obra (2011, p. 63):

---

<sup>60</sup> STF. Glossário Jurídico: “Princípio da insignificância (crime de bagatela)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>> Acesso em 02 de jun. 2014.

“Em diversos povos punem-se os crimes de pouca monta com a prisão ou a escravidão (...) a grande parte dos que vêem o suplício de um criminoso, acusado de algum crime monstruoso, não experimentam qualquer sentimento de terror ao assistirem um castigo que jamais supões possam vir a merecer. Em vez disso, a punição pública dos pequenos crimes mais corriqueiros lhes provocará na alma uma impressão saudável que os afastará de grandes crimes”

No Direito Romano, havia a máxima *“minimis non curat praetor”*, isto é, o juiz não cuida de insignificâncias, tal brocardo apenas não era admitido no Direito Penal, não da maneira que hoje temos.

Considerado como marco da incidência desse princípio no direito moderno são as lições de Claus Roxin, jurista alemão, que deu a denominação de princípio da insignificância, o *Geringfügigkeitsprinzip*, pois o Direito Penal, deve se importar com as mais graves e intoleráveis ofensas aos bens jurídicos tutelados. (GOMES, 2009, p. 46-47).

Como afirma Yuri Corrêa da Luz, Roxin “esforçou-se, portanto, para construir um método progressivo de minimização daquilo que poderia ser concebido como objeto digno de proteção penal” (2013, p. 61).

O princípio da insignificância está amparado pelo princípio da legalidade, pois vem garantir a vontade nuclear do legislador, ou seja, a reprovabilidade e apuração de fatos relevantes para a sociedade, entre os quais não estariam inclusos os delitos de bagatela.

Corroborar Cleber Masson, “inexiste legitimidade na imposição da pena nas hipóteses em que, nada obstante a infração penal esteja indiscutivelmente caracterizada, a aplicação da reprimenda desponte como desnecessária e inoportuna” (2012, p. 35).

## 1.2 Requisitos Jurisprudenciais

Vários critérios se estabelecem nas cortes superiores brasileiras para nortear a aplicação desse princípio. Observa-se no trecho extraído do voto do Ministro do STJ Sebastião Reis Junior em julgamento de Agravo Regimental no HC 214156/2011-RS pela 6ª Turma: “A avaliação da reprovabilidade do ato dá-se mediante a análise global da conduta, por exemplo, a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, as circunstâncias e do resultado concretamente verificados”.

Além de guiar-se pelas bases citadas, como o impacto da conduta, a vítima e a real vontade do legislador de punir o que é relevante ao Direito Penal, foram estabelecidos requisitos a serem preenchidos para que se use do princípio da insignificância. Ainda que preenchidos esses requisitos, não indica que será considerado atípico o fato, pois não constitui dever do juiz aplicar esse princípio.

Devem ser considerados aliados a essa análise fatores relacionados ao

infrator, como os antecedentes criminais, a vida pregressa, personalidade, entre outros. A aplicação do princípio da insignificância compreende uma análise valorativa do juiz, segundo critérios não legais, mas estabelecidos a partir de casos concretos.

Quanto aos requisitos, usa-se como base norteadora aqueles considerados pelo STF, tomando como exemplo primário o HC 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, que definiu os requisitos de ordem objetiva.

São eles: (I) mínima ofensividade da conduta, (II) ausência de periculosidade social da ação, (III) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e (IV) inexpressividade da lesão jurídica.

Esse rol de requisitos é o que segue genericamente a doutrina e jurisprudência (GOMES, 2009, p. 19).

Contudo, há posições que apontam a necessidade de analisar também requisitos de ordem subjetiva, como se observa no seguinte trecho extraído de julgado da 1ª Turma do STF:

Preliminarmente, observou-se que esta Turma já reconhecera a possibilidade de incidência do princípio da insignificância em se tratando de ato praticado por menor (HC 96520/RS, DJE de 24.4.2009). Na presente situação, assinalou-se que não se encontraria maior dificuldade em considerar satisfeitos os requisitos necessários à configuração do delito de bagatela, quais sejam, **conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva**. Mencionou-se, por outro lado, que o adolescente registraria antecedentes pela prática de outros atos infracionais, tendo sofrido medida sócio-educativa, além de ser usuário de substâncias entorpecentes. Tendo em conta o caráter educativo, protetor das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, asseverou-se que não pareceria desarrazoado o que fora decidido pela Corte de origem, ou seja, a aplicação de medida consistente na liberdade assistida, pelo prazo de seis meses mínimo previsto pelo art. 188 do ECA, além de sua inclusão em programa oficial ou comunitário de combate à dependência química (ECA, art. 101, VI). HC 98381/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.10.2009. (HC-98381) [grifo nosso]

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, os requisitos são (I) conduta minimamente ofensiva, (II) ausência de periculosidade do agente, (III) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) lesão jurídica inexpressiva.

Discute-se aqui a sua aplicação nos atos infracionais, ou seja, crimes e contravenções penais cujos autores são menores até 18 anos de idade incompletos (ECA, art. 103).

O questionamento então é: devem os juízes e membros do Ministério Público deixar de punir menores por condutas consideradas “inexpressivas” quanto ao seu impacto econômico e social?

## **2. TUTELA ESPECÍFICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Os menores de idade são inimputáveis, segundo a Constituição Federal no seu artigo 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

A inimputabilidade do menor de 18 anos baseia-se em critérios biológicos, referentes à imaturidade moral e psicológica, de desenvolvimento ainda incompleto que apresenta a pessoa até que complete seus 18 anos. Mas, segundo Mirabete, esse limite é meramente um numeral de idade, e “Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade (...) em decorrência de um critério de política criminal” (2011, p. 202).

Por isso, são infundáveis, nos dias de hoje, as discussões acerca da redução da idade penal, e “os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, (...) não consideram a circunstância de que o menor, por ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social à medida que não é socializado ou instruído” (LIBERATI apud KAMINSKI, 2002, p. 57).

Por isso deve ser ressaltado que imputabilidade não se confunde com impunidade.

O crime ou contravenção penal praticado por menor de idade são classificados como atos infracionais, regulados pela legislação pertinente, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. O ECA prevê um rol taxativo de medidas socioeducativas a serem aplicadas quando da prática de ato infracional, com caráter essencialmente pedagógico.

A criança está sujeita às medidas protetivas do artigo 101 do ECA, aplicadas por meio do Conselho Tutelar, e os adolescentes às medidas socioeducativas do artigo 112 e também do artigo 101 se adequadas ao caso.

Devido ao tratamento da criança ser diferenciado e ainda mais específico, quando tratar-se de ato infracional e medida socioeducativa no decorrer do trabalho, refere-se genericamente ao ato infracional praticado por adolescentes, sujeitos às medidas do artigo 112 e seguintes do ECA.

A aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato infracional é em torno dessas medidas previstas pelo ECA, como discorre brilhantemente Olympio de Sá Sotto Maior, “a excelência das medidas sócio-educativas se fará presente, quando propiciar aos adolescentes, oportunidade de deixarem de ser meras vítimas da sociedade injusta em que vivemos, para se constituírem em agentes transformadores dessa mesma realidade” (apud LIBERATI, 2002, p. 101).

### **2.1 Proteção integral ao menor**

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz a proteção integral já em seu primeiro artigo, vejamos: “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral

à criança e ao adolescente.”.

Paulo Afonso G. de Paula interpreta essa expressão como “um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado.” (2002, p. 23).

Por isso frente à prática de atos infracionais “possuem garantias materiais e processuais que impedem o arbítrio do Estado na validação dos interesses ligados à necessidade de coibir a criminalidade infanto-juvenil.” (PAULA, 2002, p. 23).

Calcada na Declaração Universal de Direitos Humanos, Declaração Universal de Direitos da Criança, de 1959, e principalmente na Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989 (Decreto nº 99.710/90) a proteção integral visa garantir tutela diferenciada ao menor, pois mesmo cidadãos plenos, estão em desenvolvimento físico, moral, cultural e social.

Tem respaldos na Constituição Federal de 1988, que buscou dar esse status prioritário à criança e ao adolescente, visto no seu artigo 227, e encontrou sua base normativa no Estatuto da Criança e do Adolescente, abrangendo os diversos aspectos jurídicos que incidem no desenvolvimento de uma criança até sua adolescência.

O ato infracional é um desses aspectos, que podem ocorrer nessa fase infanto-juvenil, que tem como resposta as medidas socioeducativas. Estas são “instrumento de defesa social, ao mesmo tempo em que se consubstancia meio de intervenção no desenvolvimento do jovem, de sorte a tentar reverter o potencial infracional demonstrado” (PAULA, 2002, p. 112).

Ou seja, não só uma reprovação da conduta do menor, a medida socioeducativa busca propiciar a ele o melhor desenvolvimento pessoal para que possa viver sem violar os direitos e bens alheios.

São essas as medidas socioeducativas previstas aos adolescentes:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Para garantir os direitos das crianças e adolescentes, exige-se uma tutela diferenciada, positivada em lei específica, que se atente às peculiaridades do desenvolvimento infanto-juvenil, para principalmente garantir que o menor chegue à maioridade como um cidadão de integridade plena.

A função básica de reeducar e buscar a recuperação do adolescente visa proteger seus interesses, e ainda que mínima seja a consequência da conduta, houve um comportamento antijurídico de fato, que deve ser corrigido enquanto

ainda em fase de desenvolvimento do menor. A discussão, entretanto, não é pacífica.

### **3. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO EM ATOS INFRACIONAIS: POSIÇÕES CONTRA E A FAVOR**

A corrente que aceita a aplicação desse princípio aos atos infracionais considera um infrator menor de idade como o criminoso maior, sujeitos aos mesmos institutos processuais, e se ao maior é concedido o benefício da absolvição pela insignificância da conduta, o menor deve ter também sua conduta submetida à análise dos requisitos.

É nesse sentido que se posicionam diversos doutrinadores, como Luiz Flávio Gomes, afirmando que: “o ECA não descreve (em regra) os delitos, apenas reconhece como atos infracionais os delitos e as contravenções penais. Ora, tudo quanto se aplica para tais injustos penais, automaticamente vale para os atos infracionais” (2009, p. 148).

André Stefam e Victor Gonçalves corroboram esse argumento: “os princípios constitucionais examinados, enquanto limitadores do conceito material de infração penal, têm plena incidência aos atos infracionais, os quais não se aperfeiçoarão quando operar, em favor do menor, uma causa excludente da tipicidade penal, como o princípio da insignificância” (2013, p. 129).

Também, tende-se a justificar a incidência do princípio da insignificância com o próprio ECA, que tem disposições mais brandas quando de atos infracionais com menores consequências. Um deles é o instituto da remissão, como consta no art. 126 do ECA:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

O ECA prevê a remissão de três espécies: forma de exclusão do processo, se este ainda não iniciado, pelo Promotor de Justiça; ou como forma de suspensão ou extinção, se já iniciado o processo, pelo Juiz.

O princípio da insignificância tem fundamentos semelhantes ao da remissão.

Salta aos olhos a semelhança com os requisitos da aplicabilidade do princípio da insignificância, como, por exemplo, a lesão jurídica inexpressiva que se equivale às consequências do fato e a ausência de periculosidade do agente com a análise da personalidade do adolescente.

O autor Roberto Baptista Dias da Silva expõe esse ponto de vista quando fala da concessão de remissão, “poupando, assim, o adolescente, das expiações de um processo prescindível, e a Justiça, da movimentação de todo

um sistema, para a apreciação de questões de pequenas consequências” (VILHENA JÚNIOR apud SILVA, 2003, p. 114).

Faz-se necessário destacar que embora o princípio da insignificância se pautem em requisitos e critérios pacificados, sua análise não se dá de maneira abstrata, assim como a remissão. Ambas dependem do caso concreto, logo, mesmo que um tribunal aceite amplamente a aplicabilidade desse princípio, o caso concreto pode impedir sua ocorrência.

Cai por terra a comparação da remissão com a insignificância, pois conforme o artigo 127 do ECA, é possível cumular a remissão com qualquer das medidas previstas em lei – exceto a semi-liberdade e internação – não havendo portanto, a exclusão de tipicidade.

Além disso, na origem da palavra “remissão”, há um significado mais adequado, que não é um perdão. Explica João B. da Costa Saraiva (1999, p. 56):

Como se sabe, os documentos oficiais da ONU são editados em inglês, espanhol, francês, russo e chinês. No documento em inglês, o instituto chama-se *diversion*, que poderia ser traduzido para o português como “encaminhamento diferente do original”. Cumpre observar que a palavra inglesa *remission*, ato de *remitting* (que significa perdoar, ou deixar de infligir uma pena) não foi utilizado na versão em inglês.

Não constitui desafio encontrar decisões favoráveis quanto à aplicação do princípio, que como já dito, encontra respaldo em grande parte dos magistrados das cortes e tribunais brasileiros, como visto na seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A FURTO. RES FURTIVA: BICICLETA AVALIADA EM R\$ 100,00. RECUPERAÇÃO DA COISA FURTADA. APLICADA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PELO PERÍODO DE QUINZE DIAS, POR 04 HORAS SEMANAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO (ART. 189, III DO ECA).

**1. A jurisprudência desta Corte tem pacificamente enunciado a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao fato cujo agente tenha praticado ato infracional equiparado a delito penal sem significativa repercussão social, lesão inexpressiva ao bem jurídico tutelado e diminuta periculosidade de seu autor. Precedentes.**



2. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato prevista na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

[...]

(HC n. 186.728/ RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 4/4/2011 grifo nosso)

Não significa, todavia, que é unânime sua incidência. Ao passar para o estudo da corrente favorável, existem argumentos que repudiam esse princípio no âmbito do ato infracional pelo próprio caráter educativo e pedagógico das medidas.

Adepta da corrente contrária à aplicação do princípio da insignificância é a Desembargadora do TJ-SP Maria Olívia Alves, que em seu voto na Apelação Cível nº 183.310-0/1-00 discorre:

“De outra parte, respeitado entendimento contrário, não é cabível a aplicação do princípio da insignificância em matéria de Infância e Juventude, onde se visa a ressocialização do autor do ato infracional e não sua punição, em função das consequências de sua conduta. O legislador constitucional e infraconstitucional, mandatário da vontade social, não quis que o adolescente, autor de infração, ficasse sem responder por seus atos. Contudo, em atenção à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, dispensou-lhe tratamento diferenciado e optou por estabelecer medidas socioeducativas, em lugar de medidas punitivas, com objetivo de lhes oferecer as mínimas condições para a reeducação e reintegração social.”

Partindo dessa lógica, diferentemente das penas impostas em sede da justiça criminal comum, o objetivo primordial da medida socioeducativa prevista no ECA é de reeducação do adolescente, visando seu próprio bem e desenvolvimento, logo, não deve, sob pretexto algum, ser impedido de obter a reeducação devida.

O menor tem, por essas razões, uma tutela jurisdicional diferenciada, que se adéqua às necessidades de proteção e garantia do bom desenvolvimento moral do menor.

Observa-se nesse sentido, deve haver uma distinção entre o crime e o ato infracional, pela natureza das suas consequências jurídicas, como se vê na

seguinte ementa:

MENOR. Furto qualificado - Alegação de furto de bagatela - Irrelevância - O intuito do ECA é a ressocialização do menor - A medida sócio-educativa tem finalidade pedagógica - Ato infracional não se confunde com crime - Manutenção da sentença, proferida de forma fundamentada - Preliminar Rejeitada - Recurso improvido" (TJSP - Apelação Cível nº 46.384-0/8 - Rel. Des. DJALMA LOFRANO)

Entretanto, as medidas socioeducativas tem também, indiscutivelmente, uma faceta punitiva, de natureza coercitiva, pela imposição por meio do Juiz, sendo por meio dela que se oferece a educação direcionada à reintegração e oportunidades ao menor.

Quando o impacto causado pelo ato infracional é mínimo e considerado irrelevante, o ECA já possui soluções adequadas a situações desse tipo. Senão vejamos, é o caso das medidas menos gravosas, como a advertência (art. 98, I).

A medida socioeducativa define-se no caso concreto, a gravidade da conduta determinará a dimensão da medida socioeducativa, espécie, duração, local, etc. É por isso que o ECA não especificou preceitos secundários para os atos infracionais.

Ao usar do princípio da insignificância, há um estímulo à prática de delitos de baixo impacto por menores inimputáveis de maneira desenfreada, pois se cria uma brecha, que seria a insignificância da conduta.

Observa-se ser esse o argumento do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, que traz o sentimento de impunidade que esse princípio acarreta como base de seu julgamento:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONFISSÃO. ATENUANTE. INAPLICABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. 1. **Redobrada cautela deve ser adotada na aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais, para evitar a malfadada sensação de impunidade**, fator sabidamente nocivo na formação dos jovens (conhecida a expressão "não dá nada..."). No caso, o adolescente registra envolvimento infracionais de fatos de mesma natureza, descabendo assim, deixar de dar a devida atenção ao fato narrado nestes autos. 2. Atenuante de confissão não encontra lugar adequado em feitos afetos ao Estatuto Menorista, nos quais há que levar em conta a conduta do adolescente, para, apurada a autoria, aplicar-lhe medida que objetiva, precipuamente, sua ressocialização para futura reinserção social e familiar. 3. A materialidade e a autoria restaram devidamente

comprovadas. Verifica-se que a confissão do adolescente está em perfeita harmonia com as outras provas produzidas, quais sejam, o depoimento do profissional responsável pelo atendimento no momento do furto e o testemunho da própria vítima. Portanto, não há dúvida a respeito da autoria, ficando, assim, afastada a tese defensiva. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70053151551, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/05/2013)

Extraí-se da ementa que a impunidade é nociva à formação dos jovens, e uma vez comprovada a materialidade e autoria, não deve ser afastada a devida medida socioeducativa, que objetiva a futura reinserção social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da insignificância consiste no reconhecimento da atipicidade material de um fato formalmente típico, mas com resultado inexpressivo, insignificante, penalmente irrelevante.

Os menores de idade são inimputáveis, sendo esta uma garantia constitucional. Eles estão sujeitos a uma legislação própria, fundada em princípios específicos ao ser humano sujeito de direitos, mas que ainda está em desenvolvimento.

Portanto, tem medidas específicas quando da prática de atos infracionais, consistindo nas medidas socioeducativas.

O tema da incidência do princípio da insignificância aos atos infracionais é bastante discutido, com posições contrárias e favoráveis, espalhadas entre os tribunais brasileiros.

A favor da sua aplicação, os doutrinadores equiparam o ato infracional ao crime, que não há distinção entre o menor infrator e um criminoso comum, não havendo vedação a esse princípio. Estando presentes os requisitos, e caso se mostre adequado para a situação concreta, pode incidir nos atos infracionais.

Os que defendem sua não incidência têm como base primária a proteção integral do menor de idade, que uma medida socioeducativa visa garantir condições para que ele se desenvolva sem depender de meios ilícitos e violação de bens alheios. Além disso, abrir uma brecha para a insignificância da conduta significa crescer um sentimento de impunidade, estimulando o ato infracional.

Como explicado, no âmbito da Infância e Juventude, o menor de idade é a pessoa tutelada pelas medidas previstas na legislação pertinente, busca-se garantir seus interesses e bom desenvolvimento, mesmo que signifique aplicar uma medida socioeducativa, em razão de conduta delituosa.

O ECA trata dos atos infracionais de maneira abrangente e completa,

prevendo medidas suficientemente adequadas para condutas mais gravosas, e condutas de menor impacto, e até mesmo possibilidade de exclusão do procedimento judicial em razão disso. O que leva a concluir que não há espaço, em sede de ato infracional, para o princípio da insignificância.

## Referências

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Coleção “A obra-prima de cada autor”. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal esquematizado: parte geral*. Cord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. Coleção: Direito e ciências afins - v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KAMINSKI, André Karst. *O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?* Canoas: Ulbra, 2002.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional: medida sócio-educativa é pena?* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- LUZ, Yuri Corrêa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado - Parte Geral, v. 1*. São Paulo: MÉTODO, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2011.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SILVA, Roberto Baptista Dias da. *A remissão para exclusão do procedimento como direito dos adolescentes: uma interpretação conforme a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- STF. *Glossário Jurídico*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/> Acesso em: 09 jun. de 2014.

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA: BREVES ASPECTOS TEÓRICOS E PRINCIPAIS EXPERIÊNCIAS NO BRASIL**

Maria Priscila Soares Berro<sup>61</sup>  
Roseli Borin<sup>62</sup>

### **Resumo**

A justiça restaurativa se apresenta como um novo modelo de resolução de conflitos, diverso do atual modelo de justiça criminal tradicional. Tendo sido influenciada por movimentos de contestação de instituições propõe que as próprias partes envolvidas busquem a solução de seus próprios conflitos, visando a reparação do dano e reintegração dos interessados. Assim, o presente trabalho, primeiramente, apresenta uma breve abordagem histórica a respeito do surgimento e evolução da justiça restaurativa, bem como sua definição, principais valores e diferentes práticas e documentos internacionais. Em seguida apresenta-se o surgimento da justiça restaurativa no Brasil e os projetos piloto brasileiros desenvolvidos, para em seguida sucintamente verificar o Projeto de Lei nº 7006/2006, de onde se vislumbra uma pequena fresta para humanização do sistema penal, viabilizando uma pacificação social mais efetiva e justa.

### **INTRODUÇÃO**

É notório que hodiernamente o sistema penal retributivo não consegue alcançar seus proclamados fins - pacificação e controle social. Observa-se a existência de uma grande variedade de normas penais incriminadoras que tem como resposta o cárcere.

Esta postura legislativa sedimentada no aprisionamento do ofensor tem como promessa/objetivo tentar controlar o aumento da criminalidade, contudo, não é o que se tem observado, pois os índices de violência continuam a aumentar, bem como a reincidência, sem se mencionar que, a privação de liberdade estigmatiza o ofensor e o exclui da vida em sociedade.

Assim, urge a necessidade de novas posturas. É nesse cenário que se apresenta a justiça restaurativa, propondo que por meio do diálogo e respeito entre as partes se busque uma solução que efetivamente proporcione a pacificação social.

Desse modo, o presente trabalho buscou estudar a justiça restaurativa e a experiência brasileira nessa prática.

Em um primeiro momento acercou-se da história da justiça restaurativa, como surgiu e se desenvolveu. Em continuidade tratou-se,

---

<sup>61</sup> Mestre e Doutoranda em Direito, “Sistema Constitucional de Garantias de Direito”, pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Especialista em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Especialista em Gestão de Negócios, pela UNESC-Faculdades Integradas de Cacoal-RO. Professora do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia/*Campus* Cacoal. Email: priscilaberro@unir.br

<sup>62</sup> Mestre e Doutoranda “Sistemas Constitucionais de Garantias de Direito”, pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Especialista em Direito Civil – Sucessões, Família e Processo Civil. Especialista em Direito do Estado/Constitucional. Professora da Graduação e Pós-Graduação. Advogada e Autora. Email: roseborin@hotmail.com

brevemente, da questão da terminologia e da definição do termo, tendo-se, em seguida, abordado os principais valores da justiça restaurativa como o encontro, a participação, a reparação e a reintegração, sendo que na sequência apresentou-se as três principais práticas restaurativas: mediação, conferência familiar e círculos. Prosseguindo-se no que tange aos princípios e diretrizes estabelecidos pela ONU e Conselho da Europa para implementação da Justiça Restaurativa.

Posteriormente abordou-se a justiça restaurativa no Brasil, bem como os três principais projetos piloto em prática restaurativa no país: São Caetano do Sul/SP, Brasília/DF e Porto Alegre/RS.

Finalizou-se com uma sucinta análise do Projeto de Lei nº 7006/2006 que pretende instituir a justiça restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro, baseando-se em pesquisas bibliográficas e no método dedutivo.

## 1 BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Sempre houve uma preocupação no sentido de como resolver os conflitos que surgem no meio da sociedade, rompendo a paz social.

No entanto, acostumou-se com o sistema penal adotado e de caráter retributivo onde o crime é uma violação da lei, e quando uma infração ocorre é necessário que se apure a culpa do ofensor para que este possa ser apenado, ou seja, para que o justo castigo seja administrado, onde o que existe, na verdade, é uma imposição de dor ao ofensor<sup>63</sup>, sendo que ao logo da história o homem ofereceu diferentes respostas à questão da criminalidade.

A tendência é de se pensar no passado como um período que foi dominado pela justiça “privada” e esta como sendo uma vingança pessoal - descontrolada e brutal e, por outro lado, enxergar a atual justiça pública como sendo um processo controlado, mais humano, mais equilibrado e menos punitivo<sup>64</sup>.

Entretanto, sabe-se que a justiça “privada” não envolvia necessariamente a prática da vingança, esta era apenas uma dentre as várias formas de solucionar um conflito, mas apresentava várias deficiências, entretanto, não tanto como se costuma presumir<sup>65</sup>.

Ressalte-se que antes da justiça retributiva a sociedade já ofereceu diferentes respostas ao delito. Até a Idade Moderna a maior parte dos crimes era entendida como um mal cometido contra uma pessoa ou como um conflito interpessoal, o que realmente importava nesse contexto era o dano efetivamente causado e não se tal atitude havia violado leis. O mal cometido gerava obrigações e dívidas que de algum modo deveriam ser pagas<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo enfoque sobre o crime e a justiça. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 78.

<sup>64</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? *In*: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 28.

<sup>65</sup> ZEHR, op. cit, 94.

<sup>66</sup> *Ibid*, p. 95.

Por meio de uma mudança de paradigma, da justiça privada ou comunitária para justiça pública, possibilitou-se a denúncia por parte do Estado, logo, este se colocou como parte, mais adiante como proprietário, até que finalmente obteve o monopólio da justiça para todos os danos chamados de crime<sup>67</sup>.

Foi no século XIX que o cárcere como pena alcançou a condição de punição mais utilizada, sendo aplicada a quase todos os tipos de crime e as críticas a tal sistema não demoraram a acontecer.

A crueldade do sistema penal, sua natureza seletiva, a incapacidade da aplicação da pena de atingir as funções a ela atribuídas, reprovação e prevenção, a estigmatização do ofensor, a seleção do que deve ou não ser considerado crime, levaram alguns pensadores a refletir.

Assim, a tese do abolicionismo é um movimento que parte da deslegitimação do poder punitivo do Estado e busca a substituição do modelo tradicional de justiça penal, defendendo a recuperação do conflito pela vítima e ofensor, prevendo em alguns casos, a intervenção de terceiros como mediadores, como ilustra Eugênio Zaffaroni<sup>68</sup>:

O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.

Um dos principais representantes do abolicionismo - Hulsman - defende a abolição do sistema penal por acreditar que este "(...) *causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos de maneira injusta na sociedade, não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos e é demasiadamente difícil ser mantido sob controle*"<sup>69</sup>.

Já para Nels Christie <sup>70</sup>a alternativa ao sistema penal, seria a construção de modelos de justiça participativa e comunitária capazes de abdicar o uso da sanção de privação ou restrição de liberdade e utilizar a reparação ou indenização do dano por meio da composição do conflito.

Vê-se, pois que, frente à crueldade e ineficácia do cárcere como resposta ao delito, o sistema penal sempre foi alvo de críticas, tendo sido esta uma das bases de influência para o surgimento da justiça restaurativa.

---

<sup>67</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo enfoque sobre o crime e a justiça. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 116.

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.89.

<sup>69</sup> Ibid, p. 98.

<sup>70</sup> CHRISTIE, Nels *apud* CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 130.

A vitimologia é o outro movimento que contribuiu para o surgimento da justiça restaurativa, para essa teoria o direito penal se preocupa em demasia com os bens jurídicos por ele tutelados e com a aplicação da punição, esquecendo-se da vítima, negligenciando o dano sofrido por esta e a necessidade de reparação<sup>71</sup>.

Nesse sentido o direito penal preocupou-se mais com a tríade delito-delinquente-pena, e negligenciou outro importante componente do contexto criminal, que é a vítima. Essa realidade perdurou até que outras ciências, como por exemplo a criminologia, viessem auxiliar o direito penal para uma análise mais aprofundada a respeito do crime, do criminoso e da pena<sup>72</sup>.

Em verdade, verifica-se hodiernamente a falência do sistema penal, sendo que este não conseguiu e não consegue atender aos objetivos para os quais foi criado, ou seja, a função intimidatória das penas, a ressocialização, a responsabilização do ofensor ou mesmo a justiça e paz social. E é esse panorama de ineficácia do sistema penal que em conjunto com as teses abolicionista e vitimologista que fundamentam o desenvolvimento da justiça restaurativa<sup>73</sup>.

Em 1974 ocorrem as principais experiências com práticas da justiça restaurativa em Ontário/Canadá e é a partir daí que surge o movimento de reconciliação entre vítimas e ofensores no Canadá<sup>74</sup>.

Já nos Estados Unidos tais práticas iniciaram-se em 1977 em Elkhart-Indiana e no início dos anos 80 elas se desenvolvem na Europa, onde a Inglaterra, a Finlândia e a Noruega foram os primeiros países a adotarem essas práticas restaurativas<sup>75</sup>, sendo seguidos por outros, como a Austrália que estabeleceu três Centros de Justiça Comunitária experimentais em Nova Gales; em 1988 a Nova Zelândia adota a mediação vítima-ofensor por oficiais da condicional<sup>76</sup>.

## 1.1 Definição e Valores da Justiça Restaurativa

Ao psicólogo Albert Eglash é que se atribuí a denominação da justiça restaurativa, quando no ano de 1977 em um artigo sobre o assunto utilizou-se da expressão *restorative justice*, mas mesmo tendo a justiça restaurativa por volta dos 40 anos, não se pode dizer que esta já tenha um conceito decidido.

Por ser a justiça restaurativa considerada um novo modelo de resolução de conflitos na esfera criminal - um processo de caráter voluntário - onde os

<sup>71</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v1 - 11 ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81-101.

<sup>72</sup> FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2 ed. rer. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 543.

<sup>73</sup> LARRAURI, Elena. *Tendencias actuales de La Justicia Restauradora*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. Ano 12, nº 51, nov/dez 2004, p. 70.

<sup>74</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo enfoque sobre o crime e a justiça. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 150 .

<sup>75</sup> PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa, Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Florianópolis: Bookess, 2013, p. 34.

<sup>76</sup> Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=82&pg=0#.UkI6WoasiSo>. Acesso em 03-09-2013.



indivíduos que foram afetados por um crime tem a possibilidade de buscar a solução do conflito por meio do diálogo, inclusive buscando-se uma reparação dos danos causados, o principal fim de seu processo é, em verdade a restauração das partes e da comunidade<sup>77</sup>.

Assim, define Tony Marshall, para o qual a

(...) justiça restaurativa é um processo de diálogo, onde as pessoas afetadas em decorrência de determinado crime se reúnem visando solucionar, conjuntamente, qual a melhor forma de resolver o problema e lidar com suas implicações futuras, em regra, com a ajuda de um facilitador (...) <sup>78</sup>.

Leonardo Sica por sua vez entende que:

(...) a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa projeta-se a proposta de promover entre os protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação. Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada “prática restaurativa” <sup>79</sup>.

E tendo a justiça restaurativa fomentado o interesse da comunidade acadêmica criminal, observa-se uma preocupação em relação a necessidade de se especificar os valores fundamentais inerentes a justiça restaurativa<sup>80</sup>. Como explica Alisson Morris:

Não há uma forma correta de implantar ou desenvolver a justiça restaurativa (...) A essência da justiça restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre a outra; é, antes disso, a adoção de qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e que almeje atingir os processos, os resultados e os objetivos restaurativos<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> JOHN, Braithwaite. “A future where punishment is marginalized: realistic or utopian?”. *UCLA law Review*. *Apud* ROBALO. Teresa Lancy de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça Restaurativa: um caminho para a humanização do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26.

<sup>78</sup> MARSHALL, Tony. *Apud* LARRAURI, Elena. *Tendencias actuales de La Justicia Restauradora*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. Ano 12, nº 51, nov/dez 2004, p. 70.

<sup>79</sup> SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 10.

<sup>80</sup> FROESTAD, Jim e SHEARING, Clifford. **Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos**. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 79.

<sup>81</sup> MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restauradora**. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). *Justiça Restaurativa*.

Dentre os principais autores que procuraram elencar os valores da justiça restaurativa, vê-se Crawford e Newburn<sup>82</sup> que enumeram três elementos como centrais: inclusão dos interessados, os processos deliberativos e os resultados.

Outros autores, como Van Ness e Strong<sup>83</sup>, entendem serem quatro os elementos centrais da justiça restaurativa: os encontros, a reparação, a reintegração e a participação, sendo que a doutrina tende, quanto aos valores fundamentais da justiça restaurativa, na direção desta última, como se verá a seguir.

### 1.1.1 Os elementos da Teoria de Van Ness e Strong

Considerando serem quatro os elementos centrais da justiça restaurativa, conforme já enunciado, tratá-los:

**a) Encontro** - no campo da justiça restaurativa visa proporcionar às partes interessadas um espaço onde elas possam se comunicar, falar e ouvir. É a oportunidade para que eles assumam ativamente as discussões e a tomada de decisões a respeito do que deve ser feito com relação ao delito, com a ajuda de um facilitador<sup>84</sup>.

Aqui as partes têm a oportunidade de dialogar e entrar em consenso, após tomarem conhecimento dos fatos, contexto e consequências.

**b) Participação** - as partes direta ou indiretamente atingidas pelo conflito adquirem um papel ativo na resolução dos conflitos para alcançarem uma solução satisfatória buscando a restauração da ordem social<sup>85</sup>.

Aqui a presença do facilitador é primordial, pois ele garante a comunicação de forma igualitária e construtiva, bem como assegurar a observância de certas regras procedimentais.

Alguns doutrinadores<sup>86</sup> defendem a participação da comunidade nesse processo restaurativo por entenderem que as partes são membros de uma sociedade e todos estão interligados. Quando um delito que causa dano é

---

Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 442.

<sup>82</sup> CRAWFORD, A. e NEWBURN, T. 2003. *Youth Offending and Restorative Justice. Implementing Reform in Youth Justice* (Cullompton, Devon: Willan Publishing apud FROESTAD, Jim e SHEARING, Clifford. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 80.

<sup>83</sup> VAN NESS e STRONG. g, 1997. *Restoring Justice* (Cincinnati, Ohio, EUA: Anderson Publishing). apud FROESTAD, Jim e SHEARING. Clifford. **Prática da Justiça** - O Modelo Zwelethemba de Resolução de onflitos. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 80.

<sup>84</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porcincula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 56.

<sup>85</sup> SLAKMON, Catherine; OXHORN, Philip. **O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil**. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 47.

<sup>86</sup> WALGRAVE, Lode. **Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao rime**. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 440.

cometido, tal rompe essa rede de relacionamentos sociais, afetando assim, a paz, a segurança, a coesão social, bem como a confiança quer seja no Estado quer seja nas leis.

Entende-se que quando há a participação da comunidade nos processos restaurativos tem-se uma responsabilidade compartilhada na busca não só por respostas construtivas, mas também nas causas da transgressão, procurando não somente restaurar e reparar, mas transformar para o futuro<sup>87</sup>.

**c) Reparação** - é a consequência do acordo entre as partes. Pablo Galain e Romero a definem como “*um esforço pessoal, comprometido e voluntário do autor em favor da restauração, a eliminação ou diminuição do dano dos efeitos nocivos derivados do delito, seja através de prestações econômicas ou de prestações simbólicas*”<sup>88</sup>.

Parte da doutrina<sup>89</sup> inclusive entende que até mesmo a prisão pode ser um resultado válido do processo restaurativo. Para eles qualquer resultado pode ser restaurativo, desde que assim tenha sido acordado e considerado apropriado pelas partes.

Contudo, entende-se aqui que o encarceramento descaracterizaria o próprio objetivo da justiça restaurativa, posto que o ofensor não poderia reparar a vítima e nem mesmo ser reintegrado, sendo que o que realmente importa é o esforço entre as partes e comunidade pela reparação e reintegração.

**d) Reintegração** - A busca da justiça restaurativa, além da solução do conflito, está ainda na reconciliação das partes e reintegração destas<sup>90</sup>, pois às vezes tanto vítimas como ofensores têm necessidade de se reintegrarem à comunidade, esse é visto como seu principal objetivo.

Para Howard Zehr “*a justiça pode significar um mudança ao invés da volta à situação anterior, ou seja, os envolvidos ou interessados no processo querem progredir para condições novas e melhores, achar uma nova realidade*”<sup>91</sup>. A justiça restaurativa deve ser uma justiça transformadora, onde real sentido de justiça não ocorrerá a não ser que as pessoas e relacionamentos sejam transformados em algo melhor, saudável.

---

<sup>87</sup> MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. **Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: Uma Abordagem Baseada em Valores**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, p. 443.

<sup>88</sup> PALERMO, Pablo Galain. *Formas de consenso que permiten La suspensión em Alemania Y Portugal*. Algunos lineamentos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 60, p. 254-297, maio/jun. 2006. *Apud* PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça Restaurativa, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos*. Florianópolis: Bookess, p. 78.

<sup>89</sup> MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, p. 442.

<sup>90</sup> *Ibid*, p. 272.

<sup>91</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo enfoque sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008. p. 179, 261-262.

## 1.2 DIFERENTES PRÁTICAS

Há vários tipos de práticas restaurativas de natureza penal. Estas assumem diferentes formas em diversos países e até mesmo dentro de um único podem ser vistas diferentes práticas sendo utilizadas.

Diante das diversas práticas restaurativas existentes, três modelos constituem a base das práticas restaurativas<sup>92</sup>: 1º) Mediação vítima-ofensor, que nasceu na Europa (Inglaterra, Áustria, Finlândia e Noruega) e América do Norte; 2º) Conferências de grupos familiares, na Austrália e Nova Zelândia e, 3º) Círculos, no Canadá.

### 1.2.1 Mediação Vítima-Ofensor

Neste processo restaurativo tem-se uma reunião entre vítima e ofensor com a participação de um mediador capacitado para coordenar e conduzir o encontro restaurativo. É neste encontro que as partes expressam seu ponto de vista e sentimentos a respeito do conflito/crime.

Depois dessa conversa as partes são estimuladas pelo mediador em busca de uma solução, um acordo de reparação dos danos que represente uma resposta adequada e satisfatória ao caso concreto<sup>93</sup>. Lembrando que a mediação pode tanto ser direta quanto indireta.

### 1.2.2 Conferências de Grupos Familiares

A enunciada prática foi adotada em 1989 na legislação neozelandesa para os casos de jovens infratores, o que fez deste país o primeiro a utilizar oficialmente a justiça restaurativa e de maneira mais sistemática nos casos de delitos praticados por menores<sup>94</sup>.

Nessas conferências de família participam vítima e ofensor, familiares e pessoas que lhes dão apoio, como amigos, professores, etc. Existem encontros separados entre o facilitador e cada uma das partes, sendo o procedimento bem parecido com o da prática de mediação e sempre com o objetivo de fazer com que o infrator reconheça o dano causado à vítima e aos demais e assuma responsabilidade por seu comportamento<sup>95</sup>.

### 1.2.3 Círculos de Pacificação ou Sentença

---

<sup>92</sup> PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Florianópolis: Bookess, 2013, p. 141

<sup>93</sup> PARKER, Lynette. **Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma?**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. p. 248. SANDRA PAZ, Silvana; MARCELA PAZ, Silvana. **Justiça Restaurativa - Processos Possíveis**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005a, p. 127.

<sup>94</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porcincula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 117.

<sup>95</sup> Ibid, p. 118.

Aplicados por juizes no Canadá em 1991, e em 1995 já eram utilizados nos Estados Unidos em um projeto piloto. Sua utilização abrange delitos cometidos não só por jovens, mas por adultos também. É utilizado para delitos graves, disputas da comunidade, em escolas e casos envolvendo o bem-estar e proteção da criança<sup>96</sup>.

Nesse processo restaurativo, além de incluir os familiares e amigos das vítimas e do infrator, assim, como serventúrios da justiça penal, bem como qualquer membro da comunidade interessado a fim de solucionar o conflito. Desse modo abordam-se também problemas subjacentes associados ao crime, levando em conta a necessidade de proteger a comunidade e atender as necessidades das vítimas e a reabilitação e responsabilização do ofensor<sup>97</sup>.

Geralmente seguem quatro etapas distintas<sup>98</sup>:

- a) Primeira etapa – delibera-se o caso específico como sendo apto ou não para um processo do círculo;
- b) Segunda etapa – preparam-se as partes envolvidas;
- c) Terceira etapa – busca-se um consenso no círculo;
- d) Quarta etapa – fornece o monitoramento e assegura o cumprimento do acordo.

O processo circular transmite, em sua estrutura, uma mensagem de igualdade, não privilegiando ninguém e permitindo a comunicação direta.

No caso de círculos de sentença, o procedimento ocorre dentro do processo criminal da justiça. O juiz que emite a decisão e impõe o acordo, que resulta em uma condenação e um antecedente criminal.

### 1.3 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Como alternativa para conter a violência a justiça restaurativa tornou-se um relevante objeto de estudos da ONU que passou a recomendá-la no final da década de 90, disseminando-se pelo mundo, inclusive no Brasil.

O marco inicial da regulamentação da justiça restaurativa pela Organização das Nações Unidas foi a resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, que dispôs sobre o “desenvolvimento e implementação de medidas de mediação e de justiça restaurativa na justiça criminal”.

Seguiu-se a Resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, reafirmando a importância do tema; e, em 2002, o Conselho Econômico e Social aprova os Princípios Básicos no Uso de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Penal – Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU (*Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*). Este

---

<sup>96</sup> Ibid, p. 119.

<sup>97</sup> PRANIS, Kay. **Justiça restaurativa**: revitalizando a democracia e ensinando a empatia. In: SLAKMON, Catherine, MACHADO, Maíra Rocha e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 585.

<sup>98</sup> *HANDBOOK ON RESTORATIVE JUSTICE PROGRAMMES* apud PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Piracicaba, 2009, p. 108.

documento define os principais conceitos de justiça restaurativa e orienta os Estados-Membros a apoiar o desenvolvimento de pesquisa, capacitação e atividades para implementação de projetos com esta vertente e sugere a abertura de um debate mundial sobre o tema<sup>99</sup>.

Semelhantemente, a Europa também se mostrou interessada na mediação penal, tanto que o Conselho da Europa aprovou em 15 de setembro de 1999, a Recomendação nº R (99) 19 sobre mediação em matéria penal. Já em 2001, a União Europeia estabeleceu a Decisão-Quadro do Conselho, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, na qual a mediação penal também está incluída. Esta decisão impõe, no artigo 17, que todos os estados membros tenham em funcionamento a partir de 22 de março de 2006 um programa de mediação penal<sup>100</sup>.

Os documentos da ONU e da União Europeia supra citados comungam dos mesmos princípios, sendo estes:

Importante se faz destacar os princípios básicos e principais valores do *Mediation in Penal Matters* e a R (99) 19 e a Resolução 2002/12 possuem os mesmos princípios básicos, sendo que o Documento da Europa, R (99) 19 por ser anterior ao da ONU, serviu com parâmetro para a Resolução 2002/12.

Embora a essência desses documentos seja a mesma e guardem os mesmos princípios, o Documento Europeu quando foi concebido destinou-se apenas aos países que faziam parte do Conselho da Europa. Enquanto que a resolução da ONU é mais abrangente e dirigida a todos os Estados Membros.

Os princípios básicos da Resolução 2002/12 da ONU apresentam um norte para os Estados que queiram implementá-los, são regras flexíveis adaptáveis aos contextos nacionais quanto a justiça restaurativa.

Segundo o artigo 1º da Resolução da ONU justiça restaurativa “significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos.” Sendo que o processo restaurativo é o meio pelo qual todas as partes envolvidas em um conflito que causou ofensa/dano, se reúnem para decidir de modo coletivo como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro.

E ainda de acordo com a Resolução (art. 6º) é possível utilizar os programas de justiça restaurativa em qualquer fase do sistema criminal, considerando a legislação de cada país, desde que exista prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e por consentimento livre e voluntário das partes (art. 7º), resguardando-se a confidencialidade às partes nos processos restaurativos.

Outrossim, se não houver o cumprimento do acordo, pode-se retornar para o programa restaurativo, ou então, conforme o artigo 17 da Resolução da ONU ser enviado “ao sistema formal de justiça criminal”.

---

<sup>99</sup> Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UhZPP5KsiSo>. Acesso em 22/08/13.

<sup>100</sup> PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa**: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos. Florianópolis: Bookess, 2013, p. 44.

## 2 JUSTIÇA RESTAURATIVA BRASILEIRA

O primeiro problema que se viu na doutrina brasileira foi na própria tradução do termo - *restorative justice*. Foram apresentadas algumas possibilidades de tradução como, justiça reparadora; justiça restauradora e justiça restaurativa. Acabou-se optando por este último por entender ser mais abrangente.

A primeira experiência brasileira com a justiça restaurativa ocorreu em 1998, com o Projeto Jundiá: Viver e Crescer com Segurança desenvolvido pelo Centro Talcott de Direito e Justiça em conjunto com o Conselho Comunitário de Segurança e a Coordenadora de Ensino, com o apoio da OAB<sup>101</sup> visando resolver problemas de desordem, violência e criminalidade no ambiente escolar.

Uma segunda experiência de Justiça Restaurativa foi o “Projeto da Serra”, que buscava prevenir a violência e proporcionar solução de conflitos no ambiente escolar. Também foi promovido pelo Centro Talcott em parceria com a ProActive ReSolutions Inc., pela Vara Judicial da Infância e Juventude de Mairiporã/SP, tendo sido aplicado em 12 escolas do ensino médio e uma do ensino fundamental<sup>102</sup>.

Uma experiência isolada em Justiça Restaurativa foi implantada em 2002 no Juizado da Infância de Porto Alegre, o chamado “Caso Zero”, em um delito que envolveu dois adolescentes<sup>103</sup>.

Na Câmara dos Deputados tramita o Projeto de Lei nº 7006/2006 propondo que tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal, bem como a Lei dos Juizados Especiais, sejam alterados a fim de permitir o uso de práticas restaurativas em casos de crimes e contravenções penais<sup>104</sup>.

O projeto foi proposto tendo em vista que Secretária da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, no “Projeto BRA/05/009 - Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” que em conjunto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNDU) elaborou e apoiou três projetos-piloto de justiça restaurativa<sup>105</sup>, como se verá a seguir.

<sup>101</sup> PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Florianópolis: Bookess, 2013, p. 188.

<sup>102</sup> BARROSO, Juliana Rocha. **Projeto Jundiá: O pontapé das iniciativas de justiça restaurativa no Brasil**. Setor 3 - SENAC São Paulo, 29 de Agosto de 2008.

<sup>103</sup> JUSTIÇA para o século 21 - **Instituindo práticas restaurativas**. Histórico. Disponível em: <http://www.justica21.com.br/j21/interno.php?ativo=HISTORICO>. Acesso em: 20-06-2013.

<sup>104</sup> Câmara dos Deputados - <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?dProposicao=323785>.

<sup>105</sup> EDNIR, Mazda (Org.) **Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania**; São Paulo: CECIP, 2007. Essa iniciativa buscava o aprofundamento do conhecimento sobre o modelo restaurativo em dois eixos principais a serem desenvolvidos: 1- Prático - consistente na implementação de três projetos-pilotos de aplicação de práticas restaurativas; 2- Teórico - com a realização de uma Conferência Internacional e a produção de material doutrinário sobre o tema. A partir de então é que foram criados os três projetos-piloto no Brasil, com base nos princípios da Justiça Restaurativa: um na Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul/SP; um na terceira Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS e outro no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes em Brasília/DF.

## 2.1 São Caetano do Sul/SP

Este Projeto é desenvolvido na Vara da Infância e da Juventude de São Caetano do Sul/SP tendo como público-alvo adolescentes em conflito com a lei, utilizando a prática restaurativa do círculo. A seleção dos casos, o encaminhamento, bem como a fiscalização dos termos do acordo e de seu cumprimento é de responsabilidade da Vara conjuntamente com a Promotoria da Infância e da Juventude<sup>106</sup>.

Primeiramente, em meados de junho de 2005, concentrou-se nas escolas e nos adolescentes em conflito com a lei, tendo como objetivos:

- a. A resolução de conflitos de maneira preventiva nas escolas, procurando evitar que os adolescentes fossem encaminhados ao Sistema de Justiça;
- b. Em caso de atos infracionais e não relacionados à vivência comunitária escolar, a resolução de conflitos se daria através dos círculos restaurativos no Fórum;
- c. O fortalecimento de redes comunitárias para que os agentes governamentais e não governamentais pudessem atuar de forma articulada no atendimento aos direitos e necessidades das crianças, adolescentes e suas famílias<sup>107</sup>.

Em um segundo movimento ampliou-se o programa para a comunidade, aumentando-se o número de escolas envolvidas e diversificando-se a técnicas restaurativas.

Passou-se a utilizar a técnica *Ideas work* do modelo Zwelethemba da África do Sul, que consiste em planejar a construção de um plano de ação, privilegiando mudanças na comunidade em si<sup>108</sup>.

Em continuidade ao projeto, um Terceiro Movimento consistiu na integração e articulação de técnicas restaurativas e de espaços de resolução de conflitos, assim, a partir de 2007 incorporou-se na formação de facilitadores uma diversidade de técnicas restaurativas que se aplicaria de acordo com a relação entre os envolvidos, tipos de conflitos e de contexto.

E em 2011, com apoio da Secretaria Especial de Direitos Humanos, iniciou-se a implementação da justiça restaurativa em relação aos crimes graves, tanto na fase de conhecimento como de execução.

É de se salientar que a participação nos círculos é sempre voluntária e antecedida pela assinatura de termo de concordância no qual consta explicação sucinta do procedimento e seus objetivos, sendo que se chegando a um acordo é

---

<sup>106</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porcincula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: ICCRIM, 2009, p. 121.

<sup>107</sup> PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Florianópolis : Bookess, 2013, p. 283.

<sup>108</sup> MELO, Eduardo Rezende (Org.). **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover a cidadania**. 2008, p. 17. Disponível em:

[http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf). Acesso em 02.06.2014.



possível solicitar sua homologação judicial, que após análise do promotor e do defensor será homologado pelo Juiz, concedendo-se a remissão (se for o caso) cumulada com as medidas previstas no acordo.

## 2.2 Brasília/DF

O Projeto Piloto de Justiça Restaurativa no Distrito Federal iniciou-se em 2005 no âmbito dos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirantes, com aplicação direcionada aos processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo e que, portanto, admitem a composição civil e a transação penal.

Com a publicação da Portaria Conjunta nº 52 em 2006, o Programa Justiça Restaurativa tornou-se um Serviço vinculado à Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, como objetivo geral de ampliar a capacidade de resolução de conflitos por consenso no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo<sup>109</sup>.

A prática utilizada no programa é a mediação vítima-ofensor, pois

(...) pela mediação, com o diferencial de que, nesse processo, há também espaço para a participação comunitária, ou seja, aquelas pessoas com quem os envolvidos diretos têm uma relação significativa. E a presença dessas pessoas não desnatura a mediação vítima-ofensor<sup>110</sup>.

O diferencial nesse projeto é a possibilidade das práticas restaurativas ocorrerem paralelamente ao procedimento criminal ou mesmo substituí-lo, desde que sempre presente um mediador/facilitador diverso dos agentes que geralmente atuam no processo formal, como juiz, promotor de justiça e advogados, posto que visa-se proporcionar uma participação mais efetiva das partes envolvidas no conflito na busca de um acordo que satisfaça as partes<sup>111</sup>.

Durante as audiências do Juizado Especial, considerando-se o potencial de auto-composição de cada conflito, tanto juiz, como promotor de justiça e defensor público, poderão deliberar pelo encaminhamento ao procedimento restaurativo.

---

<sup>109</sup>Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/acoes/acesso-a-justica-e-cidadania/justica-restaurativa>. Acesso em: 30/05/2013.

<sup>110</sup>BARROSO, Juliana Rocha. **Iniciativa em Brasília optou pela mediação como procedimento restaurativo**. Disponível em: <http://www.setor3.com.br/jsp/default.jsp?tab=00011&newsID=a913.htm&subTab=00000&uf=&local=&testeira=33&l=&template=58.dwt&unit=&sectid=undefined>. Acesso em: 30/05/2013.

<sup>111</sup>Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/acoes/acesso-a-justica-e-cidadania/justica-restaurativa>. Acesso em: 30/05/2013.

## 2.3 Porto Alegre/RS

O principal objetivo do Projeto “Justiça para o Século 21” de 2005, concretizado junto à 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre, é introduzir as práticas da Justiça Restaurativa na pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes em Porto Alegre<sup>112</sup>.

Referido projeto atua de forma complementar ao sistema tradicional de justiça por meio da aplicação de práticas restaurativas em processos judiciais e de execução de medidas socioeducativas e de programas de atendimento socioeducativos.

Sendo certo que também atua de forma alternativa ao sistema criminal na prevenção e solução de conflitos escolares e comunitários<sup>113</sup>.

Os procedimentos restaurativos são para os crimes e contravenções praticados por criança e adolescente em conflito com a lei, alcançando situações de maior, médio e menor potencial ofensivo.

O procedimento restaurativo pode dar-se antes do início do processo judicial, bem como ocorrer em qualquer fase do processo de conhecimento ou do processo de execução de medidas socioeducativas. Neste último caso, também se aplicam estas práticas na resolução de conflitos internos, evitando sua judicialização. Também tem-se as práticas restaurativas aplicadas em conflitos não infracionais que ocorrem no ambiente escolar, desde que praticados por crianças e adolescentes<sup>114</sup>.

Por esse projeto se a prática restaurativa for considerada suficiente para resolver o conflito, não se aplica medida socioeducativa, sendo que se esta já se encontra em andamento, pode-se elaborar um plano de atendimento.

## 3 PROJETO DE LEI 7006/2006

O Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília apresentou a Sugestão nº 99/05 propondo alteração de alguns dispositivos nos Decreto-Lei nº 2848/1940, do Decreto-Lei nº 3689/41 e da Lei nº 9099/95, a fim de facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no Sistema de Justiça Criminal, em casos de crimes e contravenções penais, enviando à Câmara dos Deputados<sup>115</sup>.

A Comissão de Legislação Participativa emitiu parecer favorável em 2006, transformando-se no Projeto de Lei nº 7006/2006. Contudo, o mesmo foi

---

<sup>112</sup> BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). **Justiça para o século 21**: Instituinto Práticas Restaurativas: Semeando Justiça e Pacificando Violências. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Porto Alegre: Nova Prova, 2008, p. 11.

<sup>113</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porcincula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: ICCRIM, 2009, p. 122.

<sup>114</sup> Ibid, p. 36-37.

<sup>115</sup> Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>. Acesso em 24/05/2013.

arquivado em Novembro de 2001, tendo sido desarquivado a pedido da Comissão de Legislação Participativa foi desarquivado em Agosto de 2013, sendo que agora se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados.

O Projeto Lei define Justiça Restaurativa como facultativa e complementar e em seu artigo 2º define:

(...) o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção.

Visa-se no Projeto Lei um acordo restaurativo orientado no sentido de se preencher quer necessidades individuais quer coletivas que venha ser atingidas pelo crime ou contravenção.

Dessa forma, o Projeto de Lei nº 7006/06 institui o emprego de práticas restaurativas para os crimes e contravenções penais, considerando as circunstâncias e consequências do fato, bem como a personalidade das partes e a vontade dos envolvidos em tomar parte do procedimento.

Referido projeto de lei também define o local de funcionamento dos núcleos de práticas restaurativas, sua coordenação, os seus atos procedimentais, suas técnicas mediação, além de determinar os princípios norteadores da prática que se traduzem em:

- voluntariedade,
- dignidade humana,
- imparcialidade,
- razoabilidade,
- proporcionalidade,
- cooperação,
- informalidade,
- confidencialidade,
- interdisciplinariedade,
- responsabilidade,
- mútuo respeito e
- boa-fé.

Outra preocupação do Projeto de Lei está na reintegração dos envolvidos - ofensor, vítima e qualquer outro prejudicado/interessado - assinalando a constituição de uma rede social de assistência de apoio para onde as parte deverão ser direcionadas sempre que necessário para viabilizar a reinserção social efetiva.

O Projeto também aprecia o acordo restaurativo será fator de influencia na decisão judicial, tendo em vista que sua homologação se constituirá em causa interruptiva da prescrição, e o seu cumprimento ensejará a extinção da punibilidade.

A ação penal concernente poderá deixar de ser proposta pelo Ministério

Público enquanto estiver em curso procedimento restaurativo e que o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo, como dita o artigo 14<sup>116</sup>, suspendendo-se, inclusive o curso da ação penal quando recomendável o uso de práticas restaurativas (artigo 15).

Por não ser esse Projeto o foco do presente artigo, termina-se apenas considerando que devem existir deficiências no Projeto de lei 7006/06, contudo, tem ele o mérito de trazer à discussão a necessidade de mudanças no sistema penal brasileiro. Sendo que tais falhas poderão ser sanadas antes da publicação do projeto, mas, para tanto, forçoso se faz promover o debate e a reflexão sobre o projeto junto a sociedade.

## CONCLUSÃO

Com o nascimento do sistema penal retributivo, calcado no encarceramento como resposta ao delito, despontaram vários movimentos de contestação à essa prática repressiva. No presente artigo menciona-se somente dois desses movimentos, o abolicionismo que propunha a re-apropriação dos conflitos pelos ofensores e vítimas, proporcionando assim, que a comunidade reassumisse a titularidade de solucionar seus conflitos, e a vitimologia que denunciou a incapacidade do sistema penal de suprir as necessidades da vítima, porque tais movimentos, entre outros, foram os que mais influenciaram o renascimento da justiça restaurativa.

Portanto, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa oferece um novo paradigma ao processo penal tradicional, já que procura intervir no conflito de forma não apenas de reparação do dano, mas a fim de proporcionar a restauração de relações, com solução mais satisfatória às partes.

Pode-se observar que a informalidade dos procedimentos restaurativos não é incompatível com a legislação brasileira o que torna possível sua aplicação, o que se viu ocorrer em algumas cidades do Brasil, sendo admissível sua ampliação.

Ressalte-se que os preceitos basilares que norteiam a Justiça Restaurativa estão em consonância com os Direitos Fundamentais do Estado brasileiro estabelecidos na Constituição Federal de 1988, como a dignidade da pessoa humana, uma sociedade livre, justa e solidária, conforme.

Mesmo não requerendo a Justiça Restaurativa padrões ou modelos rígidos, como visto na Resolução 2002/12 da ONU, seus princípios flexíveis permitem que suas práticas sejam adaptadas à diversas culturas não afrontando os Direitos Fundamentais do Homem.

É certo que a aplicação de uma Justiça Restaurativa no Brasil ainda é muito acanhada que acredita-se seja por falta um respaldo legal maior, por isso

---

<sup>116</sup> Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>. Acesso em: 20/05.2013.

as expectativas encontram-se no Projeto de Lei 7006/2006, sem mencionar na perspectiva do novo Código Penal e provavelmente novo Código de Processual Penal, o que proporcionaria um amparo jurídico mais abrangente às práticas restaurativas.

A Segurança Jurídica estaria assegurada por meio dessa previsão legal expressa da Justiça Restaurativa no sistema penal brasileiro, além de humanizá-lo, pois se compreendendo melhor as fragilidades dos ofensores e vítimas ter-se-á maior probabilidade de reinserção, transformação para o futuro e efetiva pacificação social.

A adoção e difusão desse novo paradigma que é a Justiça Restaurativa seria trocar a cultura da vingança pela cultura da transformação para a paz.

## Referências

- BARROSO, Juliana Rocha. *Iniciativa em Brasília optou pela mediação como procedimento restaurativo*. Disponível em: <http://www.setor3.com.br/jsp/default.jsp?tab=00011&newsID=a913.htm&subTab=00000&uf=&local=&testeira=33&l=&template=58.dwt&unit=&sectid=undefined>. Acesso em: 28/09/2013.
- \_\_\_\_\_. *Projeto Jundiá: O pontapé das iniciativas de justiça restaurativa no Brasil*. Setor 3 - SENAC São Paulo, 29 de Agosto de 2008.
- BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (Orgs.). *Justiça para o século 21: Instituinto Práticas Restaurativas: Semeando Justiça e Pacificando Violências*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CRAWFORD, A. e NEWBURN, T. *Youth Offending and Restorative Justice. Implementing Reform in Youth Justice* (Cullompton, Devon: Willan Publishing) *apud* FROESTAD, Jim e SHEARING, Clifford. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.
- EDNIR, Mazda (Org.). *Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania*. São Paulo: CECIP, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FROESTAD, Jim e SHEARING, Clifford. *Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.
- GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.
- JOHN, Braithwaite. *"A future where punishment is marginalized: realistic or*

*utopian?''*. UCLA law Review. In: ROBALO, Teresa Lancy de Gouveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça Restaurativa: um caminho para a humanização do Direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de La Justicia Restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. Ano 12, nº 51, nov/dez 2004.

MARSHAL, Tony apud ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa: para Além da Punição. In: INSTITUTO de Acesso a Justiça (Org.). *Justiça Restaurativa – um caminho para os direitos humanos?*. Porto Alegre: IAJ, 2004.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática. Uma Abordagem Baseada em Valores. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005.

MELO, Eduardo Rezende (Org.). *Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover a cidadania*. 2008. Disponível em:  
[http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf). Acesso em 30/05/2013.

MORRIS, Alisson. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restauradora*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005. P. 4

PALLAMOLLA, Raffaella da Porcincula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: ICCRIM, 2009.

PALERMO, Pablo Galain. *Formas de consenso que permiten La suspensión em Alemania Y Portugal. Algunos lineamentos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del processo penal uruguayo*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 60, p. 254-297, maio/jun. 2006. Apud PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça Restaurativa, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos*. Florianópolis: Bookess.

PARKER, Lynette. *Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma?*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. p. 248.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa é possível no Brasil?* In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.

PRANIS, Kay. *Justiça restaurativa: revitalizando a democracia e ensinando a empatia*. In: SLAKMON, Catherine, MACHADO, Máira Rocha e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006.

JUSTIÇA para o século 21 – *Instituindo práticas restaurativas*. Histórico. Disponível em:  
<http://www.justica21.com.br/j21/interno.php?ativo=HISTORICO> Acesso em: 25/05/2013.

PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos*. Florianópolis. Bokess, 2013.

SANDRA PAZ, Silvana; MARCELA PAZ, Silvana. *Justiça Restaurativa – Processos Possíveis*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.

WALGRAVE, Lode. *Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime*. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo enfoque sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7006/06. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=393836&filename=PL+7006/2006](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=393836&filename=PL+7006/2006) Acesso em: 30/05/2013.

Justiça 21. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UhzPP5KsiSo>. Acessado em 20/05/13

Resolução 2002/12 da ONU. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UkKGe4asiSo>. Acessado 19/07/201

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Justiça Restaurativa*. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/acoes/aceso-a-justica-e-cidadania/justica-restaurativa>. Acesso em: 30/05/2013

Senado Federal. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404). Acesso em 30/05/2013

## ***LIBERDADE - PONDERAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS LEI MARIA DA PENHA***

Renato Garcia<sup>117</sup>

### **Resumo**

A Lei 11.340/06 trouxe uma concepção diferente das regras aplicadas normalmente no conjunto de normas penais em relação aos demais delitos. Não se podendo ainda aferir, com exatidão, se é caso de retrocesso ou progresso em sede de direitos fundamentais. A Lei Maria da Penha, como é mais conhecida, trouxe, de fato, uma nova concepção de retribuição do Estado, mormente quando se analisa a questão sob a ótica da proporcionalidade e razoabilidade. A verdade é que dois valores se contrapõem, ou seja, os direitos da mulher e a liberdade do(a) agressor(a). A questão gera polêmica, pois, situações idênticas são tratadas de forma diversa. A concretude aplicada à Lei 11.340/06 representa uma inovação no direito penal, trazendo a efetividade que todos esperam numa regra de conduta, em prol da convivência harmônica do todo. A questão é tão inovadora que, atualmente, discute-se até mesmo, a aplicação do referido regramento aos próprios homens. A abordagem do tema será realizada pelo método hipotético-dedutivo.

### **INTRODUÇÃO**

Na atualidade o ponto forte das discussões é a garantia dos direitos fundamentais, quer os de natureza individual, quer os de natureza coletiva. A gama de direitos, cada vez crescente, acentua os já conhecidos conflitos entre a liberdade individual e os direitos da coletividade. A prevalência, dentro de uma ótica comunitarista, deve ser do interesse coletivo, mas nem sempre isso acontece. A restrição aos direitos individuais é justificada, já que ao buscar o convívio social o homem deve abrir parte de sua liberdade em prol do bem comum. Ocorre que essa limitação é fundada em regras e princípios que, conjugados, acabam criando um verdadeiro complexo de normas de conduta, visando a pacificação social e a vida harmônica entre todos os integrantes. Inegável que tais restrições aos direitos individuais estão inseridas dentro de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, que devem conviver harmoniosamente com as regras e princípios do ordenamento jurídico. O conjunto jurídico deve ser coeso e harmônico, sob pena de tornar as regras de conduta inúteis e de efetividade inexpressiva. No entanto, a ponderação entre a violação da norma e a sanção deve guardar relação de proporcionalidade, sob pena de se quebrar o elo harmônico existente entre os componentes de dada sociedade, direito-dever, bem como do convívio pacífico entre eles. A necessidade de estabelecimento de princípios e regras de convivência pressupõe a coexistência harmônica desse conjunto de normas, com vistas a uma coerência do ordenamento de convivência social. A Lei 11.340/06 quebrou o paradigma e os princípios aplicados às demais regras, atribuindo uma efetividade ímpar na imposição de seus comandos. Os resultados foram tão

---

<sup>117</sup> Mestrando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Campus de Jacarezinho), área de Concentração: Estado e Responsabilidade - Questões Críticas. Juiz de Direito de Cambará/PR. Membro do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Contato: drrenatogarcia@uol.com.br



positivos que há registro de excessos e ampliação dos efeitos da norma, relativizando o princípio da interpretação fechada para normas restritivas de direitos devem guardar. Sob um enfoque hipotético-dedutivo, será analisada a questão, visando demonstrar, em conclusão, que a restrição da liberdade individual é razoável e proporcional para se alcançar a pacificação social no âmbito das relações familiares e com a proteção da mulher. A interpretação dessas normas deve ser feita de forma restritiva, já que se tratam de limitadoras de direitos.

## 1. CONTRATO SOCIAL - CONTEXTO HISTÓRICO.

O homem viu a necessidade de viver em grupo para garantir-se contra as ameaças do meio. O grupo possui melhores condições de se proteger dos perigos do meio, proporcionando a todos os seus integrantes uma segurança maior contra as adversidades encontradas. Dessa necessidade de convivência social surgiu um regramento básico limitador dos direitos individuais em prol do grupo social. Isso porque, em grupo, o indivíduo deve ceder parte de seus direitos para a convivência harmônica de todos os seus membros. No entanto, essa limitação sempre esteve atrelada a princípios e regras, em prol da segurança jurídica. Os primórdios das relações humanas têm origem na família, base estrutural de toda a sociedade. Como já dizia ROUSSEAU (2012, p. 25):

A família é, pois, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai; o povo é a imagem dos filhos e sendo todos nascidos iguais e livres não alienam a liberdade, senão para a sua utilidade. A diferença toda é que, na família, o amor do pai pelos filhos compensa os cuidados que lhes dedica, e que no Estado o prazer de comandar supre o amor que o chefe não tem por seu povo.

A vida em sociedade pressupõe a cessão de parte dos direitos individuais. Mas até que ponto esses direitos fundamentais podem ser limitados ou cedidos. O atendimento das necessidades do grupo, ideal do pensamento comunitarista, encontra uma limitação principiológica, qual seja, a dignidade da pessoa humana. ROUSSEAU (2012, p. 40) traz um parâmetro de viabilidade dessa pretensão de vida em comunidade, mesmo em se considerando os grupos menores, ou seja, a família: *Cada um de nós reúne sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos num corpo cada membro, como parte indivisível do todo.*

É verdade que as conquistas históricas da humanidade passaram e ainda passam por diversas etapas evolutivas, tendo como norte a fixação do ordenamento ideal, onde todos possam viver de forma harmônica e pacífica. O mesmo se dá com a evolução do conceito de família. Contudo, esse ordenamento ideal está longe de ser alcançado. Há garantias, constitucionalmente consagradas, que asseguram ao indivíduo um rol mínimo

de direitos capazes de proporcionar a vida humana com dignidade.

Estabeleceram-se direitos negativos ao Estado, para garantir ao indivíduo uma *dimensão* mínima de vida com dignidade. Como nos ensina SARLET (2005, p. 55):

São, por este motivo, apresentados como direito de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

A verdade é que a vida humana em sociedade notabilizou-se pela crescente existência de conflitos entre os direitos individuais e os direitos coletivos, ainda que seja dentro da unidade familiar. A vontade do indivíduo, algumas vezes, contrapõe-se à vontade do grupo, criando um conflito somente passível de ser resolvido pela aplicação dos princípios e regras estabelecidos no ordenamento regulador da vida em sociedade. Com a evolução, a ideia da necessidade de associação em grupo também se aprimorou.

Hoje não se pensa mais nas vantagens da vida em grupo como forma de proteção dos perigos do meio com aquela concepção rústica. Não se busca mais a proteção contra predadores, já que, na atualidade, o maior predador é o próprio homem. O pensamento atual busca outras vantagens, serviços, utilidades, segurança pública que tornam vantajosa a vida em sociedade. A proteção social ganhou outra conotação, já que se busca, não apenas a segurança contra as ameaças do meio, mas também *facilidades* e *utilidades* decorrentes dessa união de esforços, decorrente da vida em grupo.

A concepção do *parter familiae* evoluiu e, com tal evolução, também foram atualizados os regramentos disciplinadores. Mas não apenas o Estado, como o próprio homem, dentro do contexto da família apresenta-se, muitas vezes, como ente opressor, demandando uma intervenção efetiva do Estado. As famílias tiveram origem numa concepção paternalista. O homem, tido como figura central da família tinha poderes absolutos sobre os filhos e sobre a própria mulher.

Ainda na Roma antiga, o pai de família era a autoridade máxima no clã, detendo poder pleno, inclusive de vida ou de morte sobre os próprios filhos. Com efeito, esclarece FONSECA (2012. P. 3):

No direito romano, o pai de família (*pater familiae*) era a autoridade máxima no clã familiar, com poder quase ilimitado sobre a criança (*pátria potesta*); poder que se constituía pelo nascimento de pais unidos pelo patrimônio legítimo (*iustae nuptiae*) ou por ato jurídico: adoção (*adoptio*), ad-rogação (*adrogatio*) e legitimação.

Essa origem histórica é a causa de abusos, principalmente fonte de violências contra os filhos e à própria mulher. Mas o conceito de família também evoluiu. Hoje quando se pensa em família, a concepção é aberta e vai, desde a família monoparental à socioafetiva. Evoluíram também os regramentos de proteção. Ainda que o aprimoramento legislativo tenha tornado os regramentos mais detalhados, disciplinando condutas que outrora eram tidas como naturais, comuns e aceitas pelos costumes, a inefetividade concreta das normas penais de proteção, principalmente nos casos de violência doméstica, mostrava-se evidente. Houve necessidade de mudança para o aprimoramento das regras e a concretude de direitos.

A Lei 11.340/2006, ora em exame, decorre de um fato concreto e específico para regulamentar a regra geral a ser aplicada a todos. A questão em debate é o caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica. As agressões que sofreu atentaram contra sua vida por duas vezes e a deixaram paraplégica. O fato mudou toda a concepção jurídica dos delitos praticados em sede de violência doméstica, tendo como foco principal a violência contra a mulher. A partir desse precedente, foi instituída a lei, ora examinada, marco histórico na conquista de direitos fundamentais.

## **2 - PRINCÍPIOS E REGRAS**

Dentro desse contexto de contrato social, como forma de viabilidade da vida em sociedade, existem sistemas normativos reguladores das condutas de seus integrantes. De acordo com o pensamento de Luhmann, sinteticamente exposto, a sociedade é composta por vários sistemas fechados em si, mas que se comunicam com o meio ambiente. Há um sistema maior, concebido como sistema social, composto por vários outros sistemas menores. Nessa concepção fragmentária, os sistemas e subsistemas estão imersos no que se denomina de ambiente, sua fonte de interação. O ambiente é que determina, pela sua atuação, a abertura necessária à atualização dos sistemas e subsistemas.

Na teoria de Luhmann o sistema normativo está em evolução, em consonância com as necessidades atuais da sociedade (ambiente). O sistema normativo, embora fechado em si mesmo, está aberto para a interação com o ambiente, elemento evolutivo sistêmico. Segundo MASCARO (2009, p. 121):

A interferência do meio ambiente dentro de um sistema não é perene, segundo Luhmann. Se se consegue observar a existência de um sistema, é porque ele já tem sua própria lógica, ele é autônomo. As interferências do resto são provisórias, pequenas, porque se forem fortes, serão de tal sorte que desestruturarão gradualmente um sistema para que ele se recomponha em nova lógica autônoma.

No caso, as interferências no sistema são mínimas, pois se forem consideráveis haverá a necessidade de se alterar toda a lógica do sistema, para o

estabelecimento de novas regras em consonância com a realidade social (ambiente atual). Desse modo, regras e princípios que regem o ordenamento jurídico, devem coexistir de forma harmoniosa. Conforme ÁVILA (2013, p.203):

As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

No caso em exame, o regramento decorrente da Lei 11.340/2006, está inserido num sistema maior, que é o ordenamento jurídico penal vigente. Dentre as regras estabelecidas para o controle da conduta dos integrantes da sociedade, vigoram também princípios fundamentais, de índole constitucional, quais sejam, o direito à liberdade, a excepcionalidade da prisão e o estado de inocência. Dentro desse sistema jurídico vigente, mormente diante do subsistema penal, a Lei 11.340/2006 apresentou concretude de tal índole, que afastou o caráter meramente simbólico, normalmente aplicável para condutas de idêntica tipificação (delitos de menor potencial ofensivo), atribuindo efeitos nunca vistos.

O fator diferencial foi a concretude atribuída ao referencial “mulher”, como objeto jurídico de proteção da norma, tutelada de forma diferente para hipóteses idênticas. Tomando-se como exemplo o crime de ameaça; em si, não representa violação de gravidade considerável ao ordenamento jurídico, já que se trata de delito de menor potencial ofensivo. Contudo, se atribuirmos a ele o objeto jurídico “mulher”, o tratamento legal atribuído, ganha outra magnitude.

As violações até então tidas como ‘corriqueiras’ no âmbito familiar e fonte de inúmeras críticas pela falta de efetividade e de amparo à mulher agredida, tiveram uma nova roupagem. Como relata ALEXI (2014, p. 277), a restrição a um direito enseja aquilo que resta ao aludido direito, depois que se lhe decota a restrição. É tudo o que resta ao direito, após a retirada da restrição Legal. Afirma Alexi que essa relação entre o direito e a sua restrição seria a denominada teoria externa.

A restrição consiste, pois, no que resta do direito, depois de despojado pela norma do seu todo. Alexi ainda relata a teoria interna, ou seja, não há duas coisas, direito e restrição, mas uma só, o próprio direito com um conteúdo. A restrição seria o limite do conteúdo desse direito. Ora, essas concepções se mostram importantes para compreender como duas situações idênticas, crime de ameaça, possuem tratamentos jurídicos tão diferenciados, dependendo do referencial adotado.

De um lado, no mesmo exemplo, analisando o conteúdo da norma contida no art. 147 do Código Penal, crime de ameaça, pode-se aferir que, em tese, de forma alguma, poderá se pensar em restrição da liberdade de alguém em se tratando de réu primário e com bons antecedentes. Isso porque, o resultado final do preceito secundário da norma penal será a aplicação de punição diversa da privação da liberdade. Se no final, não se pode cogitar em restrição da liberdade, por certo, também não se pode falar em tal restrição vista de forma cautelar.

Mesmo em “flagrante”, o infrator conduzido à delegacia e ali firmará o compromisso de comparecer à audiência preliminar, sendo liberado em seguida. Procedimento diverso ocorre quando esta mesma ameaça é proferida em sede de violência doméstica. Havendo flagrante (crime de ameaça em sede de violência doméstica), é possível à autoridade policial, pela natureza do delito, conceder fiança (medida cautelar do art. 319, do CPP). Contudo, havendo pedido pela vítima das medidas protetivas elencadas no art. 22 da Lei 11.340/2006, deverá a autoridade policial remeter o caso ao magistrado que, no prazo de quarenta e oito horas, (art. 18 da Lei 11.340/2006), que decidirá quais medidas irá deferir em favor da ofendida. Não se aplicam aqui os preceitos da Lei 9.099/95.

O importante ressaltar é que, em hipótese alguma, o agressor poderá ser liberado sem que exista a prévia intimação da vítima, como determina o art. 21, do aludido regramento. Com tais informações, observa-se claramente que, dentro de um mesmo sistema de regras reguladoras de certas condutas existem duas soluções possíveis, dependendo do referencial adotado. Pensando num exemplo prático, o mesmo já citado, havendo ameaça de um filho contra o pai, a solução jurídica será uma (Lei 9.099/95), embora existam posicionamentos contrários.

Se a mesma ameaça for praticada contra a mãe, em sede de violência doméstica, a solução jurídica será outra (Lei 11.340/2006). Note-se, segundo ALEXI, e enfocando a denominada teoria interna, o limite da restrição ao direito no primeiro caso, ameaça do filho maior contra o pai é uma, infinitamente menor do que essa mesma ameaça praticada contra a mãe, sob a tutela da Lei 11.340/2006. Inclusive, neste último caso, até que o juiz resolva sobre a concessão das medidas protetivas e a vítima seja intimada da concessão de fiança, em tese, o infrator não poderá ser libertado.

Essa reflexão tem grande relevância para se demonstrar situações em que os próprios homens terão interesse em usufruir da proteção conferida pela lei 11.340/2006, como já tem sido ventilado por parte da doutrina e parcela da jurisprudência. No caso, o regramento aplicado, levando-se em conta a teoria dos sistemas de Luhmann é influenciada pelo ambiente, demandando uma atualização, uma adequação do regramento vigente. Isso porque, em relação à mulher, ou seja, a violência praticada nas relações domésticas, o rigorismo penal é maior do que aquela violência concretizada em situação diversa, ou seja, fora das relações de coabitação e praticadas contra a mulher.

A verdade é que antes do advento da Lei 11.340/2006, a violência contra a mulher, na maioria das vezes, não era passível de punição efetiva por

parte do Estado. E, não raras vezes, a situação acabava em consequências gravíssimas para a mulher, omitindo-se por pressão da família e do próprio agressor. Foi uma dessas situações que deu ensejo à criação da lei. O próprio Estado, ao justificar a edição do aludido regramento consignou:

Em suma, a Lei Maria da Penha, reconhece a obrigação do Estado em garantir a segurança das mulheres nos espaços públicos e privado ao definir as linhas de uma política de prevenção e atenção no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e inverte a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade a fim de privilegiar as mulheres e dotá-las de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito familiar e social, garantindo sua emancipação e autonomia.<sup>118</sup>

Como se observa, a Lei 11.340/06 seguiu o caminho inverso dos demais regramentos penais, sob o enfoque do direito penal mínimo. Dentro do subsistema jurídico regulador da liberdade individual do homem, surgiu, em decorrência de intervenção do ambiente, um regramento diferenciador, atribuindo concretude extrema à regra, independentemente da gravidade da violação. Sob o enfoque da mulher como objeto jurídico e em sede de violência doméstica, não se pode mais falar em delito de menor potencial ofensivo.

### 3 - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS.

Quando se fala em direitos fundamentais deve-se entender, segundo SARLET (2005, p. 35) [...] *aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado*. Quando se fala em direitos humanos deve-se entender, ainda segundo o magistério de SARLET (2005,p.36) [...] *posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional [...]*.

A proteção constitucional do direito à liberdade é um tema dentre os mais valorizados. Princípio fundamental do ordenamento constitucional. O direito à liberdade na sociedade contemporânea ganha contornos de destaque de tal índole, que todo o sistema penal e processual penal foi revisto. As modificações trazidas na legislação processual penal, com o advento da Lei 12.403/2011, foram inovadoras.

Até então havia cinco tipos de prisão cautelar. A prisão em flagrante, regulada pelo art. 302, do CPP; a prisão preventiva, regulada pelo art. 312, do CPP; a prisão temporária decorrente da Lei 7.960/89; prisão decorrente de

---

<sup>118</sup> (<http://www.spm.gov.br/subsecretaria-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres/lei-maria-da-penha/breve-historico> - consulta em 01 de maio de 2014)

sentença penal condenatória recorrível, art. 387, parágrafo único e 492, alínea “e”, ambos do CPP; e decorrente de sentença de pronúncia, art. Art. 413, § 3º, do CPP. Com o advento do aludido regramento, toda a concepção de prisão cautelar foi alterada de forma que a prisão, antes vista como uma medida excepcional, agora ganhou excepcionalidade extrema.

O novo regramento processual penal fortaleceu o princípio constitucional do estado de inocência, art. 5º, inciso LVII, da CRFB, bem como, o direito de liberdade, art. 5º, inciso LIV, da CRFB. Instituíram-se as denominadas *medidas cautelares*, art. 319, do CPP, como elemento obstativo à prisão cautelar. A restrição da liberdade passou a ser considerada violação de tal magnitude que, somente após o esgotamento de todas as opções legais, é que pode ser ventilada a sua aplicação e mesmo assim, para os delitos mais graves (princípio da fragmentariedade).

Mesmo assim, para alguns delitos, mesmo a violação das medidas cautelares não levarão, necessariamente, à decretação da prisão. Isso se for possível a substituição por outras medidas cautelares restritivas de direitos, que ainda preservem o estado de liberdade do infrator. Todas essas modificações objetivaram, num aspecto, realçar o estado de inocência e colocar a prisão como último recurso a ser utilizado na contenção da violência. Quer por uma questão principiológica, quer por uma questão lógica, decorrente da falta de vagas nos estabelecimentos prisionais (colapso do sistema prisional). A restrição da liberdade deve ser evitada.

Nos delitos de menor potencial ofensivo, nem mesmo as medidas cautelares existem, pois a prisão é questão que basicamente não se cogita. Na maioria das vezes, o autor do fato, quando conduzido à delegacia, apenas se compromete a comparecer à audiência preliminar, e tal compromisso já implica na sua imediata liberação. Antes do advento da Lei 11.340/06, como já enfatizado, a maioria das condutas ensejadoras de violência contra as mulheres se resumiam na designação de audiência preliminar, com o compromisso de comparecimento do infrator, visando a composição civil dos danos ou a transação penal.

Quando não fossem viáveis as duas medidas já ventiladas, ainda podia se falar em suspensão condicional do processo. Muitas vezes, tais medidas resultavam consequências inócuas ao agressor, dada a coerção que as vítimas sofriam para a retirada da representação penal (crimes de ameaça e de lesão corporal leve). A violência nesses casos não era só física, mas também, e principalmente, psicológica. Contudo, após a vigência dos preceitos da Lei 11.340/06, os delitos de ameaça exigiam, para a retratação da representação, uma audiência específica (art. 16) na presença da autoridade judicial e do promotor de justiça, para se garantir a inexistência de qualquer espécie de coerção por parte do agressor.

No que se refere à lesão corporal leve, a questão ganhou tratamento diverso. O STF sedimentou o entendimento de que se trata de ação penal pública incondicionada, em consonância com a decisão de interpretação conforme conferida na ADI 4.424/DF. Mesmo com as modificações trazidas pela Lei 12.403/2011, o rigorismo atribuído ao regramento da Lei 11.340/06 não

sofreu qualquer abalo, quando se trata de proteção à mulher. Como regra geral, praticado um crime de ameaça ou mesmo de lesão corporal leve, o agressor não faz jus aos benefícios da lei 9.099/95, conforme art. 41, da Lei 11.340/2006.

Tal dispositivo foi declarado constitucional pelo STF ADC 19. Somente o delito de ameaça, exemplo utilizado desde o início, é passível de retratação e mesmo assim, numa audiência específica (art. 16, da Lei 11.340/2006), na presença do juiz e do promotor, irá se aferir sobre a inexistência de qualquer coerção contra vítima para o seguimento da ação penal. Toda essa proteção legal conferida à mulher, de fato, não se mostra irrazoada, já que é na própria família que as piores violências são praticadas e, eventualmente se tornam públicas.

Muitas mulheres eram agredidas, violadas em seus direitos “a quatro paredes” e o Estado se via impotente para dar o suporte jurídico de que a vítima, de fato, necessitava. Quer pela pressão da família (violência psicológica), do agressor, quer ainda pela omissão da própria mulher, vítima de tal violência. A situação chegava a tal nível, que muitas vezes a intervenção do Estado se mostrava ineficaz para impedir o pior, ou seja, o atentado contra a saúde e, até mesmo, a vida da própria mulher.

Aliás, foi por conta dessa realidade que surgiu a denominada Lei Maria da Penha. Segundo registros<sup>119</sup>, MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES, farmacêutica bioquímica, teria sido agredida pelo marido com um tiro na coluna que a deixou numa cadeira de rodas. Posteriormente o marido tentou eletrocutá-la, somente não conseguindo porque uma das filhas chamou ajuda. Pouco mais de vinte anos depois dessas agressões, foi editada a Lei 11.340/2006, como forma de homenagem à “MARIA DA PENHA” e proteção às mulheres em situação idêntica.

Como se observa, agressões desse tipo ocorrem constantemente em nossa sociedade, fruto da sociedade paternalista e machista. Quando não ocorre com a gravidade do caso em tela, provocam marcas psicológicas, muitas vezes, suficientes para causar traumas irrecuperáveis às vítimas.

#### **4 - CRISE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS**

Pode-se falar numa crise na concretização dos direitos dentro do objeto de debate. Isso porque, não raras vezes, o delito praticado pelo agressor não guarda proporção com as medidas penais utilizadas para coibir os abusos. De fato, o sistema penal é um subsistema do sistema jurídico. Tal subsistema tem interação pelo meio. Dentro desse sistema maior, há o gerenciamento de regras comuns, ou seja, a intercomunicação dos sistemas, pelo ambiente, para funcionamento de uma simbiose, aparentemente, perfeita do ordenamento.

O sistema penal é regido por princípios harmônicos. Depois é que vêm as regras. Com efeito, Como ensina ÁVILA (2013, P. 30), havendo colisão entre duas regras, uma é inválida ou se abre uma exceção para que uma possa

---

<sup>119</sup> <http://www.meionorte.com/noticias/geral/maria-da-penha-da-dor-a-lei-veja-a-historia-da-mulher-cuja-vida-mudou-mudou-vidas-202771.html>. Visualizado em 04 de maio de 2014.



superar o conflito. Havendo conflito entre princípios os dois continuam válidos, devendo o aplicador da norma ponderar qual terá o maior peso. O autor ainda faz referência aos postulados, ÁVILA (2013, P.31), que seriam normas metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras.

No caso em exame, a Lei 11.340/2006 deve ser vista como uma exceção à regra geral do Código Penal. Isso porque a regra especial, é regida pelo Código Penal conjugado com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Tecnicamente e em tese, a diferença estaria sedimentada no sujeito passivo específico da relação jurídica penal, “mulher e a relação de coabitação”. Tais fatores seriam suficientes para modificar totalmente a disciplina aplicável ao caso.

O que merece reflexão é o fato de que os termos “mulher” e a “relação de afetividade ou convivência” pode potencializar a repressão penal para uma mesma conduta tipificada. O mesmo delito, por exemplo, um crime de ameaça, art. 147 do Código Penal, pode ter duas formas de retribuição, a depender das particularidades do sujeito passivo. Uma delas, aplicável para os delitos de menor potencial ofensivo, é resolvida pelos parâmetros da Lei 9.099/95.

Outra, regida pelos preceitos da Lei 11.340/2006, tem uma solução mais gravosa, com instauração de procedimento penal e com todas as decorrências dela inerentes, inclusive, possibilidade de prisão cautelar. O que importa saber é sobre o critério de aplicabilidade da Lei 11.340/2006, se restritivo ou ampliativo. A depender do critério interpretativo estaremos diante de uma questão de insegurança jurídica, vez que uma regra penal de exceção está sendo aplicada de forma extensiva e regulando casos que, efetivamente, não deveriam ser por ela disciplinados.

Tal conclusão é vista com frequência, pois a mínima violação da norma penal ou das medidas protetivas dela decorrentes, art. 22 da Lei 11.340/2006, pode culminar com a restrição da liberdade do infrator. O curioso é que os Tribunais, sem exceção, potencializam a repressão contra os crimes envolvendo violência doméstica com tal magnitude, que a situação de excepcionalidade extrema da prisão é relativizada, mesmo após o advento da Lei 12.403/2011. O apelo midiático tem grande influência.

Ainda se pensando na mesma situação hipotética. Praticado o delito de ameaça, a vítima representa e requer medidas protetivas. O juiz defere e intima o acusado. Este, inconformado, volta a manter contato com a vítima buscando, em, regra esclarecimentos ou mesmo satisfação para tudo o que está acontecendo, gerando novo conflito. Ressalto que não estão aqui presentes, no exemplo hipotético, os requisitos caracterizadores da coação no curso do processo. Há quem diga que ocorrem aqui dois novos delitos.

O crime de desobediência da ordem judicial e uma lesão corporal de natureza leve (art. 129, § 9º, do Código Penal), ou mesmo uma nova ameaça ou vias de fatos. Mas o efeito principal dessa nova conduta (violação das medidas protetivas e desobediência), em regra, leva à decretação da prisão preventiva do acusado, para a garantia da ordem pública. Merece destaque que no exemplo hipotético o protagonista é primário e possui bons antecedentes.

Nesse novo panorama fático, o acusado será preso preventivamente

como garantia da ordem pública. Como o exemplo é hipotético, será levada em consideração a previsão legal em abstrato. A Lei 11.340/2006 impede a aplicação dos preceitos da Lei 9.099/95. Não é possível a composição civil dos danos, transação ou suspensão condicional do processo. Resta ao infrator percorrer o rito sumário (art. 531, do CPP) para a solução do questionamento contra ele formulado. O prazo legal de conclusão do procedimento, considerando o réu preso, é de 72 (setenta e dois) dias, sem considerar os prazos de tramitação em cartório, distribuídos da seguinte forma:

Inquérito – 10 dias – art. 10 do CPP.  
Denúncia – 5 dias – art. 46 do CPP;  
Recebimento denúncia – 5 dias (art. 800, inciso II, do CPP)  
Citação do réu para apresentar defesa escrita – 2 dias (art. 799 CPP).  
Defesa escrita – 10 dias (art. 396, do CPP);  
Defensoria dativa – mais 10 dias (396-A do CPP).  
Audiência Instrução e julgamento – 30 dias - art. 531 do CPP.  
Total: 72 dias. – Prazo *legal* máximo.

No exemplo abstrato, ou seja, no crime de ameaça, o preceito secundário da norma, prevê pena mínima é de 01 (um) mês. Sendo o acusado primário e com bons antecedentes a pena concreta a ser aplicada, não poderá, em tese e considerando as peculiaridades do caso, ultrapassar dois meses. Mesmo que se considere a eventual condenação posterior do crime de lesão corporal em sede de violência doméstica, pena mínima de 03 (três) meses, feita a unificação em sede de execução penal, o acusado teria um montante de pena de cinco meses de detenção, no regime aberto, do qual ele já teria cumprido 72 (setenta e dois) dias.

Repito. Todo esse cálculo está sendo considerado o prazo legal para conclusão do procedimento previsto pelo Código de Processo Penal, sem computar os prazos de tramitação em cartório, o que, na maioria das vezes não representa a realidade brasileira. A verdade é que se partindo do postulado da razoabilidade, a prisão cautelar do acusado é injustificável, visto que, mesmo com a condenação, o regime de cumprimento será o aberto e, em consequência, responderá em liberdade.

Se no final do processo a regra é o de cumprimento em meio aberto, não seria justificável o cumprimento de quase metade da pena encarcerado (considerando o tempo de duração legal do processo). É inegável que, por uma perspectiva utilitarista, essa situação seria correta já que *maximiza a felicidade geral* (GARGARELLA, 2008,p.3). Mas esse conceito de “felicidade geral” do utilitarismo é aberto, sem parâmetros objetivos definidos.

A *felicidade geral* preconizada pelo utilitarismo (ainda que abstrata, subjetiva e sem critérios definidos) demanda uma evolução daquele primitivo pacto social, para o atendimento de direitos individuais de cada um de seus integrantes. No entanto o aludido *bem geral* pode chegar ao ponto de justificar

uma prisão irrazoável, dentro de um postulado de ponderação. Tal caminho foi construído ao longo da evolução de princípios penais, que sedimentaram a excepcionalidade da prisão.

Caso se entenda que tal comportamento não justifique a prisão ou a adoção de medidas tão drásticas, estaria sendo chancelada a possibilidade para repetição do triste episódio de MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. Seria razoável aguardar a prática de uma lesão grave ou gravíssima, tentativa de homicídio ou até mesmo o homicídio para a adoção de medidas concretas contra o agressor? Por certo que não. São situações que devem passar por ponderação, análise e reflexão, já que atingem os bens mais preciosos para o ser humano, a liberdade tanto da vítima quanto do agressor.

Inegável que a questão é tormentosa, mormente diante do fato de que, a Lei 11.340/2006 trouxe efeitos concretos aos comandos penais dela decorrentes, em intensidade tal, que destoam das demais normas vigentes, para violações semelhantes. Quem atua na área jurídica sabe. O efeito concreto de seus comandos, fazendo com que criem uma situação de excepcionalidade que se contrapõe contra todo o subsistema penal vigente. Não se defende aqui qualquer questionamento à efetividade e concretude atribuída à lei, o que se discute é a razoabilidade de tais consequências em certos casos em que a prisão é mantida até o final do processo.

## **5 - DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**

Diante do panorama concreto da aplicabilidade das regras decorrentes da Lei 11.340/2006, o questionamento que se faz é se há proporcionalidade e razoabilidade nas medidas repressivas às condutas violadoras de tais regras, frente aos preceitos constitucionais que garantem os direitos fundamentais. Quando se fala em direitos fundamentais, não se enfatiza apenas os direitos do agressor, mas também os da vítima, atingida física e psicologicamente.

A aplicabilidade das regras, princípios e postulados do ordenamento jurídico se faz por um exame conglobante, sistêmico, considerando todo o ordenamento jurídico vigente, dentro do sistema piramidal kelseano. Não existe regramento isolado que possa sobreviver fora do contexto normativo vigente. Como lembra KELSEN (2003, p. 126):

A ideia de regularidade se aplica a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito. Porque a regularidade nada mais é do que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica.

De um lado, a Lei 11.340/2006 não pode ser vista como um regramento isolado, estanque e interpretado em dissonância com o sistema jurídico. A própria hierarquia interpretativa das normas determina o cumprimento de um padrão de regularidade, decorrência da segurança jurídica do sistema. A interação com o ambiente (realidade atual da sociedade) deve guardar um

padrão de uniformidade com as demais regras existentes, justamente pelo fato da exceção diferenciar-se do padrão de conduta.

A proporcionalidade e razoabilidade decorrentes da Constituição Federal devem ser vistas sob a ótica do padrão e da exceção. Indispensável se mostra a necessidade de compatibilizar os direitos fundamentais do agressor com os da vítima, justificando a efetivação dos comandos inerentes à Lei 11.340/2006. Na ponderação, a situação de vulnerabilidade da vítima tende a tornar o comando normativo repressivo mais rígido em desfavor do agressor, justamente para se equilibrar a balança do princípio da igualdade, vez que, *todos são iguais na medida da sua desigualdade*.

BONAVIDES (2013, p. 432), ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade em face dos direitos fundamentais faz alusão ao direito alemão, fundado na posição dogmática de Peter Lerche. Cita as cinco categorias de normas limitadoras dos direitos fundamentais, ou seja, as normas interventivas, elucidativas, caracterizadoras de direitos fundamentais, as impeditivas de abuso e as solucionadoras de conflitos. Dentre elas merece destaque as três últimas, foco primário do presente trabalho, ou seja, BONAVIDES (2013, p. 433):

As normas caracterizadoras de direitos fundamentais são aquelas que primeiro estabelecem os conteúdos dos direitos fundamentais e com isso os seus limites.

As normas impeditivas de abuso têm a finalidade por remeter alguém aos limites de seu direito.

As normas de solução de conflitos (Konkurrenzlösend Normen), como o próprio nome está a indicar, servem para dirimir litígios entre os direitos fundamentais que ainda não foram resolvidos pela Constituição e que também não podem ser resolvidos.

Inegável, pois, que a Lei 11.340/2006 constitui, além de norma de exceção, norma impeditiva de abuso, decorrência do princípio da proporcionalidade e justificando um regramento mais rigoroso ao agressor e violador dos direitos fundamentais da vítima. Assim, a relativização dos critérios para adoção das medidas protetivas constantes do art. 22 da Lei 11.340/2006, independe de prévio processo, ou mesmo da oitiva do agressor. Basta um requerimento da vítima para a concessão, liminarmente, das medidas legalmente previstas.

O julgador, nesse momento e, como regra, utiliza-se de um critério de ponderação não exauriente, ou seja, naquele instante inaugural do processo, se mostra mais relevante (proporcional) tutelar os direitos fundamentais da agredida do que certas liberdades do agressor. Tal raciocínio justifica, inclusive, a restrição da liberdade, como forma drástica de efetivação do comando normativo em caso de inobservância pelo agressor. Mas o elemento diferenciador, que dá concretude às medidas adotadas em proteção dos direitos fundamentais da mulher, principalmente contra a violência psicológica, é, sem

dúvida alguma, a possibilidade de prisão em caso de descumprimento.

As medidas protetivas da Lei 11.340/2006 atuam, em última análise, como medidas cautelares do processo penal. Nessa condição, uma vez violadas de forma injustificável pelo infrator, pode levar à decretação da prisão preventiva, a critério do juiz, fundamentadamente e respeitados os balizamentos legais, qualquer que seja o delito imputado. Observa-se claramente que o objetivo foi o de atribuir efetividade aos regramentos existentes em prol da garantia do direito às mulheres, vítimas constantes de violências praticadas no seio da família e que, na maioria das vezes, geram a total impunidade dos agressores.

Antes do advento da lei em estudo, o sistema fechado do regramento jurídico e a pouca efetividade das regras repressivas, impediam uma proteção concreta à mulher, colocando-a numa situação de extrema vulnerabilidade, diante das violências ocorridas no âmbito familiar. Foi preciso a interação sistêmica do meio, reforçada e potencializada pela propaganda midiática, para que o Estado, e a própria sociedade, fossem mobilizados para uma intervenção mais efetiva para esses tipos de delito. Neste sentido, CAMBI (2011, P. 369):

Os meios de comunicação de massa, assim como estruturados, funcionam como *eficientes mecanismos de controle social*, alienando, mais que informando, evitando o debate mais intenso, para impor, a partir de estratégias de marketing, as ideias mais conservadoras. A maioria das pessoas e dos grupos sociais não consegue influenciar, diretamente, a formação da opinião pública.

Há outro lado, porém, a ser analisado. A efetividade do regramento disciplinado pela Lei 11.340/2006 tem levado à existência de um número maior de denúncias e à contenção da violência dessa natureza. Isso não quer dizer que a violência tenha cessado ou mesmo aumentado. Houve, isso é verdade, uma redução dos casos, fruto da atuação impositiva dos preceitos da Lei específica, ora em estudo. A efetividade das medidas repressivas à violação das liberdades das mulheres gerou a certeza da punição.

É verdade ainda que dentro das bases elementares existentes entre regras e princípios, a Lei 11.340/2006 constitui uma regra de exceção e, como tal, comporta um disciplinamento e até uma efetividade diversa daquela aplicada às demais situações que não façam parte do contexto da violência doméstica. Portanto, sob o foco da proporcionalidade, mostra-se justificável a atuação rigorosa da lei específica para impedir e desestimular a prática delitiva dentro do contexto da violência doméstica. O exemplo poderia ser seguido em casos análogos, em proteção de outras vítimas vulneráveis, desde que respeitada a reserva legal prévia.

## **6 - AMPLIAÇÃO DO ALCANCE DO COMANDO NORMATIVO**

Um questionamento atual que tem incorrido numa inovação jurisprudencial totalmente singular e até mesmo questionável, sob a ótica constitucional é a ampliação do âmbito de proteção da regra inerente à Lei 11.340/2006. A questão de fato, atualmente em voga, é a possibilidade de aplicação dos preceitos da Lei 11.340/2006 em favor do HOMEM. Sob um foco dogmático, tal interpretação se mostra impossível, pois em se tratando de norma restritiva de direito, não admite ampliações de seu alcance, ainda que se trate de proteger o hipossuficiente. Essa é a regra que decorre do art. 5º, inciso II da CRFB.

Pois bem, recentemente, algumas decisões judiciais têm reconhecido a aplicabilidade dos preceitos da Lei 11.340/2006, também em favor também dos homens. O precedente teve origem no STJ, no julgamento do RHC 27622 de 07 de agosto de 2012 (data do julgamento), tendo figurado como relator o Ministro Jorge Mussi. No texto do aresto merece desta o seguinte trecho:

Com efeito, não obstante a Lei n. 11.340/06 tenha sido editada com o escopo de tutelar com mais rigor a violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico, não se verifica qualquer irregularidade no acréscimo de pena operado pelo legislador ordinário no preceito secundário do § 9º do artigo 129 do Código Penal.

Nota-se que aqui a decisão não amplia o alcance da Lei 11.340/2006, visto que a inclusão do “ascendente” já constava do primitivo texto do preceito primário do art. 129, § 9º, do CP. Na verdade, a regra normativa enfocada pelo STJ, ou seja, o art. 129, § 9º, do Código Penal não induz, necessariamente, a afirmação de que a lei 11.340/2006 é também aplicável ao homem em situação de vulnerabilidade. Não há autorização legislativa, principiológica ou interpretativa capaz de justificar tal entendimento ampliativo. Há decisão reconhecendo a aplicação dos preceitos protetivos da Lei 11.340/2006, ao homem e afastando-se os benefícios decorrentes da Lei 9.099/95:

**RECURSO DE APELAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 129, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA COMETIDA CONTRA O EX- CONVIVENTE DA NOTICIADA. CARACTERIZAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. POSSIBILIDADE DE ENQUADRAR O HOMEM PARA GARANTIR A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. PORÉM, É VEDADA A APRECIÇÃO DO MÉRITO PELOS JUIZADOS ESPECIAIS. INTELIGÊNCIA DOS ART. 33 E 41 DA LEI 11340/2006. PROCESSO NULO A CONTAR DO RECEBIMENTO DA DENUNCIA. REMESSA AO JUÍZO DE ORIGEM, RESTANDO PREJUDICADA A ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL. EX OFFICIO.**

Recurso conhecido e prejudicado. Decidem os Juízes integrantes desta 1º Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, declarar a incompetência do Juizado Especial Criminal (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0000925-87.2012.8.16.0055/0 - Cambará - Rel.: ANA PAULA KALED ACCIOLY RODRIGUES DA COSTA)

Como se observa, o entendimento sustentado acima amplia o alcance da norma por analogia, já que a lei não quis incluir o homem no âmbito de proteção da norma. Pretende-se aqui disciplinar situação não prevista pela norma. Há, também, aqueles que entendem que os preceitos protetivos da Lei 11.340/2006, deva ser interpretado de forma ampliativa, sendo inconstitucional a limitação das garantias apenas para o gênero “mulher”. Segundo DIAS (2012):

A vice-presidente do IBDFAM, Maria Berenice Dias acredita que a decisão do STJ representa uma manifestação ampliativa da lei que produziu uma verdadeira revolução no combate à violência doméstica. Além de conceituar a violência doméstica divorciada da prática delitativa, a Lei não inibe a concessão das medidas protetivas tanto por parte da autoridade policial como pelo juiz. “Está expresso na Lei que sua aplicação independe da identidade sexual. É uma interpretação inclusiva que pode se estender também às relações homossexuais”, exemplifica.

No mesmo sentido, SANTIN:

2) A possibilidade de transposição de eventuais vícios constitucionais, é através da interpretação do termo “mulher”, constante da Lei 11.340/2006, como “cônjuge” ou “convivente” ou “coabitante” ou “familiar”, ou para tratar de “mulher ou homem”, de forma que a mulher e o homem sejam protegidos e reprimidos igualmente pelo sistema legal, por eventual violência doméstica em desfavor do outro, pois a violência doméstica pode ser sofrida por cada um dos membros da família, não apenas a mulher.

No entanto, não obstante tais posicionamentos, o âmbito jurídico de proteção da regra em estudo, tem como foco principal de proteção “a mulher, em situação de violência doméstica”, não se admitindo interpretações ampliativas. Não há que se falar em violação do princípio da isonomia, pois tal princípio consiste também em tratar os desiguais, na medida de suas desigualdades. Aliás, a questão já foi objeto de questionamento na ADC 19/DF

e ADI 4424. Neste sentido:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR - PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA INDEFERIDO - VÍTIMA DO SEXO MASCULINO - PRETENSÃO DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2006 - IMPOSSIBILIDADE - LEI QUE VISA PROTEGER APENAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR - DISCRIMINAÇÃO POSITIVA DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADC 19/DF) - RECURSO DESPROVIDO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N.º 908.856-2, DA COMARCA DE CIANORTE - VARA CRIMINAL. RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ RECORRIDO: ANTONIO LEITE NETO RELATOR: JUIZ MARCOS S. GALLIANO DAROS. DJ 24 de abril de 2014. DJ 133209.05.2014.

No âmbito do acórdão (ainda não transitou em julgado) o relator consignou:

Em 09 de fevereiro de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisou conjuntamente a ADC 19 e a ADI 4424, que discutiam dispositivos legais da Lei Federal nº 11.340/2006. Por unanimidade de votos, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade, declararam-se constitucionais os artigos 1º, 33 e 41 da referida lei. Especificamente quanto ao primeiro artigo, restou pacificado que não há falar-se em violação ao princípio constitucional da igualdade no fato de a "Lei Maria da Penha" ser voltada apenas à proteção das mulheres. Segundo informações extraídas do Informativo nº 654 do STF, na oportunidade do julgamento, reiterou-se a ideia de que a referida lei surgiu para conferir efetividade ao artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal e que se coaduna com o princípio da igualdade, "no que concerne ao necessário combate ao desprezo às famílias, considerada a mulher como sua célula básica". Ressaltou-se, ademais, que o ordenamento jurídico brasileiro prevê tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como é o caso do idoso, da criança e do adolescente. Sobre o princípio da igualdade e a ação afirmativa efetivada em prol das mulheres vítimas de violência doméstica, destacam-se os



seguintes trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Luiz Fux, divulgado em 1º de março de 2012, no site do Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup>: A Lei Maria da Penha reflete, na realidade brasileira, um panorama moderno de igualdade material, sob a ótica neoconstitucionalista que inspirou a Carta de Outubro de 1988 teórica, ideológica e metodologicamente. (...) <sup>6</sup> "O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012." - Informação extraída do Acompanhamento Processual da ADC 19/DF. <sup>7</sup> O Acordão da ADC 19/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda não foi disponibilizado no site do Supremo Tribunal Federal (tanto na consulta processual, quanto no link "jurisprudência"). <sup>8</sup> "O ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), divulgou a íntegra do voto que proferiu no dia 9 de fevereiro, no julgamento que analisou dispositivos da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Sobre o tema, a Corte julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, ajuizada pela Presidência da República com objetivo de propiciar uma interpretação judicial uniforme dos dispositivos contidos na lei, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) quanto aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da norma". Informações extraídas em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=201455&caixaBusca=N>>

Se o sistema jurídico não coíbe satisfatoriamente as violações dos regramentos penais, fora do âmbito da violência doméstica, se trata de falha da lei, que deverá ser resolvida pelo procedimento legislativo adequado. Não se pode adotar analogia em regras restritivas de direitos, sob pena de contrariedade de todo o sistema penal interpretativo vigente.

## CONCLUSÃO

Do exposto, pode-se concluir que, de fato, não há conflito de regras na concretude atribuída à Lei 11.340/2006. Isso porque, tratando-se de regra de exceção, convive harmoniosamente com a regra geral e com a evolução despenalizadora do Direito Penal. Não há violação de princípios, visto que existe proporcionalidade entre as medidas de efetivação dos comandos da Lei 11.340/2006 e o fim último da norma, qual seja, a proteção da mulher em situação de violência doméstica (vulnerabilidade).

A situação peculiar da mulher nas relações domésticas de coabitação demanda uma atuação mais efetiva e repressiva do Estado. Tratam-se de graves violações de direitos, normalmente ocultas dentro das relações familiares e que demandam maior reprovação social. O Estado não pode se omitir e a atuação demanda efetividade. Não se pode falar em retrocesso em sede de direitos fundamentais, pois estão em confronto o direito de liberdade do agressor e as garantias da integridade física e psicológica da vítima (mulher em sede de violência doméstica). Ademais, a norma de exceção deve, naturalmente, ser aplicada de forma diversa da geral.

Portanto, a concretude e efetividade na aplicação dos comandos decorrentes da Lei 11.340/2006, se por um lado atentam contra a liberdade do agressor, em caso de descumprimento das medidas protetivas, por outro garantem a segurança necessária à vítima para enfrentar a violência, com o respaldo da sociedade. Coíbe-se a violência, cujo silêncio é mantido pelo medo e pela coação psicológica.

A ressalva fica apenas por conta da interpretação ampliativa (analogia) atribuída à Lei 11.340/2006, visando também atingir outros grupos vulneráveis, a pretexto de uma postura inclusiva da norma. O ativismo judicial, muito embora seja necessário em certas situações, não pode violar o Pacto Federativo e a usurpação das funções entre os poderes democráticos, sob pena de incorrer no perigoso campo do subjetivismo e da insegurança jurídica.

## Referências

- ALEXI, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiro Editores. 2ª Edição. São Paulo-SP. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo-SP. 2013.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessoalismo*. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª Edição. Editora RT. São Paulo-SP. 2011.
- DIAS, Maria Berenice. IBDFAM.  
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4894/novosite>, visualizado em 10 de maio de 2014.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. Tradução Alonso Reis Freire. Editora wmfmartinsfontes. São Paulo-SP. 2008.

FONSECA, Antonio Cezar de Lima. *Direitos da Criança e do Adolescente*. Editora Atlas. 2ª edição. São Paulo-SP. 2012.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2003.

LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. Milano: Franco Angeli, 1994.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. *El derecho como sistema social*. Trad. Carlos Gómez-Jara Diez. Madrid: Universidade Autónoma de Madrid, 1989.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Rev. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MASCARO, Alysson Leandro. *Lições de Sociologia do Direito*. 2ª Edição. Quartier Latin. 2009.

NEVES, Marcelo. *De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho*. ISSN 0214-8876. 1996. Revista DOXA. N° 19.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Editora Acadêmica. 1994.

PEREIRA, Geailson Soares. O direito como sistema autopoietico. *Revista CEJ*, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out/dez. 2011. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1524/1528>. Acesso em: 23 jun. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social. Princípios do Direito Político*. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª Edição. São Paulo-SP. Editora RT. 2012.

SANTIN, Valter Foletto.  
[http://www.apmp.com.br/juridico/santin/artigos/art\\_igualdade.htm](http://www.apmp.com.br/juridico/santin/artigos/art_igualdade.htm).  
Visualizado em 14 de junho de 2014.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SARLET, Ingo, Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª Edição. Livraria do Advogado. 2005.

## LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

Francisco Lozzi da Costa<sup>120</sup>

### Resumo:

A Constituição Federal de um país é sempre um limitador das ações do próprio Estado que ela criou em favor dos seus cidadãos, no nosso caso de Brasil no qual a Constituição Federal criou em seu Art. 1º, um Estado democrático de direito, tem como decorrência desse Estado Democrático todos os princípios fundamentais do Estado brasileiro, estabelecendo como um dos principais parâmetros limitadores no mesmo artigo em seu inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana, referência principal quando o assunto tratado diz respeito aos princípios regentes da matéria penal. Dentro da Constituição é que serão encontrados os Bens Jurídicos que vão necessitar de especial proteção penal do qual o legislador infraconstitucional vai desenvolver sua atividade legislativa e com respeito aos princípios balizadores estabelecidos que serão impostos os limites de eventuais criminalizações. Somente tendo em matéria Penal, o amplo respeito à dignidade da pessoa humana é que vai garantir o corolário maior da Constituição Federal que é o Estado Democrático de Direito, esteio principal que garante uma nação livre e verdadeiramente independente. Por fim deve ser sempre a Constituição a referência balizadora das ações do Estado, pois este foi introduzido por aquela e o respeito aos seus mandamentos é que vai proporcionar saber o verdadeiro alcance da sua disciplina e isto se dá com observância aos seus princípios fundamentais, que ganham especial relevância quando o assunto tratado é o Direito Penal, pelas próprias consequências que sua aplicação acarreta aos cidadãos.

### INTRODUÇÃO

Dentro do tema tratado no presente artigo, foi inicialmente discorrido sobre aspectos gerais do próprio termo direito (*directus*) oriundo do latim que corresponde a uma ideia de ordenamento jurídico vigente em determinado lugar ou época, cujo complexo normativo válido é assegurado pelo respectivo poder público organizado, e imposto a todos como condição necessária à própria convivência social.

A evolução do Direito Penal no Brasil recebeu atenção em face do seu desenvolvimento a partir do ano de 1.500, quando do descobrimento do país, recebeu também a legislação imposta pelos colonizadores, passando pela independência e as diversas leis e Constituições que se seguiram, sempre registrando consideráveis avanços, como a abolição da pena de morte e do pelourinho, até chegar aos dias de hoje onde se observa um respeito maior às regras internacionais dos direitos humanos.

O Direito Penal como última "*ratio*" foi criado pela Constituição Federal como garantia aos bens jurídicos por ela estabelecidos, cuja aplicação se cinge ao respeito a uma série de princípios os quais têm como fim principal, garantir a dignidade do ser humano, ente principal dentro do Estado criado pela própria Constituição. Tais princípios estabelecidos em seu corpo e neste trabalho

---

<sup>120</sup> Mestre em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direito. (Instituição Toledo de Ensino de Bauru); - Pós-graduado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública. Polícia Militar do Estado de São Paulo; - Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal. (Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente).

considerado quanto à norma penal que estabeleceu um rigor maior para as infrações de maior gravidade e, moderação penal, para as violações do bem jurídico de menor gravidade e, quanto ao tipo penal, em especial os relacionados à Legalidade, Taxatividade, Irretroatividade e Retroatividade benéfica da lei penal, Insignificância ou bagatela, Culpabilidade, Intervenção mínima e da Fragmentariedade.

## 1. NOÇÕES GERAIS

O termo direito origina-se do latim *directus*, o que é reto, conforme acepção verbal literal corresponde neste trabalho a uma ideia de ordenamento jurídico vigente em determinado lugar ou época, cujo complexo normativo válido é assegurado pelo respectivo poder público organizado, sendo imposto a todos os indivíduos como condição necessária à própria convivência social.

A partir do momento que o homem decidiu viver em sociedade para garantir a própria sobrevivência da espécie, para regular as relações entre as pessoas, numerosos princípios e regras foram surgindo e cuja validade foi sendo imposta e aceita como condição de manter a sobrevivência social. O ordenamento compulsório que constituiu o direito se formou ao longo dos séculos após lenta e trabalhosa evolução, cuja origem remota se perde na noite dos tempos, é necessário, para o perfeito entendimento do sistema jurídico vigente, estudar e conhecer as suas raízes históricas, sobretudo da ciência penal, a primeira que se tem notícia a regular as relações sociais, seus limites e fundamentos, ao longo dos tempos.

O ordenamento jurídico da sociedade organizada, muito embora se apresente como manifestação consciente da própria vontade humana, se funda em princípios básicos que ao longo dos séculos tem se fortificado e renovado, a despeito das contingências e virtudes de cada momento da história. Em sua constante e por vezes dificultosa evolução, foi se deparando com aperfeiçoamentos e por vezes retrocessos condenáveis, e, mesmo assim, o direito continua sempre buscando uma ordem social estável, justa e o equilíbrio entre os conflitos de interesses individuais ou coletivos do grupo a que se destina, havendo de se concluir pela existência de um direito natural, cujos princípios e valores são permanentes e imutáveis, os quais são inerentes à própria natureza humana e, assim, direito penal e humanidade de mãos dadas caminha ao longo dos tempos numa eterna luta entre o bem e o mal, estes classificados numa ordem de valores morais e sociais pelos próprios membros da sociedade.

Com objetivo de conhecer suas raízes históricas, evolução e seus fundamentos de validade é que será feito um caminhar pelos tempos passados e presente, da sua origem no Brasil até o surgimento do sistema de garantias que defenda as pessoas do grupo da força do Estado e da ação entre si dos próprios membros do grupo.

Diante disso, no Estado constitucional de direito, a lei penal deve estar em relação direta com a norma constitucional, convergindo para o mesmo fim, o respeito à dignidade humana.

Segundo Zaffaroni e Pirangeli, (2007, p.121),

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

Diante do princípio da supremacia da Constituição Federal na hierarquia das leis, o Direito Penal deve nela enquadrar-se, como o crime é um conflito entre os direitos individuais e a sociedade, é na Carta Magna que se estabelecem normas específicas para resolvê-lo de acordo com o sentido político da lei fundamental, exercendo-se assim influência decisiva sobre as normas punitivas (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 08).

Assim sendo pode-se iniciar por analisar a evolução história do Direito Penal brasileiro, até atingirem-se os limites constitucionais impostos ao poder punitivo do Estado no Brasil pela Constituição Federal, no tocante ao Direito Penal.

## **2. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL**

Com o descobrimento do Brasil em 1500 e início da colonização com a vinda da primeira expedição de Portugal, chefiada por Martins Afonso de Souza, por volta do ano de 1532 foram encontrados entre os indígenas certos tipos de ideias de Direito Penal ligadas aos costumes de cada tribo em face de seu nível de evolução cultural, encontrando-se nele aspectos da vingança privada, a vingança coletiva e o talião.

Vieira, (1965, p. 26), “citando Jean Delery em: ‘História de uma viagem à terra do Brasil’ menciona:

[...] os selvagens vivem com tanta paz e sossego que é coisa quase incrível e de envergonhar aos que por aqui consideram as leis divinas e humanas simples meios de satisfazer más inclinações. Se acontece brigarem dois índios, o que é tão raro que em quase um ano de permanência no país só presencie duas vezes, os outros não procuram separá-los: deixam que se furem os olhos sem dar um passo. Mas, se um sai ferido, o ofensor é preso e recebe dos parentes da vítima ofensa igual no mesmo sítio do corpo onde a causou; e se a vítima morre, ou vem a morrer da ferida, o assassino também morre às mãos dos

parentes dela. Olho por olho e dente por dente, lei alias que só de raro em raro encontra aplicação.

Na vingança privada a principio, reação do individuo contra o individuo, depois, não só dele como de seu grupo, para, mais tarde, já o conglomerado social colocar-se ao lado deste. O revide não guardava proporções com a ofensa, sucedendo-se, por isso lutas acirradas entre grupos e famílias, que, assim, se iam debilitando, enfraquecendo e extinguindo-se. (NORONHA, 2011, p. 20).

O Talião surgiu como parte da evolução social e um grande avanço na esfera do Direito Penal, que procurava limitar as ofensas a um mal idêntico praticado tendo como máxima o (sangue por sangue, olho por olho e dente por dente), sendo sua grande expressão o Código de Hamurabi (Babilônia), que se acredita foi escrito pelo rei Hamurabi, aproximadamente em 1700 a.C.

No período em que o Brasil foi colônia de Portugal, estiveram em vigor no país as ordenações do reino: Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), substituída esta, pelo Código de D. Sebastião (até 1603) quando entraram em vigor em Portugal as Ordenações Filipinas, todas elas refletindo o direito dos tempos medievais.

O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges<sup>121</sup>, apóstatas<sup>122</sup>, feiticeiros<sup>123</sup>. Eram crimes, a blasfêmia<sup>124</sup>; a benção de cães; a relação sexual de cristão com infiel, dentre outros. As penas cominadas aos crimes eram severas e cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimaduras, etc.), tinham por fim incutir o temor pelo castigo, sendo também aplicada em larga escala a pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo, etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés<sup>125</sup>.

Dado marcante nesse período foi a chegada da força na cidade de São Paulo no ano de 1564, como símbolo de representante da justiça, veio a fazer parte do primeiro Código Criminal do Império e só foi abolida pela Constituição de 1891. Também não menos importante símbolo de justiça desse período foi o Pelourinho que teve sua implantação na cidade de São Paulo no ano de 1610 só sendo extinto pela Lei 3.310 de 1886 e se destinava a afixar avisos e editais da Câmara e expor os criminosos e escravos fugidos que teriam de ser castigados (VIEIRA, 1965, p. 127-131).

Com a independência do Brasil no ano de 1822 e elaboração de sua primeira Constituição em 1824, em seu artigo 179, inciso XVIII foi feita a previsão da necessidade de se elaborar um Código Criminal o que ocorreu em

---

<sup>121</sup> Que professa doutrina contrária ao que foi definido pela Igreja como sendo matéria de fé.

<sup>122</sup> Que ou quem cometeu apostasia – abandono da fé de uma igreja.

<sup>123</sup> Aquele que faz feitiço; bruxo, mago e benzedores (aquele que benze).

<sup>124</sup> Palavras que ultrajam a divindade ou a religião

<sup>125</sup> Embarcações compridas e estreitas, de baixo bordo, com duas velas acessórias, mas impelida basicamente por remos, que foram usadas desde a Antiguidade grega até os fins do século XVIII.

seguida, sendo em 16/12/1830 sancionado o Código Criminal do Império, de índole liberal, elaborado por iniciativa do Poder Legislativo, nele era fixado um esboço da individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos.

Mesmo após a independência do Brasil de Portugal e depois de ter outorgado sua primeira Constituição (1824) o país ainda elaborava sua lei penal com forte influência do direito português até então vigente, com a edição do Código Criminal do Império sancionado em 16/12/1830, mantém em seu texto o uso da força e do pelourinho entre os povos independentes. “A pena de morte a ser executada pela força, só foi aceita depois de acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes entre os escravos”. (MIRABETTI; FABBRINI, 2013, p. 23).

Proclamada a República no ano de 1.889, em 11/10/1890 foi editado um novo estatuto chamado de Código Penal que teve como principais avanços a abolição da pena de morte e a instalação do regime penitenciário de caráter correccional.

Por apresentar falhas e ser mal sistematizado o Código Penal foi sendo modificado por inúmeras leis, até que dada a confusão que se criou foram tais leis sistematizadas pelo desembargador Vicente Piragibe, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais ou Código Piragibe, editado pelo Decreto nº 22.213, de 14/12/1932, no Governo de Getúlio Vargas e adotado como estatuto Penal brasileiro, até à entrada em vigor do Código Penal de 1940.

Data de 01/01/1942 a entrada em vigor do Código Penal atual tendo como princípios básicos, conforme assinalam (MIRABETE E FABBRINI, 2013, p. 24), citando Heitor da Costa Junior: “[...] a adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança; a consideração a respeito da personalidade do criminoso; a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva”.

Pela Lei 7.209, de 11/07/1984, foi reformada a Parte Geral do Código Penal de 1940, estabelecendo como principais inovações segundo (MIRABETE E FABBRINI, 2013 p. 24):

1. A reformulação do instituto do erro, adotando-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição como excludentes da culpabilidade;
2. A norma especial referente aos crimes qualificados pelo resultado para excluir a responsabilidade objetiva;
3. A reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes para resolver o problema do desvio subjetivo entre os participantes do crime;
4. A extinção da divisão entre penas principais e acessórias e a criação das penas alternativas (restritivas de direito) para os crimes de menor gravidade;
5. A criação da chamada multa reparatória, e
6. O abandono do sistema duplo-binário das medidas de segurança e a exclusão da presunção de periculosidade.



Embora seja um estatuto septuagenário, já na sua elaboração, se aceitaram orientações das escolas chamadas de Clássica e Positiva e se aproveitou também o que havia de melhor nas legislações modernas de orientação liberal, em especial os códigos italiano e suíço; ao longo dos tempos vem se modernizando e se adaptando a seu tempo, tendo sofrido a reforma de sua parte geral em 1984 e em seu todo mais 12 modificações legislativas que alteraram 20 artigos da sua Parte Geral e, desde o início de sua vigência, 35 leis promoveram na Parte Especial a alteração de 61 artigos, a revogação de 23 e a inclusão de 28 novos artigos. Essas alterações aliadas à edição de varias leis extravagantes nas duas últimas décadas refletem as principais tendências do legislador nacional, que segundo (MIRABETTI E FABBRINI, 2013, p. 26 e 27) são:

1. Evitar aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração nos delitos de menor gravidade;
2. Maior rigor na punição dos crimes mais graves;
3. Mais severa repressão à criminalidade organizada;
4. Adaptação da legislação às mudanças ocorridas no meio social;
5. Adaptação da legislação pátria aos acordos internacionais firmados pelo Brasil.

Com a Constituição de 1988 procurou o constituinte estabelecer uma série de garantias no tocante ao direito de liberdade, estabelecendo princípios, bens jurídicos penalmente relevantes e campo de incidência do direito penal, bem como estabeleceu a Dignidade da pessoa humana no art. 1º inciso III e o Devido Processo Legal art. 5º, como princípios regentes dentro da elaboração e aplicação do Direito Penal.

Tido como a mais importante previsão da Constituição de 1988, o artigo 1º caput traçou o perfil político-constitucional do Brasil, estabelecendo ser ele um Estado Democrático de Direito, decorrendo desse Estado Democrático todos os princípios fundamentais do Estado Brasileiro. “Do Estado Democrático de Direito, parte o principio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal” (CAPEZ, 2009, p. 07).

Por consequência todo Direito Penal ou Processual Penal que for contrário ou que viole os princípios regentes da dignidade humana ou o devido processo legal, que segundo (NUCCI, 2012, p. 44), são, “[...] dois princípios governantes para que se obtenha a efetividade das propostas do Estado Democrático de Direito” será tido como inconstitucional, critério que deve ser apreciado também, quando da aplicação de ambos direitos frente ao caso concreto, no momento de se fazer a adequação típica ou o devido processo legal, isto desde o início da apuração do fato tido como criminoso.

Em respeito à dignidade da pessoa humana, o legislador deverá estar atento quando da elaboração da norma de Direito Penal, na seleção dentre os vários comportamentos humanos, aqueles que possuam lesividade social

relevante, “aqueles que colocam em perigo valores fundamentais da sociedade” (CAPEZ, 2009, p. 08).

### 3. BEM JURÍDICO PENAL

O Direito Penal tem por escopo principal a proteção dos bens jurídicos mais importantes contra as formas mais graves de agressão, cuja finalidade é garantir a subsistência da sociedade.

Somente os bens jurídicos constitucionais devem ser objeto de atenção do legislador penal (REGIS, 1997, p. 21).

Na lição de Kelsen, (1999, p. 215): “[...] uma norma que representa o fundamento de validade de uma norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior”... “[...] uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental”. “A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum” (KELSEN, 1999, p. 217).

O Direito Penal não é diferente, pois é a Constituição Federal que lhes dá validade e força legal para impor restrições aos direitos de liberdade das pessoas.

Dentro dessa ótica de norma fundamental, pode-se dizer que o Bem Jurídico Penal é extraído do próprio texto Constitucional, pois é este em especial que será garantido pela norma “*in concreto*” no seio social.

A Constituição é a fonte principal dos bens passíveis de criminalização, além de conter princípios relevantíssimos que modelam a vida em sociedade, constituindo em sua maioria, cláusulas pétreas, como base do sistema constitucional, não podendo ser objeto de mudança dentro daquela ordem constitucional, sendo verdadeiros limites ao legislador ordinário ao disciplinar em norma penal aquele bem jurídico.

Ao incriminar uma conduta o legislador infraconstitucional há de ter por fonte principal os bens constitucionais, que são base e estrutura jurídica da comunidade. Se houver de criminalizar bens não previstos constitucionalmente, só poderá fazê-lo com respeito aos princípios básicos previstos na Constituição, como por exemplo, respeito ao princípio da dignidade humana, constante do artigo 1º inciso III, da Constituição Federal.

É na Constituição que o legislador criminalizador há de encontrar os bens que lhe cabe proteger e em sendo bens não constitucionais, deverá fazê-lo com respeito aos princípios constitucionais. “As constituições, portanto, são para as criminalizações sua base e seu limite” (LUISE, 2003, p. 175).

A seleção dos bens constitucionais visando a criminalização dá-se pelo “[...] princípio da *ultima ratio*, que partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessário a intervenção penal” (LUISE, 2003, p. 175).

A proteção penal se faz pela criminalização de bens jurídicos constitucionais não só diretamente, mas até mesmo condutas preparatórias da

proteção dos bens jurídicos, como por exemplo, o crime de associação criminosa artigo 288, ou constituição de milícia privada do artigo 288-A, ambos do Código Penal.

A renovação ou inovação das fontes punitivas do Estado se concretizam com base na Constituição com a busca de bens a serem tutelados, criminalizando-os nos limites impostos pela constituição, tem o sentido de que se fará um direito punitivo que tem a dignidade da pessoa humana como sua base fundamental, verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito.

Aponta-se em relação exemplificativa Bens Jurídicos Constitucionais com reflexos na esfera do Direito Penal os seguintes:

### **3.1. Inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e propriedade: art. 5º CF.**

- Direito à vida: a proteção do direito à vida está inserida no Código Penal, no Capítulo I do Título I, dentro dos crimes contra a pessoa, no qual em sentido amplo também se insere a proteção da integridade física com o título das lesões corporais, periclitamento da vida e da saúde, rixa, e dos crimes contra a honra.
- Direito à liberdade: previsto no Capítulo VI do Código Penal dentro do título reservado aos crimes contra a pessoa, abrange os crimes contra a liberdade pessoal, inviolabilidade de domicílio, inviolabilidade da correspondência, inviolabilidade de segredos, além da proteção da dignidade sexual.
- Direito à igualdade: a lei de preconceito de raça e de cor - Lei nº 7.716/89 pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

A Lei 12.288/10 Instituiu o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. O estatuto é destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Através da Lei 10.098/2000, estabeleceram-se normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

- Direito à segurança: além da previsão constitucional de órgãos que dê efetividade à segurança do cidadão, (art.142 CF) como as forças armadas, constituídas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade do Presidente da República, destinada à defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem e ainda, no (art. 144

CF) os órgãos que cuidam da segurança pública, com a incumbência da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, as Leis Penais, Penais Especiais e Contravencionais, dão ou pelo menos deveriam dar ao cidadão, garantias de convivência social pacífica.

- Direito à propriedade: sob a rubrica dos crimes contra o patrimônio, o Código Penal, no título II torna infração criminal o furto, roubo e extorsão, usurpação, dano, apropriação indébita, estelionato e receptação, bem como no título III estabelece os crimes contra a propriedade imaterial, resguardando aí a propriedade intelectual, o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio, concorrência desleal e a organização do trabalho.

### **3.2. Moralidade da administração pública pela obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência art. 37 CF.**

A moralidade da administração pública recebe proteção no título XI do Código Penal, quando cuida dos crimes contra a administração pública, nos casos dos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública, pelo particular contra a administração em geral, por particular contra a administração pública estrangeira, contra a administração da justiça e contra as finanças públicas.

A Lei 1.079/50 Define os crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados do DF e territórios e regula o respectivo processo de julgamento.

Por meio da Lei 8.429/92 (improbidade administrativa) estabeleceram-se sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional

A Lei Nº 8.666/93 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

### **3.3. Meio ambiente art. 225 CF.**

A Lei Nº 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

A lei Nº 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A Lei Nº 12.651/12 (Código Ambiental) dispõe sobre a proteção da vegetação nativa.

### **3.4. Direitos Difusos e Coletivos art. 5º LXXIII, 129, III CF.**

Como atribuição constitucional do Ministério Público tem este, além de outras, proteger o consumidor e outros interesses difusos ou coletivos. A proteção do consumidor é objeto de destaque nos dispositivos constitucionais dos art. 150, § 5.º, e art. 170, V CF, bem como a Lei Nº. 8.078/90 que dispõe sobre a proteção do consumidor e que estabelece normas de proteção e defesa

do consumidor, da ordem pública e interesse social, nos termos dos art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

### **3.5. Proteção à Família, à Criança, do Adolescente, da Juventude e do Idoso, (art. 226 a 230 CF)**

#### **Proteção à família**

A proteção à família recebeu atenção do legislador no título VII do Código Penal ao tratar dos crimes contra a família, dando proteção ao casamento, ao estado de filiação, a assistência familiar, o pátrio poder, tutela e curatela.

A Lei Nº 9.278/96 regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Ficando reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

#### **Proteção à criança e ao adolescente**

Lei 8.069/90 Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

#### **Proteção da juventude**

A Lei 12.852/13 institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE.

#### **Proteção ao idoso**

A Lei 10.741/2003 dispõe sobre o Estatuto do Idoso destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

### **3.6 do Estado e das instituições, (estado de defesa art. 136, e estado de sitio, Defesa art. 137 CF).**

Além das normas expressas na própria Constituição Federal, a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7170/83) efetivam as medidas penais contra aqueles que agem contra o Estado ou as Instituições Democráticas.

## **4. QUANTO À NORMA PENAL**

### **4.1. Rigor penal**

Maior rigor para as infrações de maior gravidade, (art. 5º XLII, XLIII e

XLIV CF);

Art. 5º XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão;

Art. 5º XLIII – a lei considerará crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem;

Art. 5º XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

## **4.2. Moderação penal**

Moderação para as infrações menos graves, (art. 98, I CF).

Art. 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitido nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

## **5 QUANTO AO TIPO PENAL**

### **5.1 Legalidade (reserva legal): (art. 5º XXXIX, 1ª parte CF)**

Trata quanto às fontes das normas penais incriminadoras, cuja origem para a descrição da conduta delituosa e a conseqüente aplicação da reprimenda se encontra no texto da Constituição do Brasil, que estabelece o princípio da reserva legal e o da anterioridade da lei penal: “Artigo 5º, inciso XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tal dispositivo tido como princípio da legalidade dos delitos e das penas ou da reserva legal ou da intervenção legalizada (PRADO, 2000, p. 77), previsto na Constituição Federal e reproduzido no Artigo 1º do Código Penal Brasileiro, tem por escopo limitar o poder do Estado em matéria penal, garantindo-se o postulado do Estado de Direito Democrático, pois sua vontade há que se submeter à existência de lei prévia, que descreva conduta típica e lhe estipule a pena, e que já esteja em vigor na data da prática do fato, como forma de garantia política dos cidadãos para que tenham uma vida segura em comunidade, livres de arbitrariedades do poder estatal, sem ameaças ao seu direito de liberdade, podendo só ser punido quando vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis, protegendo em especial a dignidade humana.

Sua origem remonta à Magna Carta Inglesa de 1215 do rei João Sem Terra, que previa em seu artigo 39 de que “[...] nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da terra” (MIRABETE; FABBRINI, 2013 p. 39).

Também foi introduzido com a Revolução Francesa na Declaração de

Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789, que previa: “Art. 8.º - A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (MIRABETE; FABBRINI, 2013 p. 39). Tal dispositivo foi também reproduzido na Constituição francesa de 1791.

No Brasil, fez parte de todas as Constituições na seguinte disposição: 1824 art. 179, § 11; 1891 art. 72, § 15; 1934 art. 113, § 26; 1937 art. 122; 1946 art. 141, § 27; 1967 art. 153, § 16; e 1988 art. 5º, XXXIX.

Para que uma conduta possa ser tida como criminosa deverá haver uma perfeita assimetria entre fato praticado e a previsão da lei penal, cuja descrição se encontra na lei por meio dos chamados tipos penais, que é uma descrição pormenorizada do delito.

Sendo a reserva de lei determinada pela Constituição Federal, norma absoluta, “[...] somente a lei, na sua concepção formal e escrita, emanada e aprovada pelo Poder Legislativo, por meio de procedimento adequado, pode criar tipos e impor penas” (CAPEZ, 2009, p. 41). Não pode ser aplicado em matéria penal o disposto no Art. 62 da Constituição Federal que trata da medida provisória, que tem sua origem no Poder Executivo, que não tem legitimidade popular para a edição de leis, também cabe ressaltar que pelo próprio texto constitucional, art. 62, § 3º, tal figura não é lei, apenas tem “força de lei”, podendo perder a eficácia, desde que a edição, se não for convertida em lei no prazo de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Quanto se fala em matéria penal a reserva da matéria através de lei é absoluta, reforçada pela Constituição Federal:

Art. 62 Em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º: É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a)...

b) **direito penal**, processo **penal** e processo civil; (Grifos nossos).

Também não pode ser objeto de matéria penal, as leis delegadas, ou seja, àquelas que são elaboradas pelo Presidente da República, mediante prévia solicitação ao Congresso Nacional, em face da vedação Constitucional que proíbe a delegação de matéria relativa aos direitos individuais, incluindo-se aí os atingidos pela legislação penal.

Art. 68: As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência

privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem legislar sobre:

I -...

II - nacionalidade, cidadania, **direitos individuais**, políticos e eleitoral. (Grifos nossos)

Diante do raciocínio de que o princípio da reserva legal é um imperativo constitucional, que em matéria de direito penal vincula a existência de prévia lei descrevendo a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, com relação ao fato social que se quer incriminar, (CF art. 5º, XXXIX: princípio da legalidade ou da reserva legal) não há que se falar na aplicação da analogia dita esta, *in malam partem*, que se aplicada ampliaria o rol das infrações penais, sendo possível, no entanto a analogia chamada *in bonam partem*, ou seja, que possa beneficiar o réu, favorecendo o seu direito de liberdade.

Por se constituir a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito e tendo como fundamento dentre eles a dignidade humana (art. 1º, III - CF), não pode o legislador criar tipos penais que afrontem a dignidade das pessoas, sendo necessário que se “[...] busque justificativa na legitimidade da norma legal” (CAPEZ, 2009, p. 46).

### **Taxatividade**

Exigência de que especialmente as leis penais incriminadoras, sejam claras, e o mais possível, certas e precisas.

Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos (LUISE, 2003, p. 24).

Ao legislador cabe ser qualificado e ter competência, além do uso de técnicas e linguagem corretas na elaboração da lei penal, facilitando ao destinatário a correta compreensão do seu texto.

A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com certeza necessária à esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei (LUISE, 2003, p. 25).

### **Irretroatividade e retroatividade da lei penal benéfica**

A irretroatividade é representada pela necessidade de que as leis penais sejam atuais, impondo que a mesma, só alcance os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre fatos anteriores.

Restrita à norma penal, vez que não cabe sua aplicação no Direito Processual Penal, vem esculpida no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, que dispõe: “[...] a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Deve-se aplicar “[...] a lei vigente no momento da prática do fato punível” (PRADO,



2000, p. 104).

O dispositivo constitucional estabelece uma garantia quanto à irretroatividade de lei penal que possa causar algum prejuízo ao cidadão, bem como garante a possibilidade de sua aplicação se dela advir algum benefício ao membro da comunidade, sendo esta possibilidade causa de exceção, garantido-se segurança jurídica.

O normativo constitucional é encampado pelo Código Penal, na figura do *abolitio criminis* em seu art. 2º: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”, bem como o estabelecido em seu Parágrafo Único: “[...] a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decidido por sentença condenatória transitada em julgado”, bem como, funciona como causa de extinção da punibilidade pela aplicação do art. 107, inciso III do Código Penal: “[...] pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”.

“O principio da não-retroatividade, com base não só em razões humanitárias (*humanitatis causa*), de liberdade (*favor libertatis*), de justiça, de equidade ou de legalidade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária” (PRADO, 2000, p. 105).

A lei nova mais favorável possui extra-atividade, sendo retroativa quando posterior, e, ultrativa quando anterior, não havendo extra-atividade das leis penais que possam de alguma forma acarretar prejuízo.

A avaliação do benefício da lei nova se dá diante o caso concreto, em face da situação judicial que o réu se encontre no momento da aplicação do direito pelo Estado juiz.

## 5.2 Insignificância ou bagatela

A bagatela tem origem no Direito Romano e é de cunho civilista, introduzida no sistema penal por Claus Roxin, e relacionada com o axioma *minimis non curat praetor*, que se caracteriza pela manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devendo ser tidas como atípicas as ações ou omissões que não afetam de forma relevante a um bem jurídico penal.

Deve se buscar reduzir a incidência do direito penal dentro da política criminal moderna, devendo o fato insignificante penal receber tratamento adequado na esfera civil, administrativo, fiscal, etc. Cabe ao Estado só intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.

A lei penal não cabe preocupar-se com infrações de pouca monta, insuscetível de causar o mais ínfimo dano à coletividade.

São distintos os delitos insignificantes ou de bagatela com os crimes de menor potencial ofensivo, definidos pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/95, que se submetem aos Juizados Especiais Criminais, cuja gravidade do delito não se confunde com insignificância, já que naquele possui significância perceptível

pela sociedade.

A incidência de tal princípio só é aferível diante o caso concreto pelo julgador. Pode se citar como exemplo o caso do furto, que por si só não caracteriza bagatela, porém o furto de um chiclete pode ser insignificante, considerando o valor do bem em si mesmo.

### 5.3 Culpabilidade

Postulado de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. (Prado, 2000, p. 81).

Dentro do Estado de Direito democrático funciona como um delimitador da ação punitiva do Estado entende-se estar contido de forma implícita na Constituição Federal nos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana, 4º, II (prevalência dos direitos humanos), 5º “Caput” (inviolabilidade do direito de liberdade).

### 5.4 Intervenção mínima e da fragmentariedade

Possui sua origem na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 8º estipulou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias.

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. (PRADO 2000, p. 82) Deve funcionar como *ultima ratio* e de preferência só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia (PRADO, 2000, p. 84).

Nesse sentido e considerando o caráter fragmentário do Direito como um todo, são comuns ocasiões em que mesmo os outros ramos do ordenamento jurídico, que não contém toda a carga sancionatória do Direito Penal, se furtam a atuar, frente ao exíguo dano aos bens jurídicos tutelados. Nestes casos, a atuação estatal, além dos já citados problemas, incorreria em grave ofensa ao princípio da eficiência (Constituição Federal, art. 37, *caput*) já que o dispêndio de recursos materiais e humanos seria claramente desproporcional ao ganho que se poderia obter. Junte-se a isso o exíguo número de procuradores federais e estaduais, juízes e promotores existentes que devem dar cabo a inumeráveis processos e se verá que o caso não é só de coerência jurídica, mas também de compreender, realisticamente, as necessidades e as limitações da *práxis* estatal.

## CONCLUSÃO

Dentro daquilo que quer a Constituição Federal de construir de fato um Estado de Direito Democrático, é importante que seu sistema jurídico esteja devidamente alinhado com os princípios estabelecidos por ela, especialmente o Direito Penal, intimamente ligado ao princípio maior estatuído pelo seu art. 5º que é de um lado garantir a segurança e a convivência pacífica dos cidadãos na

sociedade e restringir os direitos de liberdade, nos exatos limites por ela estabelecidos, cujo ícone principal é a dignidade da pessoa humana.

Num primeiro plano é a Constituição que estabelece quais são os bens jurídicos que devem carecer atenção do legislador, pois entende ela que esses bens escolhidos por ela são fundamentais para a manutenção da vida em comunidade, só que também vincula o legislador a observância de determinados princípios, que não observados levaram a invalidade da norma protetiva defeituosa.

Nesse patamar de restrições estabelecido pelos princípios constitucionais é que se norteia a legislação limitadora dos direitos de liberdade do povo brasileiro, cuja fonte principal do legislador é a Constituição Federal quando da elaboração da norma infraconstitucional, sendo ela fonte de referência para o julgador no momento de aplicar a medida restritiva do direito de liberdade.

É claro o avanço pelo qual passou o país do seu descobrimento até os dias atuais, no que diz respeito à elaboração do Direito Penal, avançamos da pena de morte e do açoite públicos para a norma que garanta o direito a vida e a integridade física do preso, só não obtendo mais avanços na área penal pelos resquícios existentes na fase de fiscalização da observância pelo cidadão da norma penal, em especial aquela chamada de repressão imediata ou mesmo no momento da apuração da infração penal.

Por fim a letra da Constituição com seus princípios e das Leis Penais são muito promissoras no sentido de que haja definitivamente um avanço na sua efetivação, pois só assim poderemos obter a tão sonhada tranquilidade, salubridade e segurança pública, requisitos essenciais para a vida em sociedade e em especial pela manutenção da vida humana no planeta terra.

## **Bibliografia**

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.
- CAPEZ, F. *Curso de direito penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- CRETELLA, J.J. e CRETELLA, A. *Dos delitos e das penas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo - *Encyclopaedia Britannica do Brasil*, 1995. v. 6, São Paulo: Editora Melhoramentos, 1994.
- JESUS, D.E. de. *Direito penal*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LUISE, L. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MAZZILLI, H.N. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MIRABETE, J.F.; FABBRINI, N.R. *Manual de direito penal*. 29 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.
- NORONHA, E.M. *Direito penal*. vols. 2 e 3, São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, G. de S. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PIRANGELI, J.H. *Códigos penais do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, L.R. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, L.R. *Curso de direito penal brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VIEIRA, H. *Formação histórica da Polícia de São Paulo*. São Paulo: Serviço Gráfico da Secretaria da Segurança Pública, 1965.

ZAFARONI, E.R.; PIRANGELI, J.H. *Manual de direito penal brasileiro*. 7 ed. v. 1, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

## ***O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA COMO MEIO DE CONTROLE SOCIAL***

João Augusto Arfeli Panucci<sup>126</sup>

### **Resumo:**

Este trabalho científico abordará o Direito Penal visto sob um viés emergencial, através do qual a criação de normas exsurge de casos de violência concretos que abalam o seio social nacional. Fixadas estas premissas preliminares, passar-se-á análise da criminologia e a historicidade de seu estudo, e por conseguinte a mudança em seu objeto central de estudo. Ainda, analisar-se-á a criação legislativa de modo articulado. Verificar-se-á que as leis surgem única e exclusivamente para reprimir a conduta criminosa; o legislador, em sua atividade precípua, não leva em conta as razões pelas quais o criminoso pratica a conduta desvalorada pelo Direito e pela Sociedade, fator que, em sua raiz, não previne delitos. Por fim, será analisada o Direito Penal como forma de controle social, e tido, verdadeiramente, como instrumento hábil a alcançar os fins pretendidos pela ciência criminal assim como pela criminologia.

### **INTRODUÇÃO**

Talvez não haja, no mundo jurídico, ciências tão intimamente interligadas como o Direito Penal e a Criminologia. Não é atoa que, remontando aos primórdios, a segunda se encontrava inserida dentro da primeira, perfazendo uma única disciplina.

A evolução do pensamento jurídico fez com que a Criminologia se destacasse do Direito Penal, tendo em vista seu método de estudo, objetos e finalidade diversa. No entanto, em que pese a separação, tornando-se a Criminologia uma ciência autônoma, em certos aspectos se faz inegável a correlação entre ambas.

Não podemos negar que a Criminologia exerce importante participação na formação do ordenamento jurídico penal, ou pelo menos deveria exercer, visto que seus estudos vão desde os aspectos que influenciam o agente a praticar um ato criminoso, passando pelos índices de criminalidade, chegando até as formas de prevenção delitiva.

Ocorre que, atualmente, nem sempre é feito o necessário estudo racional, pautado em dados comprovados cientificamente e pretendendo a real solução do problema social, antes da elaboração de uma nova legislação penal.

Vivemos em uma época de gigantesco acesso fácil e rápido a informação. Não se faz mais necessário que a sociedade vá em busca de notícias. Estas, pelos vários meios de comunicação e relacionamento hoje existentes, vem até o cidadão. O caminho se inverteu.

Neste contexto, percebe-se que um ramo que geralmente chama a atenção de grande parcela da população são as notícias criminais, as quais geralmente estampam crimes violentos e/ou revoltantes, que acabam por ser

---

<sup>126</sup>Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP, Especialização em andamento em Direito Penal e Processo Penal pela mesma instituição. Advogado Coordenador da Área Criminal do Escritório de Assuntos Jurídicos da mesma instituição. Professor Assistente.

assunto das conversas diárias da população.

Em decorrência desta presença constante e demasiada da criminalidade no dia a dia dos cidadãos, têm-se o sentimento lógico de revolta para com a segurança pública, existindo um clamor social contundente no sentido de que as autoridades públicas ajam em combate aos criminosos.

Fronte este clamor público, conjugado com a falta de preparo intelectual de diversos legisladores e, obviamente, interesses políticos, temos a criação desenfreada de leis penais e processuais penais que, na teoria, ingressam em nosso ordenamento a fim de repreender e endurecer o tratamento relativo aos criminosos. Porém, em seu plano prático se demonstram fracas, ineficazes e, porque não, de certa forma inúteis quanto a solução do problema social que é a criminalidade.

O presente trabalho traz como foco o direito penal exercido em caráter de emergência, o qual traduz uma forma de legislar que se torna cada vez mais frequente em nosso país, visando analisar a eficácia deste como meio de controle social.

Busca-se compreender se, diante da exigência e revolta social, o Direito Penal é a melhor solução para combate da criminalidade, bem como se a forma como vem sendo desenvolvido é a correta e atende os anseios sociais.

Quando se trata de criação e desenvolvimento da legislação criminal, importante observar, ainda, se as normas previstas estão de acordo com os ditames teóricos da ciência penal, visto que há regras e princípios seculares a serem observados e respeitados.

Iremos relacionar a atual condução legislativa com o controle social e a prevenção delitiva, respectivamente objeto de estudo e principal finalidade da Criminologia, a qual, conforme inicialmente antecipado, é ciência de indispensável observação quando da elaboração da legislação penal e das políticas criminais estatais.

Então, para o deslinde e dissecação dos problemas sociais aqui propostos, utilizaremos os métodos dedutivo e hipotético dedutivo.

## **1 CONTROLE SOCIAL**

Durante a época da chamada Criminologia Tradicional, a qual perdurou pelo século XVII e XVIII, tinha-se como preocupação tão somente as figuras do crime e do criminoso, onde se discutia a etiologia criminal e as formas de punição ao agente desvirtuado.

Diante de sua evolução, inegável que o estudo criminológico acabasse por envolver outros objetos, motivo pelo qual no ramo da Criminologia Moderna, além dos fatores supracitados, temos, ainda, matérias atinentes a vítima e ao controle social.

Segundo Molina (Criminologia. 1992. p.74):

O controle social é entendido, assim, como o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo

aos modelos e normas comunitários.

Partindo da ideia transcrita acima, resumidamente, o controle social nada mais é que estudo e aplicação prática de políticas que visam moldar o caráter do indivíduo, com o intuito de que este se submeta e respeite os ditames e normas da sociedade.

Como se vê, a Criminologia, buscando sua finalidade preventiva, preocupa-se com a formação do indivíduo, desde seus primeiros anos de idade, posto que o cidadão devidamente socializado, portador dos bons costumes sociais, tem grande probabilidade de se submeter às normas estatais, não se desvirtuando para o caminho criminoso.

Insta salientar que este primeiro trabalho de controle social é realizado pelos chamados agentes informais, quais sejam a família, religião, escola, etc.

Neste tocante temos a primeira diferença de tratamento para com o Direito Penal. Este, por sua vez, não se preocupa (e nem poderia) com a formação social do agente, visto que seu caráter repreensivo o faz atuar tão somente quando o indivíduo já se encontra corrompido, sendo praticante de um delito.

Por óbvio, a Criminologia não esgota seu estudo na ideia supracitada. Afinal, se ali terminasse o pensamento, poderíamos concluir que o agente que se desvirtua, aos olhos criminológicos, não mais teria chances de retornar ao convívio social pacífico. Isto é, uma vez criminoso, sempre seria criminoso.

Como a afirmação acima não se reveste de veracidade, a Criminologia moderna exerce controle social mesmo posteriormente a desvirtuação do indivíduo.

Tendo a formação do caráter sido falha, o controle social continua a incidir sobre o agente criminoso, por meio de agentes formais (Polícia, Poder Judiciário, sistema carcerário, etc.), os quais possuem - ou ao menos deveriam - a tarefa de "curar" o indivíduo que praticou o delito. Aqui, têm-se a clara ideia de ressocialização.

Podemos, portanto, perceber que o controle social a luz do estudo criminológico atua em dois planos: o primeiro busca conscientizar a sociedade de que se faz necessário desprender severa atenção na formação de seus novos cidadãos, desde os seus primeiros ano de vida. O segundo, por sua feita, passa a atuar quando o processo de socialização foi falho, culminando em prática delitativa por parte do agente, pretendendo não somente repreendê-lo, mas principalmente recolocá-lo no caminho socialmente aceito.

Neste segundo plano, clarividente que Direito Penal e Criminologia atuam em conjunto, posto que, teoricamente, o primeiro também se preocupa com a ressocialização do agente, sendo este um dos fundamentos da pena a ser aplicada.

Ocorre que a atual atuação do Direito Penal nos faz indagar se seu caráter repreensivo tem sido realmente eficaz como modo de controle social.

Não podemos esquecer que o Direito Penal deve se preocupar não somente com a retribuição pelo delito praticado, mas principalmente com o caráter preventivo, atuando de modo a conscientizar a população e evitar que

novos crimes ocorram. Não basta punir um agente, se outros milhares continuam a praticar o mesmo ato.

O fato de o Direito Penal se voltar apenas a repreender e punir somente prejudica a ele próprio, uma vez que da forma que vem sendo construída a legislação penal, esta repreensão não é eficaz, logo, os números de pessoas que praticam infrações delitivas e se tornam alvo das leis penais aumenta a cada dia.

Isto é, a partir do momento que não se atua de outras formas, bem como não se cria políticas válidas, o Direito Penal recebe cada vez mais indivíduos em seu seio, quando, na verdade, o interessante seria se conseguíssemos diminuir gradativamente estes índices.

## **2 DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E HIPERTROFIA LEGISLATIVA**

O estudo criminológico, acerca do aspecto da etiologia criminal, nos traz a visão de que o agente sofre influência de fatores de diversas naturezas que o levam a prática de um delito. Isto é, o fator desencadeante de um comportamento criminoso pode eivar de um aspecto biológico, sociológico, psicológico, entre outros, inclusive com a presença de vários fatores, de naturezas diferentes que incidem sobre o mesmo indivíduo.

Dentre estes fatores influentes, temos vários que se relacionam com atividades estatais deficientes, como por exemplo o nível de escolaridade baixa, a falta de emprego lícito, necessidade de subsídios mínimos para manutenção familiar, etc.

Neste contexto, de fácil percepção o fato de que a má atuação estatal relativa a prestação de serviços públicos de qualidade contribui significativamente para o aumento do comportamento criminoso de sua população.

Com o aumento da criminalidade, nasce para o Estado a obrigação de combate a mesma, visando o bem estar da população, bem como sua convivência pacífica.

Ocorre que, atualmente, a política de combate à criminalidade aplicada pelo Estado se faz deveras ineficaz, ao ponto que não são observadas as causas do problema social, havendo ação pública tão somente em relação a consequência problemática.

Melhor dizendo, o Estado, quando da ação em face da criminalidade, não estuda e atua relativamente as causas que impulsionam a criminalidade, se importando unicamente com a repressão daquele que já praticou o delito.

Diz-se ineficaz pelo fato de que, a partir do momento que se atua unicamente frente a consequência (prática do crime), as causas (fatores desencadeantes da criminalidade) continuam presentes no seio social, “formando” vários outros agentes que iniciam sua atuação criminoso.

Valendo-nos de uma metáfora, não basta que sejam apreendidos vários produtos ilegais, enquanto a empresa aumenta cada dia sua produção de outros produtos ilicitamente idênticos.

Deve se atuar de modo que não somente os agentes sejam



ressocializados, mas principalmente com o intuito de que aqueles que nunca cometeram delitos não vejam o caminho do crime como algo plausível e benéfico, que irá atender suas necessidades e pode ser seu estilo de vida.

Percebendo o contexto de elevados índices criminais, bem como sendo previsível o aumento do colapso social, a população exige atitudes governamentais que combatam a criminalidade, repreendam aqueles que praticam crimes e, conseqüentemente, reestabeleça a paz social necessária.

Quando desta cobrança social, ao que podemos facilmente vislumbrar nos dias de hoje, a política estatal aplicada vem se valendo quase que unicamente do Direito Penal para tentar solucionar o problema.

Para o Estado, se faz conveniente a criminalização e repreensão de forma mais gravosa dos atos ilícitos, valendo-se do Direito Penal como instrumento, por diversos motivos.

O primeiro deles é que se faz muito mais rápido, fácil e barato a criação de uma lei penal que criminalize uma conduta ou que torne mais gravoso um tratamento já existente do que a criação de políticas sociais que atuem na ideal formação do agente, investindo em educação, saúde, trabalho, entre outros, que gerariam maior igualdade social e desnecessidade de busca criminal como meio de sobrevivência.

O segundo e principal motivo se faz em relação a própria população.

Quando se vislumbra um investimento nos âmbitos sociais supracitados, a maioria da população não consegue relacioná-lo com o combate a criminalidade.

Exemplificando: quando se tem notícia de atuação relativa a educação, a sociedade não percebe que este fato gera, com o passar do tempo, uma diminuição da prática criminosas, posto que o fator preventivo não resta evidente.

No entanto, quando se anuncia uma nova lei penal, um aumento de pena, um regime carcerário mais incisivo, notório que se cria um sentimento de afago nos cidadãos, vez que a primeira ideia que surge é de que o combate em face dos criminosos está aumentando.

Posto isto, cumulado com a evidente percepção de que o exercício legislativo existente hoje no Brasil se faz com base em interesses políticos e não em respeito aos interesses sociais, surge o Direito Penal como a principal alternativa - mas não a melhor - de combate a criminalidade e de controle social.

Partindo das premissas expostas, principalmente em relação ao aumento desenfreado da criminalidade e clamor público intenso pelo combate a mesma, verifica-se que o Direito Penal vem sendo utilizado como instrumento de combate ao crime mediante seu aspecto emergencial.

Conforme ensinou Miguel Reale (1997) através da teoria tridimensional do direito, o ordenamento jurídico deve ser confeccionado diante de um estudo minucioso da sociedade, pois somente assim a legislação atenderia a seus anseios.

O autor supracitado estabeleceu a relação entre fato, valor e norma, os quais deveriam nortear a atividade legislativa.

Deveriam ser analisados fatos sociais relevantes, em segundo plano identificados o valor social que o fato representava, para, por fim, criar-se uma legislação a fim de se proteger referido valor.

Trazendo esta ideia para o âmbito penal, temos que o Estado deve perceber fatos relativamente importantes, os quais afetam e violam valores (bens jurídicos), devendo a legislação (norma) tutela-los, tipificando condutas que atentem sobre os mesmos.

Ocorre que atualmente as necessidades sociais não permitem que o legislador tenha todo este tempo de reflexão essencial para a criação de uma lei. A população quer respostas imediatas, pois não mais suporta viver a mercê de criminosos, levando sua rotina diária eivada de medo e apreensão.

Nesta feita, o legislador, em sua maioria despreparado e atuando por motivos políticos, acaba por criar legislações por emergência, sem o devido estudo necessário.

Exemplificando: quando da notícia de um delito grave, o que é corriqueiro em nosso dia a dia, a população se revolta e exige uma resposta estatal. O Estado, por sua vez, não se preocupa em analisar friamente o fato, a fim de se elucidar quais são suas verdadeiras causas, postando-se imediatamente em criar uma lei penal de combate ou maior repreensão.

Este é o Direito Penal de emergência que vem sendo utilizado em nosso país, o qual orienta uma legislação de urgência, criada em relação a fatos específicos, sem qualquer estudo sociológico, se preocupando somente com a repreensão e não se importando com a prevenção delitiva.

Por óbvio, a criação legislativa sem a devida reflexão anterior causa diversos problemas, entre eles múltiplas incongruências entre as legislações e, principalmente, a criação desenfreada de novas leis, o que aqui chamamos de hipertrofia legislativa.

As incongruências presentes em nosso ordenamento criminal são inúmeras, sendo que quase todas são resultado de uma atuação estatal despreparada, na qual não se pensa no ordenamento jurídico como um todo, o qual deve ser compatível e lógico.

Pelo contrário, o legislador ao discorrer uma nova lei não vislumbra as várias consequências de sua aplicação, muito menos realiza um estudo acerca de sua compatibilidade com as demais leis já vigentes. Apenas cria um novo texto e o coloca a prova, como se este fosse algo autônomo, que não cria reflexo em outras áreas.

Acerca destas incongruências, Alexandre Rocha A. de Moraes traz diversos exemplos, os quais passamos a citar alguns (Direito Penal do Inimigo. 2011. p. 63):

No caso brasileiro, essa irracionalidade legislativa é claramente exemplificada: (...)

A Lei 9.455/97 (Tortura), que permitiu a progressão de regime nos crimes que elenca, mesmo sendo tipificados como hediondos na Lei 8.072/90; a Lei 9.677/98 (Lei dos Remédios) que pune a adulteração e falsificação de

cosméticos, com a mesma intensidade aplicada aos remédios propriamente ditos; a Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) que, em relação à data de vigência, permitiu a formação de quatro correntes jurisprudenciais e que, no tocante a algumas figuras típicas, veda a concessão de liberdade provisória, sem impor, por coerência lógica, um possível regime integral fechado; (...) Impropriedades do Código de Transito brasileiro, como a hipótese de lesão corporal culposa na condução de veículos automotores com penas em abstrato completamente incongruentes e desproporcionais à lesão corporal culposa prevista no Código Penal; a injúria manifestada com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem punida com pena de reclusão e equivalente à pena de detenção do crime de homicídio culposos previsto no Código Penal; etc.

Com um estudo superficial conseguimos facilmente detectar diversas incompatibilidades existentes em nosso ordenamento criminal, as quais comprovam a dicção de Nelson Hungria que a décadas atrás já dizia que havia um costume brasileiro em “legislar por legislar”.

Estas incongruências se tornam ainda mais frequentes diante da criação descomedida de novas leis, ao passo que a chance de se errar em um texto legal se torna maior a partir do momento que se legisla a todo momento, em caráter emergencial.

Além disto, há de se falar que a utilização do Direito Penal como maior instrumento de coerção estatal acaba deixando de lado toda a construção teórica que envolve essa ciência.

Quando se tem criação de normas jurídicas por legisladores despreparados, acaba-se fugindo dos aspectos científicos que norteiam a ciência penal. Prova disto são leis que desrespeitam os princípios criminais, como o da fragmentariedade e *ultima ratio*, tipificações de condutas meramente imorais, criação de penas desproporcionais e sem capacidade atingir seus objetivos, entre outras deficiências.

Por política criminal irracional, elimina-se e não se respeita todo um trabalho teórico que demorou séculos para ser construindo e desenvolvido.

A fim de elucidar a hipertrofia legislativa, trazemos a baila o número de novas leis criadas nos últimos anos.

No lapso temporal entre o ano de 2000 à 2000 entraram em vigor 6.561 novas leis federais, correspondendo a mais de 600 leis por ano, em média!

O despreparo e a baixa qualidade legislativa restam demonstrados pela quantidade de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal no mesmo período supracitado, a qual atinge o montante de 2.752 Adin's.

Evidente que os números mencionados não dizem respeito a legislação penal em sua totalidade, porém, torna evidente a forma como é conduzida a

formação de nosso ordenamento jurídico como um todo.

Insta salientar que não pretendemos defender a ideia de que não se pode, de maneira alguma, valer-se de uma criação legislativa emergencial. Pelo contrário, clarividente que algumas situações merecem e necessitam de uma intervenção estatal em caráter de urgência.

Entretanto, o que vislumbramos atualmente em nosso país é que referida forma de atuação tem sido a regra, enquanto, na verdade, deveria ser a exceção, o que nos leva a diversos prejuízos.

Não há como se criar uma norma jurídica de qualidade se a mesma parte de uma ideia relativa a um caso concreto (ou alguns poucos) que foi amplamente exposto pela mídia e acabou por demandar reclamações sociais relativas a atuação estatal repreendedora.

Sem uma correta análise fática e valorativa da sociedade, principalmente tendo em vista as causas da criminalidade, e não somente suas consequências, não há como se criar um ordenamento de qualidade, o qual atende corretamente as necessidades sociais. Todavia, este trabalho demanda grande esforço e considerável tempo, não podendo ser elaborado emergencialmente, diante de um simples clamor.

### 3 DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

Como anteriormente demonstrado, a forma como vem sendo conduzida a formação legislativa brasileira não atinge resultados satisfatórios.

No plano teórico, o ordenamento jurídico penal viola diversos dos vários princípios que, em tese, norteiam sua formação e aplicação.

Suscintamente citando, a criação de normas penais a qualquer custo, sendo o Direito Penal o instrumento mais utilizado como forma de controle social, ofende claramente os princípios da *ultima ratio*, intervenção mínima e fragmentariedade.

Ora, nossas primárias lições acerca do Direito Penal aduziam que este somente deveria intervir na sociedade em último caso, nas oportunidades devidamente relevantes, em que outras áreas do Direito (Administrativo, Civil, Tributário, etc.) não pudessem solucionar o conflito.

A partir do momento em que este é aplicado para a maior parcela de casos que necessitam de intervenção estatal, inverte-se os ditames dos princípios supracitados, inclusive dando a oportunidade para que falemos em *prima ratio*.

Além do plano teórico, cabe salientar a crise prática que a hipertrofia legislativa penal nos causa, levando-nos a um ciclo vicioso, senão vejamos:

Com o aumento da criminalidade, a população clama por repreensão estatal. Esta repreensão vem por meio de tipificação de novos crimes e agravamento das normas já existentes. Com a entrada em vigor de novos delitos e agravamento das penas impostas, há um considerável aumento na população carcerária do país. Este aumento causa um colapso em nosso sistema carcerário, por conta de sua superpopulação e déficit de vagas. Com a crise carcerária, o legislador se vê obrigado a criar leis descriminalizadoras (Transação penal,

suspensão condicional do processo e da pena, entre outras). Diante das políticas descriminalizadoras, temos um sentimento de impunidade. Este sentimento faz com que o Direito Penal não tenha eficácia em seu papel preventivo, pois não “coloca medo” em potenciais criminosos. Sem qualquer temor de sofrer as consequências penais, os indivíduos corrompidos continuam ou iniciam sua vida criminosa. O número de crimes aumenta e com ele volta-se ao estágio inicial do ciclo.

Evidente que o Direito Penal como vem sendo exercido em nosso país não se faz eficaz no sentido de instrumento de controle social, posto que não cumpre sua tarefa preventiva em relação a sociedade e também não tem índices satisfatórios de ressocialização daqueles que já praticaram delitos.

Em uma linguagem popular, o que podemos perceber é que nossa legislação criminal vem sendo utilizada como “tapa buracos”, uma vez que se vale deste importante ramo do Direito a todo momento, em busca de solução para problemas de diversas naturezas, tendo como principal norte de sua formação não os princípios que deveriam orientar-lhe, mas sim atender um anseio social como forma de atingir interesses políticos de nossos legisladores.

Nossos legisladores são representantes do povo, eleitos por estes, e, por óbvio, devem atender ao interesse da população. Porém, não se pode atuar de forma acatar todo e qualquer anseio social.

Devem os legisladores se valerem do que chamamos em âmbito judicial de contramajoritarismo.

Referido instituto postula que os magistrados não devem atuar de forma a agradar os pedidos e vontades populares. Deve-se respeitar os ditames legais, aplicando a medida que for justa juridicamente, independe de convergir ou divergir das exigências sociais.

Interessante seria se os congressistas também se postassem pautados em contramajoritarismo, não a fim de fugir dos interesses da população, mas sim se valendo se outros meios para atingi-los, visto que a medida demandada socialmente nem sempre será a corre e mais eficaz.

Não podemos que a evolução e condução de nosso ordenamento jurídico fique a mercê de interesses de partidos e agente políticos, sendo a atuação regida e norteadas por intenções de votos populares.

Nossos representantes devem atender as nossas necessidades e não aos seus interesses.

O que piora mais ainda este cenário é que com a utilização errônea das medidas penais, suja-se a imagem do Direito Penal perante a população, trajando-o de instituto ineficaz.

Infelizmente, o Poder Judiciário e o Direito Penal possuem total descrédito para com a população atualmente, visto que o sentimento presente que resta é o de injustiça e impunidade.

## CONCLUSÕES

Por todo o exposto, podemos perceber que carecemos de uma mudança de comportamento e pensamento em relação as políticas criminais a serem

aplicadas em nosso país.

Devemos aceitar que o Direito Penal não é a única ferramenta, nem deve ser a mais utilizada, para melhoria dos problemas presentes em nossa sociedade. Aliás, resta evidente que este não vem sendo, sequer, utilizado da melhor forma possível.

Importante ter em mente que a formação de um ordenamento jurídico exige um profundo estudo prévio, o qual deve ser desenvolvido sobre diversas ciências e não somente as jurídicas.

De suma importância relatar que o presente trabalho não visa criticar o ordenamento penal como um todo. Pelo contrário, reconhece-se que há diversas leis satisfatórias e excelentes em nosso ordenamento, inclusive de grande avanço legislativo.

Entretanto, de uma forma geral, buscamos expor que deve haver uma melhoria quando da formação de uma lei penal. O legislador deve se valer de uma minuciosa reflexão e estudo dos problemas sociais, inclusive se valendo de outras ciências, como a Criminologia, para, assim, poder criar uma legislação eficaz a solucionar os problemas sociais.

Além da análise de outras ciências, como a supracitada, deve-se ter uma maior observação quanto aos próprios princípios e ditames penalistas, posto que não se pode simplesmente elaborar leis sem qualquer critério, pondo em segundo plano, e as vezes até ofendendo, ideias teóricas que levaram anos para serem elaboradas e desenvolvidas.

A maneira emergencial como vem sendo conduzida a formação legislativa em nosso país não se mostra eficiente quanto ao combate a criminalidade, nem mesmo em relação a prevenção delitiva, causando diversas incongruências legais e criando leis que se tornam obsoletas em pouco tempo.

Como forma de controle social e prevenção delitiva, devemos nos valer de vários outros ramos, criando políticas estatais que colaborem com a devida formação do caráter da sociedade e não somente do Direito, o qual estabelece inúmeras normas e restrições de comportamento.

Somente diminuiremos os índices de criminalidade consideravelmente a partir do momento em que tivermos em mentes os ditames criminológicos, os quais nos demonstram que o combate ao crime e a prevenção delitiva não devem ser tratados somente pelo Direito Penal, mas sim com elevação de diversas outras áreas, como saúde, esporte e, principalmente, educação, entre outras.

A atuação repreensiva irá, e deve, sempre existir. No entanto, no estado brasileiro tarda uma atuação mais eficaz no âmbito preventivo.

Com o aumento rápido dos índices criminais, bem como a prática corriqueira de infrações criminais por indivíduos ainda na adolescência, incontestável que os métodos de combate a criminalidade precisam ser mais eficazes.

Por fim, insta suscitar que resta clarividente que devem haver análises e utilização de métodos de outra natureza, posto que a criminalidade não é de inteira responsabilidade do Direito Penal, podendo ser combatida até mesmo com mais eficácia por outros meios.

## Bibliografia

- ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminología sociopolítica*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2013. 429 p. ISBN 9789505743056
- BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 411 p. (Ciências criminais ; 1) ISBN 978-85-203-3410-2
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 387 p. ISBN 978-85-02-10328-3
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1 ISBN 9788502149076
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 451 p. ISBN 9788502182363
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 415 p. ISBN 978-85-203-3082-1
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 1. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais 1992. 536 p.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. 438 p. (Coleção Pensamento Criminológico ; 16)
- GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudio sobre el delicto y la teoria de la represión*. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005. 346 p. (Memoria criminológica ; 2) ISBN 9974-578-55-8
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 236 p.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011. 353 p. ISBN 978-85-362-2060-4
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003. 157 p.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 161 p. ISBN 85-02-01400
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativa à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 216 p. ISBN 85-203-2315-4

## ***O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO SOCIAL E DEMOCRATICO DE DIREITO - COMO RECONHECER OS INIMIGOS DO ESTADO.***

Djeison Tabisz<sup>127</sup>  
Gabriel Benedito Sota<sup>128</sup>

### **Resumo:**

Tratará o presente artigo acerca das bases ideológicas das teorias da conduta e o funcionalismo, bem como, analisando-se ao final o conceito e pensamento do Direito Penal do Inimigo teoria proposta por Guither Jakobs, o qual prega a existência de dois tipos de criminosos: o criminoso cidadão que pratica um delito por um fator qualquer, e o segundo é o criminoso inimigo, aquele que atenta de maneira direta contra o Estado, vindo a separar-se de maneira inalterável do Direito, não sendo justificado assim oferecer qualquer garantia processual e constitucional. Assim, pretende-se a definição de quem seria esse inimigo do Estado e por quê, haja vista a importância das consequências ao indivíduo que deixa de ser considerado cidadão e passa a ser chamado de “criminoso inimigo”.

### **INTRODUÇÃO**

O Estado Brasileiro atualmente enfrenta novas situações com a influência midiática, que crê e faz a população acreditar que o Direito Penal deve atuar de maneira extremamente rígida e resolver todas as situações problemáticas existentes, não importando a agressão da conduta ao bem jurídico.

Tornou-se frequente ao assistir aos noticiários, cenas em que brasileiros sob “conta própria” julgam e executam penas contra aqueles que entendem serem culpados, cenas atroz de bandidos amarrados em postes, pessoas sendo linchadas em vias públicas.

O direito penal, conforme concebido no sistema jurídico brasileiro, deve se preocupar apenas com os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, ou seja, o sistema penal deve ser acionado apenas quando a conduta do agente causa grave lesividade a um bem pré-definido e protegido pelo Direito Penal.

Conforme nos garante a Constituição da República de 1.988, com seus dispositivos feitos para garantir a ordem processual e em quais situações o Direito Penal Brasileiro deve agir.

Nas páginas a seguir, além de discorrer sobre quais condutas podem ser consideradas crime, iremos fazer uma breve análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Jacobs, analisando se o ordenamento jurídico brasileiro possui alguma previsão para este tipo de situação, bem como a

---

<sup>127</sup> Acadêmico de Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP - Campus de Jacarezinho/PR

<sup>128</sup> Acadêmico de Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP - Campus de Jacarezinho/PR



definição de “inimigo do estado”.

## 1 TEORIA DA CONDUTA E FUNCIONALISMO

### 1.1 Antecedentes históricos

Para começar o estudo acerca da moderna teoria geral do crime, faz-se necessário estudar seus antecedentes históricos, ou seja, antes de chegarmos a atual teoria tripartida – *fato típico, antijuricidade e culpabilidade* – devemos analisar as teorias naturalista ou causal, a teoria neoclássica ou neokantista e a teoria finalista da ação, que conforme preleciona Cezar Bitencourt, em seu livro Tratado de Direito Penal Parte Geral 1, às folhas 245:

As três fases apresentam uma certa integração, na medida em que nenhuma delas estabeleceu um marco de interrupção completo, afastando as demais concepções. Daí decorre a importância de uma análise histórico-dogmática.

A seguir, seguem-se explicitadas as teorias da conduta.

### 1.2 Teorias da conduta

#### 1.2.1 A teoria naturalista ou causal

Também conhecida como Teoria Clássica, esse modelo proposto por Franz Von Liszt, dominou o pensamento jurídico durante o século XIX. O operador do direito dessa época possuía excessivo apego à letra da lei, definindo a conduta como uma mera forma de exteriorizar um comportamento, ou seja, conduta só poderia existir mediante uma ação, não possuindo um elemento subjetivo. Desse modo, o tipo penal era composto exclusivamente de elementos positivos, não sendo explicado dessa maneira os crimes omissivos.

O Estado de Direito imposto deveria apenas aplicar a lei – caracterizando-se um formalismo exagerado – decorrente do momento histórico atravessado, a sociedade acabava de passar pela Revolução Francesa, a qual foi de maneira veemente contra os regimes absolutistas vigentes naquela época.

No Estado formal e positivista, não havia campo para a interpretação das normas, as quais deviam ser cumpridas sem discussão quanto ao seu conteúdo. O lema era: lei se cumpre, não se discute, nem se interpreta. A atividade de interpretar era vista como perigosa e subversiva, pois pretendia substituir regras objetivas pelo subjetivismo de um raciocínio, o que poderia significar um retorno aos tempos de arbítrio. (CAPEZ, 2011, p.139).

Desse modo, acreditava-se apenas no conteúdo “frio” da Lei. Está não deveria ser interpretada, não importava a situação, deveria apenas ser executada, assim como fora concebida pelo legislador.

O pensamento naturalista, então concebeu que a existência do fato típico resultaria de uma comparação simples, entre o que foi objetivamente praticado e o que é descrito em lei, não sendo observada qualquer indagação acerca do conteúdo da conduta praticada, sua lesividade ou relevância. Não possuía nenhuma importância o fato do agente querer ou ter culpa na causa do crime. A figura típica era, portanto, a simples configuração de o agente causar fisicamente (naturalisticamente) um resultado que era previsto em lei.

A causação, por sua vez, era verificada de acordo com as leis físicas da causa e do efeito, sem indagações de ordem subjetiva ou valorativa. Só interessavam duas coisas: saber quem foi o causador do resultado e se tal resultado estava previsto em lei como crime (CAPEZ, 2011, p.140).

A ação era, pois, um simples fator de causalidade, simples produção de resultado, mediante o emprego de forças físicas, uma modificação no mundo exterior, perceptível sensorialmente, agir desse modo, é dar causa a algum evento cognoscível no mundo natural. O elemento valorativo (dolo) e normativo (culpa) era desprezado, uma vez que conforme já dito, o único nexos que deveria ser estabelecido era o natural (causa e efeito).

Obtêm-se a seguinte estrutura do crime, dividida em três partes: *fato típico* (que era composto apenas pelos aspectos objetivos do crime, a parte externa), *ilicitude* (ou antijuricidade, que era a previsão da conduta na Lei) e *culpabilidade* (que possuía natureza subjetiva ‘dolo e culpa’, a parte interna do crime).

Por não conseguir explicar crimes omissivos, a teoria clássica sofreu fortes críticas, uma vez que o conceito exclusivamente objetivo não conseguia explicar os crimes em que a ação não era praticada, os crimes omissivos.

Ora, a vontade é a origem, a força motriz da conduta, sem a qual as ações humanas seriam equiparadas a reações autômatas. Não se pode dizer que uma conduta é conduta sem vontade, da mesma maneira que não se diz que um automóvel existe sem o motor (CAPEZ, 2011, p.142).

Assim sendo, o atual conceito de crime superou a teoria naturalista ou clássica, uma vez que o Direito Penal do século XXI não concebe o delito sem uma manifestação ou omissão expressa da vontade do agente, transferindo desse modo os elementos de dolo e culpa da culpabilidade para a estrutura e verificação do fato típico, conforme análise posterior no presente trabalho.

### 1.2.2 Teoria neoclássica

Sofrendo grande influência da filosofia neokantiana, a teoria

neoclássica desenvolve um conceito de delito voltado para os pretendidos fins do Direito Penal, segundo essa nova orientação, todos os elementos da teoria clássica passaram por um processo de transformação, segundo o qual todos os elementos do conceito clássico de crime, a começar pela ação, começou a englobar os crimes omissivos, culposos e as tentativas. No campo da tipicidade surgem os elementos normativos, os quais encerram um conteúdo de valor, existindo ainda o reconhecimento da existência dos elementos subjetivos. A antijuricidade, que antes era uma simples contradição ao texto da lei, passa agora a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se, portanto, certa danosidade da ação à sociedade.

Ante as informações colhidas conclui-se que:

A teoria neoclássica do delito caracterizou-se pela reformulação do velho conceito de ação, nova atribuição à função do tipo, pela transformação material da antijuricidade e redefinição da culpabilidade, sem alterar, contudo, o conceito de crime, como *ação típica, antijurídica e culpável*. (BITENCOURT, 2010, p.249)

Constituídas as bases das teorias Clássica e Neoclássica, passemos agora, a discorrer sobre a teoria que atualmente encontra-se em vigência, a Teoria Finalista do Delito.

### 1.2.3 Teoria finalista do delito

Hans Wezel, em seu finalismo determinou que a ação seria concebida como o exercício de uma atividade final, sendo portanto um comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer, que pode ser ilícita (quando o agente atua com dolo, querendo praticar a conduta proibida pela lei penal) ou lícita (quando não deseja cometer delito algum, porém por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto em lei).

Nasce desta maneira uma concepção puramente normativa, uma vez que o finalismo desloca o dolo e a culpa para o injusto, retirando-se da culpabilidade, transformando dessa forma, a finalidade para o centro do injusto.

Carlos Bitencourt em seu livro esclarece:

Concentrou na culpabilidade somente aquelas circunstâncias que condicionam a *reprovabilidade* da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação (conduta humana) situa-se no injusto. (BITENCOURT, 2010, p.249).

Sendo assim, essa nova estrutura sustentada pelo finalismo trouxe várias consequências, dentre elas: a distinção entre tipos dolosos e culposos, dolo e culpa deixando de ser elementos ou espécies de culpabilidade, mas

integrantes da ação e do injusto pessoal, além da criação de uma culpabilidade puramente normativa.

Apesar das mudanças pregadas por essa teoria, crime continua sendo o conjunto de ação típica, antijurídica e culpável.

#### **1.2.4 Funcionalismo penal**

Passamos agora a analisar o chamado funcionalismo penal, que não é propriamente dito uma teoria da conduta, mas sim uma “política criminal” a qual busca explicar o direito penal através de suas funções, quais sejam a proteção e preservação da sociedade. A base finalista é mantida. Estudaremos dois movimentos funcionalistas: o funcionalismo teleológico, o funcionalismo sistêmico (ou radical).

#### **1.2.5 Funcionalismo teleológico**

O Funcionalismo teleológico surge na Alemanha em 1970, proposto por Claus Roxin, essa corrente defende que o Direito Penal deve ser exercido observando sua primordial função, ou seja, a proteção e a preservação da sociedade, afastando e reprimindo para tanto, condutas que lesem a coletividade e seus bens jurídicos que foram eleitos para serem protegidos pelo Direito Penal.

Acontece que para afastar e reprimir condutas, o tipo penal deve possuir descrição expressa e de fácil compreensão na Lei Criminal. Dessa maneira, tipo penal e política criminal dependem um do outro, devendo-se analisar se a conduta praticada lesa algum bem jurídico na sociedade, para então pensar-se em repressão por parte do Estado.

A estrutura do crime neste pensamento continua a mesma, sendo então o conceito formado pelo fato típico (e seus desdobramentos), ilicitude e responsabilidade ou reprovabilidade, o qual inclui ainda a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, a exigibilidade de conduta diversa e a necessidade de pena, a qual diz que o fato típico realizado pelo agente deve ter a necessidade de aplicação de pena.

Dessa forma, confere-se ao julgador a possibilidade de reconhecer a desnecessidade da pena ainda quando presentes os tradicionais elementos da culpabilidade (acima citados). O sistema funcionalista permite em tese, absolver o réu comprovadamente culpado, sempre que se verificasse que a aplicação da sanção (pena) não pudesse atender a sua função preventiva, ou seja, não possuísse a vertente de evitar a prática de novos crimes e conseqüentemente proteger o bem jurídico.

Existe passagem na jurisprudência brasileira acerca deste conceito funcional de culpabilidade, que recebeu a denominação de “bagatela imprópria”: Tratando-se de crimes cujas conseqüências foram ínfimas, praticados por agente impelido pelo vício em álcool/entorpecentes, hoje recuperado, aplica-se o princípio da ‘bagatela imprópria’, sendo desnecessária a imposição da pena, mormente por se tratar de réu primário e a única vítima, sua atual companheira, não desejar a condenação dele. A situação atual do casal

em questão sobrepõe-se à necessidade de apenamento do acusado supostamente reinserido no seio social. Impingir a ele reprimenda corporal seria contrariar a função social da pena. (TJMS, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 20.07.2009).

### **1.2.6 Funcionalismo sistêmico (ou radical)**

A outra vertente do funcionalismo proposta por Jakobs, diz que o Direito Penal deve proteger o ordenamento jurídico, ou seja, se o agente viola uma conduta já tipificada, que é manifestação do ordenamento, teria essa violação o poder de colocar todo o ordenamento em risco e deveria por isso ser severamente punida, a pena serviria para uma reafirmação da norma.

A conduta é um comportamento humano voluntário, violador do sistema que frustra as expectativas normativas.

Não existem princípios de política criminal, sendo que toda conduta realizada (ilícita) gera risco ao ordenamento jurídico.

Ante este pensamento extremamente rígido, utilizado por Estados Totalitários, pune-se por exemplo atos preparatórios, acontece porém, que este Direito Penal não deve ser aplicados a todos, apenas aos chamados Inimigos do Estado, ou seja, existe um Direito Penal do 'Cidadão' e um Direito Penal do 'Inimigo'. Tirando-se a condição de cidadão do indivíduo, retira-se a condição de pessoa.

Sobre este pensamento, discorreremos mais profundamente no próximo item que aborda o chamado "Direito Penal do Inimigo".

## **2 PRINCÍPIOS E VELOCIDADES DO DIREITO PENAL**

Princípios podem ser facilmente entendidos, como tudo ao qual se dá um início. Embora óbvio, é de essencial importância definir o seu conceito. Assim para o direito na brilhante lição de José de Albuquerque Rocha, os princípios são "fundamento, base ou ponto de partida de um raciocínio, argumento ou proposição" (ROCHA, 2003, p. 29).

Assim, para o direito penal, os princípios são seu "fundamento", sua "base", seu "ponto de partida". (ROCHA, 2003, p. 29).

Diante desta visão, a doutrina salienta que o norte, o princípio basilar de onde fluem todos os demais, é o princípio da dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2009, p. 54). Dessa forma é imprescindível esclarecer o sentido deste importante princípio constitucional.

### **2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Como já anteriormente esclarecido, o princípio da dignidade da pessoa humana é de interesse primordial e fundamental para o direito penal. Entretanto, convém antes defini-lo e saber o por que de sua tão grande importância.

Vivemos a vigência de um Estado Social e Democrático de Direito. A

Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu logo no seu art. 1.º esta condição. Interessante ressaltar que no inciso III deste mesmo artigo estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana”.

Por isto aduz Fernando Capez com esclarecimento:

Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado. (CAPEZ, 2010, p. 25).

Com isto verifica-se que toda adequação típica ou controle de constitucionalidade dos tipos penais deve obedecer, vale dizer, deve adequar-se a este importante princípio. Esta função cabe ao operador do direito. (CAPEZ, 2010, p. 25).

É importante destacar que a dignidade da pessoa humana serve de orientação ao legislador no momento da criação do tipo penal e também ao operador no momento de realizar a figura típica. (CAPEZ, 2010, p. 25).

A importância, ou pode ser dito ainda, a gravidade da violação deste princípio constitucional de observância irrecusável no direito penal, pode ser claramente observada na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 1994, p. 451).

Destarte, fica evidenciado que o princípio, ora estudado, não é passível de ser desconsiderado dentro do acolhido Estado Social e Democrático de Direito. E dentro deste princípio estão englobados todos os outros do direito penal. Neste estudo consideraremos os seguintes: princípio da legalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da subsidiariedade, princípio da ofensividade e o princípio da alteridade.

## **2.2 Princípio da legalidade**

Este também é um princípio que possui forte conexão com o Estado Democrático. Assim sua observância é essencial, tanto na produção legislativa

quanto na fase da adequação típica. Embora parte da doutrina ensine que este princípio possui uma subdivisão interna, entendemos que é um princípio uno que possui diversas funções. (GRECO, 2008, p. 105).

Esse princípio, insculpido na Constituição Federal em seu art. 5.º, inciso XXXIX e no art. 1.º do Código Penal, neste último assim prescreve que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Na bela lição de Rogério Greco, este princípio tem por finalidade proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crime e penas pelos costumes, proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e ainda proibir incriminações indeterminadas ou vagas. (GRECO, 2008, p. 96).

Uma decorrência importante deste princípio ainda é a questão da aplicabilidade da lei penal. Pois um tipo penal só pode ser criado mediante lei. Quando criado jamais poderá retroagir. (CAPEZ, 2010, p. 60).

Cabe ainda dentro deste conceito o fato de que uma descrição genérica não pode ser feita com relação à descrição de tipos incriminadores. Antes a lei deve descrever exatamente a conduta violadora da norma jurídica. (CAPEZ, 2010, p. 62, 63).

Portanto fica evidente que a criação de tipos penais deve ser restrita às leis.

Somente a lei em sentido estrito pode criar tipos penais proibindo condutas sob ameaça de pena. Quando falamos em lei em sentido estrito, estamos nos referindo às leis ordinárias. As leis ordinárias, como é cediço, surgem da conjugação da vontade do povo, representados por seus deputados federais, com a vontade dos Estados, representados por seus senadores, contando ainda, com a sanção do Presidente da República, Chefe do Poder Executivo. (GRECO, 2008, p. 102.)

Daqui é deduzível que Medidas Provisórias não podem criar tipos penais nem penas. Assim como uma ferramenta atrelada à necessidade, o princípio da legalidade serve para que se efetive a dignidade da pessoa humana, fundamento deste Estado Social e Democrático de Direito.

Desta maneira, torna-se evidente a necessidade de leis democraticamente estabelecidas para a criação de tipos penais e de penas. Importante conclusão disto se extrai no que tange a um direito penal democrático e que mantém as pessoas seguras contra ingerências abusivas do Estado.

Assim, de maneira esclarecedora, aduz Cleber Masson:

Por mais paradoxal que possa parecer, o Direito Penal tem a função de garantia. De fato, funciona como um escudo aos cidadãos, uma vez que só pode haver punição caso sejam praticados os fatos expressamente previstos em lei como infração penal. (MASSON, 2011, p. 10).

Portanto, faz-se necessário o exame de outro princípio fundamental no direito penal, qual seja, o princípio da intervenção mínima.

### **2.3 Princípio da intervenção mínima**

Com base neste princípio, conclui-se com propriedade que o direito penal não deve intervir em todas as condutas produzidas na sociedade. Deve este ser usado como *ultima ratio*, ou seja, somente quando os outros ramos do direito, como civil, trabalhista ou tributário falharem em resolver a lide apresentada.

Por este modo, quando da criação típica, isto é, quando da criação legislativa, este princípio deve ser norteador para o legislador também. Não obstante, na interpretação e aplicação realizada pelo operador do direito, deve então ser fundamental a aplicação deste princípio.

Com o discernimento que lhe é peculiar, ensina Lenza:

O Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Estado, portanto, sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal. (LENZA, 2012, p. 106).

Portanto, deve ser característica do direito penal a intervenção naquelas condutas mais importantes que realmente danifiquem qualquer bem jurídico então protegido pelo direito penal. Aproxima-se aqui então o terceiro princípio a ser objeto de nosso estudo, a saber, o princípio da subsidiariedade.

### **2.4 Princípio da subsidiariedade**

Este princípio traz à tona o fato de que o direito penal somente se preocupará com as condutas verdadeiramente prejudiciais. Haverá interesse penal, somente nas condutas que violarem gravemente um bem jurídico protegido. (LENZA, 2012, p. 107).

Os bens jurídicos a serem protegidos, devem ser eleitos com cuidado pelo legislador, havendo por isto o cuidado em se observar a intervenção mínima.

A subsidiariedade é o reflexo imediato da intervenção mínima. O Direito Penal não deve atuar senão quando diante de um comportamento que produz grave lesão ou perigo a um bem jurídico fundamental para a paz e o convívio em sociedade. (LENZA, 2012, p. 107).



Dessa maneira, decorre a característica de fragmentariedade do direito penal, isto é, o direito penal constitui-se de pequenas tipificações dentro de um todo muito maior que é o restante do ordenamento jurídico e do campo da moral entre outros.

Significa que cabe ao Direito Penal atribuir relevância somente a pequenos fragmentos de ilicitude. Existem, assim, inúmeros comportamentos cujo caráter ilícito é conferido pelo ordenamento jurídico, mas somente uma pequena parcela interessa ao Direito Penal, notadamente a que corresponde aos atos mais graves, atentatórios dos bens mais relevantes para a vida em comum. (LENZA, 2012, p. 108).

De forma que nem todas as condutas, conforme inicialmente indicado, importam ao direito penal, se não aquelas capazes de ferir gravemente os bens jurídicos que são essenciais à convivência e à paz social. Cabe assim aqui o exame do princípio da ofensividade.

## 2.5 Princípio da ofensividade

Por este princípio não há possibilidade de haver crime sem uma conduta que haja oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico tutelado. (CAPEZ, 2010, p. 41).

Aqui surge a importante pergunta, que mais tarde fundamental será ao entendimento de nosso estudo. Seria possível a punição de atos meramente preparatórios? Não, conforme pode ser observado pelo ensinamento de Capez

A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista da defesa social, representa ameaça à proteção do indivíduo contra uma atuação demasiadamente intervencionista do Estado. (CAPEZ, 2010, p. 41).

Continua ainda o mestre com o discernimento que lhe é peculiar:

O princípio da ofensividade considera inconstitucionais todos os chamados “delitos de perigo abstrato”, pois, segundo ele, não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. Não se confunde com princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, segundo o qual o direito não pode defender valores meramente morais, éticos ou religiosos [*sic*], mas tão somente os bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento social. Na ofensividade, somente se considera a existência

de uma infração penal quando houver efetiva lesão ou real perigo de lesão ao bem jurídico. No primeiro, há uma limitação quanto aos interesses que podem ser tutelados pelo Direito Penal; no segundo, só se considera existente o delito quando o interesse já selecionado sofrer um ataque ou perigo efetivo, real e concreto. (CAPEZ, 2010, p. 42).

Sob este enfoque, cabe análise ao último princípio objeto de nosso estudo, qual seja, o da alteridade.

## 2.6 Princípio da alteridade

Conforme até agora vislumbramos, uma conduta passível de ser penalmente punível, deve ser objeto de lei emanada do Poder Legislativo Federal, tem de ser um fato que atinja gravemente bem jurídico tutelado, que não possa ser resolvido por outro ramo do direito e que seja mais do que ato meramente preparatório.

Entretanto, cabe aqui analisarmos de maneira esclarecedora o princípio da alteridade. Por este, para que uma conduta seja considerada típica, tem de ultrapassar a esfera subjetiva e individual, afetando outro.

Assim, com propriedade ressalta Fernando Capez:

[...]proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro (altero). (CAPEZ, 2010, p. 32)

Então, autolesões que não passem da esfera prejudicial individual, causando danos a terceiro, como por exemplo, autolesão com o objetivo frívolo de fraudar seguro, ou plano de previdência. (CAPEZ, 2010, p.32).

Interessante neste sentido, que alguém poderia alegar que uso de narcóticos não afeta ninguém, se não a própria pessoa, conforme salienta Capez (2010, p. 33). Assim com o discernimento peculiar de suas conclusões o referido autor aduz que

A Lei n. 11.343/2006 não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da substância entorpecente pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de uso próprio. Assim, existe transcendentalidade [*sic*] na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28.

Assim, convém destacar que no que concerne ao nosso estudo, este princípio, conjugado com o da lesividade ou ofensividade nos ajudará a entender a questão do direito penal do inimigo.

Cabe aqui, portanto, ressaltar as velocidades do direito penal, assunto recorrente e de fundamental importância para o nosso estudo, antes de chegarmos propriamente ao direito penal do inimigo.

## **2.7 Velocidades do direito penal**

Por esta teoria desenvolvida por Jesus Maria Silva Sanches, existem dentro do direito penal dois grandes blocos de ilícitos. O primeiro, aos quais são cominadas penas de prisão e o segundo em que há a aplicação das outras medidas diversas existentes no âmbito do caráter penal. (MASSON, 2011, p. 90).

Desta maneira, o que seriam estas velocidades? Assim aduz Sanchez:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. (SANCHEZ, 2002, p. 145).

De maneira sucinta, pode-se concluir que a primeira velocidade trata das infrações penais passíveis de pena restritiva de liberdade, enquanto a segunda, de penas não restritivas de liberdade, mas como ocorre em nosso país, as restritivas de direitos e as multas. Estas últimas revestem-se muitas vezes de um caráter de agilidade, afastando assim algumas garantias processuais com o escopo da agilidade. (GRECO, 2009, p. 19).

Interessante destacar aqui a visão de Rogério Greco, quando aponta ele uma terceira velocidade do direito penal, a saber, o direito penal do inimigo. (GRECO, 2009, p. 20).

De forma a aduzir o referido autor que

Embora ainda com certa resistência, tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade). (GRECO, 2009, p. 20).

Aqui chegamos assim, a um conceito híbrido que é o chamado direito penal do inimigo. Trataremos, pormenorizadamente deste assunto, mais a frente. Assim imprescindível é considerar primeiramente as teorias da conduta

e o funcionalismo, principalmente de Jackobs, e será a ocupação do próximo capítulo.

### 3. O FUNCIONALISMO DE JAKOBS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria denominada como Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida por Günter Jakobs, estudioso das ciências do Direito Penal e da Filosofia do Direito na Universidade de Bonn na Alemanha.

Referida teoria deriva de uma corrente defendida e criada por Jakobs, o funcionalismo radical, monista ou sistêmico, pensamento que confere elevado valor à norma jurídica como fator de proteção social. Apenas a aplicação constante da norma penal é que imprime a sociedade as condutas aceitas e os comportamentos indesejados.

Cria-se desse modo duas correntes dentro do Direito Penal: um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo.

Nitidamente, enxerga-se na concepção de Jakobs a convivência de dois direitos em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, um **direito penal do cidadão**, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado de Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste o **Direito Penal do Inimigo**, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado. (MASSON, 2011, p. 95).

Nesse contexto desenvolve-se a teoria do Direito Penal do Inimigo, sendo por Silva Sánchez considerada como a terceira velocidade do direito penal, qual seja, privação da liberdade e suavização ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais.

#### 3.1 Fundamentos do direito penal do inimigo

Fundamenta filosoficamente, seu pensamento nas ideias de Jean Jacques Rousseau, que defende que o inimigo ao desrespeitar o contrato social, guerreando com o Estado deixa de ser um de seus membros. Referido pensamento casa perfeitamente com a teoria de Jakobs, que defende que o cidadão que rompe seus laços com o estado deixa de possuir a condição de cidadão, passando a ser inimigo deste último e desse modo deixar de fazer jus às condições processuais a que o cidadão comum tem.

Embasa esse movimento nos ideais de Fichte, no momento em que quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos e de Hobbes que afirma que em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo.

Finalizando, podemos citar como fundamentação filosófica do Direito Penal do Inimigo, o pensamento de Kant, de que quem ameaça constantemente

a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo.

Conclui-se desse modo que, Jakobs desenvolve uma teoria que deve ser utilizada em “estado de guerra”, uma vez que o Estado ao determinar que alguém é seu inimigo, por ter quebrado o contrato social cometendo um ilícito penal deve fazer de tudo para se livrar de referido indivíduo.

### **3.2 O direito penal do inimigo na legislação brasileira**

Vivemos o chamado Estado Social e Democrático de Direito, em que garantias individuais como o princípio da intervenção mínima e alteridade servem para dar um norte ao legislador no momento da criação do tipo penal e também na aplicação deste.

Estamos num momento da história e do direito em que é quase inconcebível, se quer pensarmos em desconsideração de princípios processuais, como contraditório e ampla defesa.

Como vimos no decorrer deste artigo o próprio conceito finalista de crime, ou seja, o fato típico, ilícito e culpável, é uma proteção contra ingerências abusivas por parte do Estado.

Dentro desta síntese, seria ilógico considerar a aplicação do chamado direito penal do inimigo no Estado Brasileiro. Há, contudo, dois exemplos tradicionalmente mencionados pela doutrina; a Lei 12.850/2013 (nova Lei do Crime Organizado) e a Lei 11.343/2006 (Lei de drogas) no que tange a persecução criminal dos traficantes de drogas.

Passaremos a consideração estes dois exemplos, tentando explicar se há desrespeito a dignidade da pessoa humana e seus princípios nestas duas leis, uma vez que são consideradas aplicação do direito penal do inimigo, e se assim o é, como justificar a aplicação desta teoria no regime democrático e social brasileiro.

#### **3.2.1 A lei do crime organizado**

No Brasil, vemos algumas leis especificamente editadas com o escopo de reprimir práticas criminosas recorrentes, como o caso das organizações criminosas. Dentre estas temos a lei do crime organizado (12.850/13), lei da interceptação telefônica (9.296/96), lei da lavagem de dinheiro (9.613/1998), proteção a testemunhas (9.807/99) e a lei de quebra do sigilo bancário (LC. 105/01).

Todas estas lei visam o objetivo comum de coibir o chamado crime organizado. Mas, afinal o que é o crime organizado? A própria Lei 12.850/13 define assim em seu artigo 1º. Parágrafo 1º.

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante

a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Poderia esta lei ser considerada como prática da Teoria do Direito Penal do Inimigo, um verdadeiro direito penal de exceção? A lei possui todas as garantias peculiares ao estado democrático, respeitando as garantias e direitos dos cidadãos. Existe porém um tratamento mais rigoroso do legislador e procedimentos processuais e investigatórios específicos.

Isto é facilmente constatado no inciso II do parágrafo 2.º do art. 1.º da Lei 12.850/13, em que abertamente declara-se a aplicação desta lei

às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os **atos preparatórios** ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional. (Lei 12.850/13, grifo nosso).

Característica evidente do direito penal do inimigo é a persecução punitiva de atos preparatórios. (MASSON, 2011, p. 94).

Outra medida caracteristicamente peculiar desta teoria, foi estabelecida nesta mesma lei quando previu o flagrante retardado. Tal previsão deu-se no Art. 8.º da mesma lei quando define

Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. (Lei 12.850/13)

Dessa maneira, aduz Capez sobre este tipo de flagrante:

Esse inciso conferiu ao agente policial discricionariedade para, presenciando a prática de uma infração penal, em vez de efetuar a prisão em flagrante, aguardar um momento mais propício e mais eficaz do ponto de vista da formação da prova e do fornecimento de informações. Por exemplo: um agente policial, investigando há algum tempo o funcionamento de organização voltada ao tráfico de entorpecentes, presencia um homicídio. Não estará obrigado a efetuar a prisão em flagrante naquele mesmo instante, podendo optar por manter sua identidade oculta,

de acordo com sua discricionabilidade administrativa, ditada pela conveniência e oportunidade, até a chegada de um carregamento de, digamos, heroína, muito mais relevante do ponto de vista do desmantelamento da organização.

Vemos assim o tratamento diferenciado proposto por esta lei àqueles que considerados membros de organizações criminosas. Vale destacar assim a lição de Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini

somente é possível esta espécie de flagrante diante da ocorrência de crime organizado, ou seja, somente em ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada. Dito de outra maneira: exclusivamente no crime organizado é possível tal estratégia interventiva. Fora de organização criminosa é impossível tal medida. (GOMES; CERVINI, 1995, p. 117).

Dentro ainda desta referida lei, encontramos previsões como a interceptação telefônica, quebra de sigilo telefônico, fiscal e financeiro. Dentro do exposto, portanto, evidencia-se a constatação de um inimigo do Estado, qual seja o integrante do crime organizado. (GRECO, 2009, p. 23).

Aqui estamos diante da pergunta inicial, como justificar a existência de uma teoria que possui uma concepção não garantidora de certos direitos penais e processuais, como o é a Teoria do Direito Penal do Inimigo, no sistema social e democrático do qual o Brasil é adepto?

Antes de esclarecermos a questão, precisamos falar de outro exemplo de aplicação desta teoria, no ordenamento jurídico pátrio.

### **3.2.2 Lei de drogas**

A principal alegação é de que esta lei, a 11.343/06, incrimina em seu art. 28, a posse de drogas. A grande crítica gira em torno da alegação da punição de atitude meramente interna, que não transcende a esfera individual do autor, não provocando lesão a outra pessoa que não a si próprio. (CAPEZ, 2012, p. 758).

Assim citaríamos o princípio da alteridade ou ainda o da lesividade. Pois, por estes uma conduta que não ultrapasse a esfera individual do autor e não prejudique outro, não pode ser considerada incriminadora. (GRECO, 2009, p. 76).

Entretanto, com o discernimento peculiar, aduz Fernando Capez que

Tal argumento não convence. A Lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade,

ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28.

Neste ponto, não subsiste assim, a ideia da aplicação de um direito penal do inimigo. Porém, neste mesmo artigo em seu parágrafo segundo, reza

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (Lei 11.343, art. 28, § 2.º).

Neste dispositivo pode ser evidenciado claramente a aplicação de um direito penal do autor, pois a posse de drogas será aferida inclusive pela posição social do agente. Verificando-se assim a aplicação de uma das teses do direito penal do inimigo

Desse modo, percebe-se que o pouco volume do produto apreendido, a localidade e as condições em que se deu a ação somando as conjuntura sociais, pessoais, e também o comportamento e antecedentes do agente (art. 28, §2º), influenciará na decisão do juiz em denominá-lo como sendo usuário. (VIEIRA; FERNANDES, 2009, p. 18).

Destarte, fica evidente em nossa legislação a aplicação do chamado direito penal do inimigo. Existem outros exemplos da aplicação de preceitos desta teoria dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como o Regime Disciplinar Diferenciado, que nada mais é que a colocação à parte de preso para o cumprimento de pena, entre outros.

Neste momento temos de analisar a possibilidade da existência destas normas aplicadoras de uma teoria tida por excludente e violadora de direitos e garantias penais e processuais, dentro de nosso ordenamento.

### **3.2.3 Perspectivas do direito penal do inimigo no Estado Social e Democrático Brasileiro.**

Como vimos, existem no Brasil diversos exemplos da aplicação do chamado direito penal do inimigo. Mas como justificar a sua existência neste Estado em que imperam o princípio da dignidade humana, da intervenção mínima e alteridade?

Parece uma utopia vivenciarmos isto dentro do que até agora foi abordado. Vale dizer que não defendemos a Teoria ora em estudo em sua integralidade, mas é possível identificarmos justificativas para sua existência, mesmo num Estado Social e Democrático de Direito.



Vale lembrar aqui, neste sentido, a valiosa lição de Bernardo Feijoo Sánchez

Aunque se rechacen los fundamentos últimos del Derecho penal del enemigo, ello no significa que haya que tirar a la basura todo el paquete y que ciertas ideas de Jakobs no puedan tener utilidade em algunos puntos, sin salirse del derecho penal propio de um Estado democrático de Derecho. (SÁNCHEZ, 2006, p. 821).<sup>129</sup>

Assim, segundo a concepção deste autor, no todo a teoria do direito penal do inimigo não é imprestável, mesmo diante de um estado democrático. Assim o referido autor assevera

Se pueden apreciar estos paralelismos si tenemos em cuenta que Jabobs fundamenta uma e outra vez el derecho penal del enemigo em um derecho a seguridad por parte de los ciudadanos fieles al derecho. Sin embargo, ésa es una tares que, a diferencia de lo que entiende Jakobs, no puede canalizarse a través de um incremento de penas sino sólo mediante la opción por otro tipo de sanciones, como las medidas de seguridad posdelictivas cuando ello sea estrctamente necesario. (SANCHEZ, 2006, p. 822).<sup>130</sup>

De modo que é possível sim, considerarmos legítimos os meios utilizados pelas leis como a do crime organizado e a de trafico de drogas. Uma vez que para Jakobs, estas pessoas são consideradas inimigas da sociedade. (SANCHEZ, 2006, p. 834).

Vale dizer que não somos a favor de uma repressão estatal desmedida, nem autoritária, contudo, encontra-se justificativa para a existência de leis mais rígidas, no combate ao crime organizado e ao tráfico de drogas. (SÁNCHEZ, 2006, p. 834).

Cabe aqui ressaltar que estas leis justificam-se em virtude do “poder paralelo” conforme noticia-se pela mídia, presente em diversos setores da sociedade. O problema consiste na má aplicação da lei. Um exemplo disto é o flagrante retardado, em que muitas vezes a autoridade policial deixa de aplicar, por questões de interpretação equivocada da lei, muitas vezes deixando de perseguir os verdadeiros responsáveis pelo crime organizado, e como tem

---

<sup>129</sup> Embora os fundamentos últimos do direito penal do inimigo são rejeitados, isso não significa que você tem que jogar fora todo o pacote e que certas ideias de Jakobs não podem ter utilida. Em alguns pontos, sem se afastar do direito penal de próprio de um Estado democrático direito. (Tradução nossa).

<sup>130</sup> Embora os fundamentos últimos do direito penal do inimigo são rejeitados, isso não significa que você tem que jogar fora todo o pacote e que certas ideias de Jakobs não podem ter utilizada. Em alguns pontos, sem se afastar do direito penal de próprio de um Estado democrático direito. (Tradução nossa).

acontecido pela prática, do tráfico de drogas, que atualmente se estrutura em organizações criminais.

Pode parecer um apelo midiático procedermos neste entendimento, contudo Valter Foletto Santin esclarece que

Entretanto, na realidade, a política de segurança pública, o plano de atuação e a execução deixam a desejar porque a criminalidade aumenta constantemente na maioria das espécies de crimes, principalmente os mais graves. A constatação é de ineficiência do serviço de prevenção de crimes. (SANTIN, 2004, p. 116).

Destarte, conforme enseja Masson

Em síntese, trata-se de um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento ou em sua ocupação profissional ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização criminosa, vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta. (MASSON, 2011, p. 93).

Assim, temos que mesmo existindo um direito penal dirigido a um suposto inimigo, embora válido, não pode autorizar a desconsideração de direitos e garantias fundamentais, nem autorizar intervenções ilegítimas por parte do Estado contra qualquer cidadão, sob o pretexto de combater o crime organizado. (SÁNCHEZ, 2006, p. 834). Na referida lei brasileira de combate ao crime organizado, por exemplo, observa-se que mesmo na questão do flagrante retardado, este precisa ser comunicado ao juiz competente, que poderá estabelecer limites (Lei 12.850/13, art. 8.º, § 1.º), visando justamente à observação de direitos do agente.

Haja vista o risco que este tipo de conduta oferece para a sociedade, o STF tem entendido no julgamento do HC 108100/RS, julgado em 13/08/2013, ao qual julgou-se prejudicado o *Habeas Corpus* em virtude do envolvimento da paciente em grupo criminoso organizado.

Em sede de conclusão, Jakobs mostra a tônica de seu discurso ao dizer que “os preceitos penais a ele [ao direito penal do inimigo]correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos [...]” (JAKOBS, 2003, p. 143).

Mas então, como saber quem são os inimigos? É do que se ocupará o próximo subtítulo.

### 3.3 Quem são os inimigos do estado

A grande problemática encontrada em Jakobs é a de como definir quem são os inimigos do Estado. Analisamos alguns breves exemplos da aplicação de tal teoria na legislação penal brasileira. Mas qual é a base teórica disto? Como saber com precisão quem são os inimigos? É isto possível?

Com precisão afirma Cleber Masson que inimigo

Em síntese, trata-se de um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento ou em sua ocupação profissional ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização criminosa, vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.

Para Jesus-Maria Silva Sánchez, o que transformaria um cidadão em inimigo é a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e a integração em organizações delitivas estruturadas. (SANHÉZ, 2002, p. 149). Portanto, para se considerar um inimigo do Estado, segundo o autor, pressupõe-se os seguintes requisitos:

- Reincidência;
- Habitualidade criminal;
- Delinquência profissional;
- Integração a organizações delitivas estruturadas.

Fica difícil de imaginar a submissão de um infrator à tortura, como acontece em bases militares dos EUA, sob o pretexto de se obter informações contra o terrorismo. Porém, é preciso admitir que dentro do ordenamento jurídico brasileiro são necessárias estas leis contra o crime organizado, visando a própria proteção da sociedade, isto é, do cidadão. (JAKOBS, 2003, p. 143). Não se trata de um discurso de direito penal máximo, mas tão somente, que quando existe uma organização que se opõem ao Estado a ponto de por em risco, sistematicamente, toda a coletividade, são necessárias medidas assecuratórias para que isto não ocorra.

Evidente assim se torna, que o Estado precisa intervir, mas na feliz expressão de Luiz Carlos Gonçalves, com um “Direito Penal Proporcional”, que seja, equilibrado, sem a intervenção estatal maçante e violadora de direitos e garantias fundamentais. (GOÇALVES, 2007, p. 305).

## CONCLUSÃO

Neste breve artigo, observamos alguns princípios do direito penal, as teorias da conduta, do crime, as velocidades do direito penal e o direito penal do inimigo.

Alguns exemplos foram mencionados da aplicação desta teoria no ordenamento pátrio e como se justificam. Por fim, entendemos como identificar o inimigo do Estado.

Dentro destes conceitos, chegamos à conclusão de que o direito penal do inimigo, não é de todo imprestável, mas temos algumas ideias que podem ser utilizadas, e são, como no caso brasileiro da Lei do Crime Organizado.

Ressaltamos que embora seja possível identificar o inimigo, é necessário equilíbrio na legislação e cuidado para que isto não sirva como brecha na aplicação prática, realizada quotidianamente pela polícia judiciária.

Dessa forma, uma legislação que identifique o inimigo do Estado, deve ser pautada pelos princípios processuais, penais e constitucionais que engrenam o ordenamento jurídico. Não é possível, conceber violações graves aos direitos fundamentais do agente, mesmo este sendo inimigo do Estado, pois seria uma retribuição deste contra um, regressando aos dias da vingança privada.

Portanto embora admita-se a possibilidade, e inclusive a existência de legislação penal do inimigo, deve-se ter este precioso cuidado, para que não se torne pretexto para o Estado violentar ainda mais os marginalizados.

## Referências

- GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime Organizado – Enfoques Criminológicos, Jurídico e Político Criminal- Lei nº 9.034/95*. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 7.ª ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VIEIRA, Aparecida Maria; FERNANDES, Ricardo Pereira. *Discutindo o art. 28 da Lei nº 11.343/06*. [www.jornal.jurid.com.br](http://www.jornal.jurid.com.br), 2009.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Derecho Penal del Enemigo*. El discurso penal de la exclusión. Coord. Cancio Meliá & Gómez-Jara Díez. Madrid: Edisofer, 2006. Buenos Aires: Euros, 2006. Montevideo: B de F Ltda., 2006.
- SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública*. Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- JAKOBS, Günter. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 10.ª ed. Atual. E amp. São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 4.<sup>a</sup> ed. rev. amp. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. Parte Geral. 10. ed. ver. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Vol. 1. Parte Geral. Esquematizado. São Paulo: Método, 2011.

LENZA, Pedro; ESTEVAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

## ***O ENCARCERADO E O SISTEMA CARCERÁRIO: RECICLAR OU DESCARTAR.***

Marianne Trevisan Pedrotti Massimo<sup>131</sup>  
Fernanda de Mattos Lima Madrid<sup>132</sup>

### **Resumo:**

Esse trabalho tem como objetivo compreender se o cárcere, que marginaliza àqueles que cometeram algum delito, consegue ressocializar ou serve de influência negativa, colocando os encarcerados ainda mais próximos da criminalidade, fazendo com que a reincidência apenas aumente em nossa sociedade. Pautou-se na evolução histórica da sanção penal e também na evolução da pena privativa de liberdade, analisando as mudanças produzidas por essa evolução e se de fato essas mudanças não trazem para o sistema uma alteração na conscientização. Trata dos objetivos do sistema carcerário e o seu insucesso, bem como, sobre a falta de iniciativa por falta do sistema para averiguar as causas da reincidência e o fracasso das penitenciárias, e a acomodação da população frente a esse caos carcerário.

### **INTRODUÇÃO**

As questões correlacionadas à pena privativa de liberdade e o sistema prisional não são discutidas amplamente no campo jurídico, o que comprova esse pensamento, são os sentidos dados a esses elementos. Sentidos esses, de reeducação e proteção social.

Porém, os estudos até então, trazem para a realidade social, uma função que foge a essas realidades. E com isso, nota-se nesse sistema, uma exclusão social em benefício de uma classe dominante.

Não obstante, foi de suma importância elencar que o cárcere tem como efeito a criminalização, ou seja, é tido como escola do crime para aqueles que ali foram inseridos, pois há uma sociedade carcerária e regras de sobrevivência que alimentam a criminalidade.

Ressaltou-se, ainda, a importância de trazer à público os motivos relacionados ao descaso do cárcere e todos os malefícios causados àquele que é inserido em sede prisional e por fim, mas não menos importante, os prejuízos e as amarras causadas à sociedade.

O objetivo geral do presente estudo é compreender se o cárcere, que marginaliza àqueles que cometeram algum delito, consegue ressocializar ou serve de influência negativa, colocando os encarcerados ainda mais próximos

---

<sup>131</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito, das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. maziinha.\_@hotmail.com

<sup>132</sup> Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Advogada criminalista. fm.com@ig.com.br

da criminalidade, fazendo com que a reincidência apenas aumente em nossa sociedade.

O método de pesquisa utilizado, em primeiro momento, foi o dedutivo, onde, analisou-se a historicidade do sistema carcerário, bem como suas finalidades, centrando-se na revisão de literatura na área proposta, a fim de construir um referencial teórico.

A revisão bibliográfica sobre o tema teve como objetivo levantar publicações que apresentaram um panorama do assunto explorado, com ênfase na compreensão do sistema carcerário e sua função para o recluso e para a sociedade.

Objetivou-se, deste modo, a fundamentação teórica sobre o assunto, o auxílio para a delimitação do problema e definição das avaliações que foram realizadas.

## **1 SANÇÃO PENAL: SUAS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES**

É necessário compreender, mesmo que sucintamente, porém, de forma coesa, como se deram as primeiras manifestações de sanção em nosso mundo.

Podemos observar que, ao longo do desenvolvimento da humanidade, a reprimenda aos atos contrários à estrutura social existente sempre foi uma constante na vida do homem. Devemos retroceder até a épocas mais primitivas da existência humana, onde os homens estavam ainda a perceber e a conhecer o universo e a natureza dos quais faziam parte, para verificarmos a presença de mecanismos de repressão à conduta que já se aplicavam e que serviram de embrião para o desenvolvimento da moderna sanção penal. (COSTA, 2001, p. 01)

Por meio da análise da história da humanidade, percebe-se que, com ricos detalhes, é possível à percepção de como o comportamento punitivo germinou e desenvolveu-se com o tempo.

Tendo por início o período Paleolítico<sup>133</sup>, em seu período mais desenvolvido, onde já se caçava com o auxílio de utensílios confeccionados à mão pelos homens primitivos, já existiam alguns princípios de “Direito”, mesmo que de forma rude.

[...] onde o homem primitivo começava a relacionar certos movimentos humanos e certas consequências biológicas, vivendo uma verdadeira loucura persecutória, atribuindo

---

<sup>133</sup> O Paleolítico ou Idade da Pedra Lascada, refere-se ao período da pré-história que aconteceu cerca de 2,5 milhões a.C., quando os antepassados do homem começaram a produzir os primeiros artefatos em pedra lascada, destacando-se de todos os outros animais, até cerca de 10000 a.C.

todas as mortes ocorridas à responsabilidade humana, sendo todas as ações delitivas e devendo haver punição. (COSTA, 2001, p. 02)

Sendo assim, o homem primitivo começa a ter contato e a pensar sobre aquilo que é livre e aquilo que é permitido, assim origina-se a palavra “tabu”, que nada mais é que, como corrobora Costa (2001, p.02), as “regras objetivadoras de afastar o homem primitivo das coisas e objetos carregados de um poder misterioso, demoníaco”. Desta forma, aproximar-se desses “veículos de vibrações negativas” faria com que o indivíduo se contaminasse.

Neste sentido é importante compreender que “as restrições do tabu são distintas das proibições religiosas ou morais” como salienta Freud (1913-1914, p. 16). Logo, o tabu não está pautado na ordem divina, mas impõe-se por conta própria e não se enquadram em nenhum sistema de lei. “Embora sejam ininteligíveis para nós, para aqueles que por elas são dominados são aceitas como coisa natural”, salienta (p. 16).

O ser humano caminha para a evolução e no período Neolítico<sup>134</sup>, o homem já fazia parte de uma verdadeira organização social, que deu alento para o surgimento de uma importante instituição, chamada de religião. Corrobora Costa (2001), que com esta, as antigas proibições carentes de maior fundamentação vão adquirir um contexto religioso, surgindo o chamado totemismo.

Existiam determinações do grupo para o culto do totem, e quando essas eram desobedecidas, o indivíduo desobediente era castigado, de tal forma que a ira despertada no totem recaía sobre todos da tribo. Portanto, a pena teria a finalidade de aplacar a fúria da entidade, sendo, deste modo, reparatória da atitude “ilícita”. (COSTA, 2001, p. 04).

Naquele período, havia outras formas de punições, sendo essas, a perda da paz e a vingança de sangue. Entende-se por perda da paz e vingança de sangue, respectivamente:

No caso da perda da paz, o chefe da tribo (que era o chefe do culto ao totem também) determinava a perda da proteção totêmica, expulsão, a perda das armas e dos alimentos também para o agressor. [...] Na vingança de sangue, o inimigo externo era executado, verificando-se aí uma primeira manifestação de reação social ao indivíduo que põe em perigo a paz do grupo e a própria existência deste. (COSTA, 2001, p. 04)

Prosseguindo no tempo, chega-se às civilizações. Que são grupos sociais com maior nível cultural e melhor organizados. Fica para trás a era em que bastava a palavra, na civilização há a necessidade da lei escrita. Costa (2001,

---

<sup>134</sup> Neolítico (pedra nova) ou Período da Pedra Polida é o nome do período que vai aproximadamente do décimo milênio a.C., com início da sedentarização e surgimento da agricultura, ao terceiro milênio a.C..



p. 05) ressalta que “era necessário a lei escrita, assim os direitos e suas correspondentes penas, na acepção mais moderna, surgiram quando os argumentos sociais passaram ao patamar de civilização” e com isto atinge o auge cultural depois da “saturação do estágio primitivo”.

Sendo assim, o sistema adotado no período Paleolítico, que gerava conflitos intermináveis entre as famílias, o que acarretava problemas a toda coletividade, junto a ele, a vingança, por atingir a todos, passa a ser administrada e regulamentada de forma centralizada, ou seja, por um poder central que passa a ditar as regras citadas no período Neolítico.

Com o objetivo de manter a civilização a humanidade buscou dominar a natureza e organizar a distribuição de renda. Isto não é uma tarefa fácil, pois ainda hoje se falam em distribuição de renda e o que se percebe, por meio da mídia escrita e televisiva, é a corrupção de quem deveria administrar o patrimônio público. É algo recorrente. Entretanto, para que a civilização se mantenha, faz se necessário renunciar à pulsão. (TREVISAN, 2013, p.36)

Desta forma, conseguimos iniciar a compreensão sobre a dificuldade do sistema carcerário em socializar o individuo que por cometer infrações ou crimes necessite do cárcere.

### **1.1. Os primeiros grupos sociais e suas penas**

Para que haja clareza ao estudo da pena, é imprescindível a análise de suas origens. Para Marques (2000, p. 01), estas origens a percepção do sentimento de punição já nos primórdios tem por finalidade perceber, também, a transição dessa punição para um poder central, que agora se incumbe de administrar a justiça.

Fala-se na Legislação da Pérsia, onde é possível demonstrar uma evolução, percebendo-se o aparecimento de um livre-arbítrio, pois o homem, como segundo Costa (2001, p. 07), “mesmo nascendo imperfeito, deve superar suas falhas e atingir a luz, como vitória do espírito do bem sobre o espírito do mal”.

[...] O povo fenício, conhecido como o povo do comércio, se preocupava principalmente com a repressão aos crimes relacionados com a atividade comercial. Comum também para os fenícios a pena de morte, atribuindo-lhe um cunho de prevenção geral, pela intimidação, através da imposição do castigo supremo. (COSTA, 2001, p. 07)

Posteriormente, destaca-se a Legislação Mosaica, que com o aparecimento de Moisés, tem por finalidade trazer “os princípios básicos da convivência humana da civilização ocidental, com verdadeiro espírito de proporcionar bem-estar social à tão desorientada civilização hebraica”. Não

obstante o direito hebraico se pauta na religiosidade monoteísta dando origem ao Cristianismo “sendo revelado por Deus a *Moisés*” com o objetivo de fazer uma “aliança entre o povo e o Senhor, consagrada pela Bíblia” (COSTA, 2001, p. 07).

Sendo assim, Moisés pode ser considerado como o “primeiro grande legislador universal”, segundo Costa (2001, p. 07-08) “sua importância é decisiva para estabelecermos o período no qual surgiram regras de conduta que iriam inspirar a maior parte dos ordenamentos surgidos até a nossa era moderna”.

Importante ressaltar o Código de Hamurabi, que era aplicado pelo rei Hamurabi da Babilônia. Costa (2001), diz, que o rei atuava como “mandatário divino”, e aplicava seu código, com data aproximada de 1694 a. C., tido como vindo “dos deuses *Anu* e *Bel* para todos respeitarem, contendo disposições severíssimas de repressão, tornando a execução do infrator quase que uma constante em seus artigos” (COSTA, 2001, p. 09).

Observa-se que o Código de Hamurabi, sendo constituído também de preceitos da ordem consuetudinária, dá unicamente um caráter jurídico às disposições da ordem penal. Havia realmente uma pena instituída para provocar o temor do indivíduo à punição e tendo um caráter totalmente objetivo por só considerar o aspecto exterior, ou seja, o dano provocado pelo delito cometido. Aplicava-se o famoso talião, que com este código surgiu sem consideração nenhuma acerca da possibilidade de atenuação da pena nem motivação do delinquente, consagrando a objetividade da responsabilidade que vai inspirar até a época de Aristóteles. Apesar da aparência monstruosa da regra do talião, deve-se considerar que o mesmo foi um avanço no sentido de aparecer pela primeira vez uma medida de proporcionalidade para dosagem da pena. (COSTA, 2001, p. 09)

Existiu, também, um código todo escrito em verso, conhecido por Código de Manu, também cumprindo ordens de um ser superior, esse código infligia terror à civilização indiana.

[...] Percebe-se que devido à profunda crença na doutrina do ser superior, o deus *Brahma*, onde acreditava-se que a existência presente era produto de faltas cometidas em outras vidas e que o sofrimento visava purificar os espíritos, que já nasciam imperfeitos, justificava-se a existência de camadas altamente miseráveis do povo, sem possibilidade de melhora social. Assim, se o indiano já possuía o *kharma* (provação a ser sofrida na vida presente) da pobreza, não deveria rebelar-se contra a sua condição,

cometendo delitos, já que este era o seu destino nesta vida. Posteriormente, com a divisão da sociedade em castas, sendo a dos sacerdotes a mais poderosa, agravou-se a crise moral, onde se aplicavam penas rigorosíssimas, tendo finalidade de purificar o espírito revoltado, imperando as mutilações e flagelos desumanos (como o corte de parte da língua da mulher adúltera), a pobres indivíduos oprimidos pelo injusto sistema social. (COSTA, 2001, p.10)

Doutrina Costa (2001, p. 10), que um dos mais polêmicos conjuntos de normas é o Alcorão, inspirado no culto a Maomé, profeta nascido em Meca, fundador do islamismo.

Pregava-se que “não havia livre-arbítrio, a vida seria uma linha reta sem intercessões e viver seria cultuar a divindade, devendo os que desobedecessem aos mandamentos de Maomé ser duramente castigados.” (COSTA, 2001, p. 11).

Percebemos que o castigo sempre fez parte da educação e esta deveria ter o objetivo de ensinar limites e ajudar no desenvolvimento dos indivíduos e não simplesmente castigar.

## **1.2. Perspectiva histórica da prisão**

A prisão, como leciona Oliveira (1996, p. 5), “é velha como a memória do homem e, mesmo com o seu caráter aflitivo, ela continua a ser a panaceia penal a que se recorre em todo o mundo.”.

Analisando a Roma Antiga e a Grécia, sabe-se que:

[...] na Roma Antiga, a prisão era desprovida do caráter de castigo, não constituindo espaço de cumprimento de uma pena, mesmo porque o rol de sanções se restringia quase unicamente às corporais e à capital. Este era um meio empregado para reter o acusado enquanto se aguardava o julgamento ou a execução da sentença. Já na Grécia, era costume encarcerar os devedores até que saldassem suas dívidas, a custódia servindo para obstar-lhes a fuga e garantir a presença nos tribunais. (LEAL, 2001, p. 33)

Corroborando Leal (2001, p. 33), que “tirando algumas experiências isoladas de prisão, foi a Igreja que, na Idade Média, inovou ao castigar os monges rebeldes ou infratores com o recolhimento em penitenciários”. Ainda nesse viés, Oliveira, (1996, p. 05), aduz que “o criminoso (pecador) aceitava e, às vezes, suplicava, como graça, a penitência. A “reabilitação” vinha da adesão íntima ao sofrimento purificador”.

Apenas no século XVI é que prisões legais com intuito de reeducação começaram a aparecer na Europa.

A prisão como pena que serve de meio à reeducação foi

inaugurada há Holanda, nos fins do século XVI, com a criação de casas correccionais na cidade de Amsterdam, em 1595 e 1597, respectivamente, para homens e mulheres. Essas duas prisões destinadas, a princípio, a ser uma espécie de “presídio” para vadios, mendigos e prostitutas, transformaram-se depois em penitenciárias. [...] Ressalta-se que o pioneirismo das mencionadas penitenciárias em Amsterdam consistiu em adotar a filosofia de destinar os estabelecimentos para o específico cumprimento de pena com caráter educativo, o que antes não existia. (OLIVEIRA, 1996, p. 06)

Importante mencionar que ainda não se falava em sistema penitenciário, o mesmo começou a surgir nos Estados Unidos e na Europa a partir dos subsídios trazidos por de um grupo de estudiosos. “As ideias desses pensadores foram, seguramente, a fonte maior de inspiração dos primeiros ensaios do que poderíamos chamar sistemas penitenciários modernos”. (LEAL, 2001, p. 35).

Na Filadélfia, segundo Leal (2001, p. 35), um sistema conhecido por pensilvânico, filadélfico, celular ou de confinamento solitário, foi experimentado e o mesmo era exercido em celas individuais, com tamanhos reduzidos, não possuindo atividades laborais e também, sem visitas. Buscava-se o arrependimento, fazendo a leitura da Bíblia.

As condições rigorosíssimas em que viviam, porém, conquanto assegurassem um ambiente de ordem e disciplina, isento quase inteiramente de fugas, e evitassem o contágio moral, a interação perversiva, criminógena, por outro lado exasperavam o sofrimento, afetavam a saúde física e psíquica dos apenados e de modo algum os preparavam para o retorno à sociedade livre. (LEAL, 2001, p. 35)

Posteriormente a esse sistema, passou a existir o do silêncio, que também ficou conhecido por sistema auburniano, levando esse nome, pois foi aplicado pela primeira vez na penitenciária de Auburn, no Estado de Nova York como corrobora Leal (2001, p. 35-36).

Sendo assim, as características basilares eram o “isolamento celular, mantido apenas no turno da noite, e a vida em comum durante o dia, com observância de absoluto silêncio, consoante regra de máximo rigor, cujo descumprimento era punido com castigos corporais imediatos.” (LEAL, 2001, p. 36)

Este sistema obteve bastante aceitação, mesmo acarretando problemas aos encarcerados, não podia negar-se um avanço, comparado ao antigo sistema, o modelo filadélfico.

Os dois sistemas – pensilvânico e auburniano – começaram a declinar e abriram caminho para novas propostas, que buscariam diminuir suas falhas e limitações. Surgiram, então, os sistemas progressivos, que, organizados em três ou quatro etapas, de rigor decrescente, a conduta e o trabalho sendo utilizados como meios de avaliação, preparavam o recluso gradativamente para a vida em liberdade e tiveram aceitação universal, de modo que em dezenas de países, com esta ou aquela variação, emprega-se hoje a progressividade na execução da pena, tendo como objetivo final o reingresso do condenado na sociedade. (LEAL, 2001, p. 36)

Demonstra-se, portanto, a contínua transformação dos meios de prisão em todo o mundo e as formas visionárias proporcionadas até que a pena privativa de liberdade fosse exposta e aplicada em nosso ordenamento jurídico.

## **2 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: SUAS METAS E FUNÇÕES**

Necessário demonstrar as fases pelas quais as penas passaram em todo o mundo, para que possa ser de fácil entendimento a pena privativa de liberdade nos dias atuais.

Para tal, faz-se necessário compreender brevemente quem é o sujeito pós-moderno. E Trevisan (2011, p.36) nos auxilia nesta tarefa salientando que atualmente os indivíduos “permeiam a busca da satisfação imediata, da ditadura da eficiência”, por causa, inclusive, “das mudanças no mundo ocorridas principalmente pela globalização”. A autora fala também sobre o quanto a “vinda da internet com as redes sociais que possibilitam que os acontecimentos da vida privada sejam reproduzidos na esfera pública” e o “esvaziamento das ideias e a mudança de valores que antes eram razões universais, como a ciência salvadora da humanidade e a religião como protetora dos indivíduos”, faz com que estes se tornem cada vez mais individualistas.

Para Trevisan (2011, p. 37) a maneira atual de “viver apresenta-se com a negação do sofrimento, seja com ele mesmo ou interagindo com o sofrimento do outro, acompanhado da busca incessante de felicidade. Ou seja, uma vida permeada pelo hedonismo”. Desta forma, a regra ou a lei ficam à serviço da felicidade ou não servem.

Sendo assim, como limitar e fazer o indivíduo compreender seus direitos e deveres. Logo esta retrospectiva se torna importante para compreender a função da pena privativa de liberdade e principalmente como se apresenta atualmente.

Podemos compreender o quanto houve mudanças do decorrer da história, para Leal (2001, p. 38) “Se, no início, a finalidade era apenas de retenção, de custódia, passou a ser vista como pena propriamente dita, como retribuição, com teor intimidativo e sentido correlacional”.

O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”. Por efeito dessa nova retenção, um exército inteiro de técnicos veio substituir o carrasco, anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; por sua simples presença ao lado do condenado, eles cantam à justiça o louvor de que ela precisa: eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva. (FOUCAULT, 1999, p.08)

Portanto, o entendimento trazido por Costa (2001, p. 74), é coerente ao dizer que “a sanção penal deverá atingir o bom senso e a vontade do criminoso, de modo semelhante a uma conversão de almas”, dessa maneira é que surgem as penas privativas de liberdade e os primeiros estabelecimentos para o cumprimento das sanções.

Posteriormente, a preocupação passa a ser com a segurança. Na tentativa de evitarem-se as fugas, houve a necessidade de construir muros altos, que foram reforçados com barras de ferro, instalaram-se, também, sistemas de alarmes, dentre vários outros artifícios para controlar essas fugas.

Como desígnio, leciona Thompson (2000, p. 05), que “o conceito da tríplice finalidade é bastante familiar mesmo ao homem comum do nosso tempo, para quem, ao menos no plano racional, o preso é colocado na penitenciária com vistas a ser punido, intimidado e, principalmente, reformado”.

Fazendo-se uso da tríplice finalidade, Costa (2001, p. 76) levanta a hipótese de que:

Desta forma, o aspecto de maior controvérsia entre os doutrinadores é o efeito ideal que a pena privativa de liberdade deve surtir sobre o réu, nuance esta que transcende o estilo do edifício prisional, que suscita, inclusive, opiniões radicais defensoras da total falência das prisões, onde chega-se a afirmar a impossibilidade de coexistência dos fins de castigar e regenerar o réu, como por exemplo, em relação a excessiva preocupação com a vigilância do presídio, que é prejudicial ao próprio investimento em atividades úteis para os reclusos. Além disso, para os defensores desta opinião, mesmo que atingíssemos um elevado nível de condições do sistema prisional, as mesmas não seriam suficientes para minorar as altas taxas de reincidência, conforme se verifica em países avançados em termos de sistema prisional.

Thompson (2000, p. 05), traz a punição como forma de castigo, onde se faz sofrer. O sofrimento é meio de intimidação, causando terror, o que é reconhecidamente improvável para a obtenção de reinserção do indivíduo.

### **3 A SITUAÇÃO CONCRETA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Os estudos até então, trazem para a realidade social, uma função que foge às finalidades. Nota-se, com esse sistema, uma exclusão social em benefício de uma classe dominante. Neste sentido:

O que se indicou em relação aos limites e aos processos contrários à reeducação, que são característicos do cárcere, se integra com uma dupla ordem de considerações, que toca ainda mais radicalmente a natureza contraditória da ideologia penal da reinserção. Estas considerações se referem à relação geral entre cárcere e sociedade. Antes de tudo, esta relação é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir. (BARATTA, 2002, p. 186)

Importante ressaltar que a sociedade carcerária distingue-se da sociedade externa de diversas maneiras, mas, como corrobora Baratta (2002, p.186), em “[...] sua estrutura elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais “pura”, das características típicas da sociedade capitalista”.

Portanto, Baratta (2002, p.186), afirma ser importante que, antes de se falar em educação e reinserção, é necessário que seja feito um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Podendo, com esses embasamentos, elucidar que antes de modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade que exclui, uma vez que, somente assim a raiz do mecanismo de exclusão pode ser atingida.

Não obstante, é de suma importância elencar que o cárcere tem como efeito a criminalização, ou seja, é tido como escola do crime para aqueles que ali foram inseridos.

Verdade apodítica é que a prisão possui efeitos criminogênicos, como agência nutriz do processo de criminalização secundária e de reincidência criminosa. Exatamente, porque a sua função real, ao contrário do que anuncia, é de “sementeira” de criminalização e de reiteração criminal. (TRINDADE, 2003 p. 18)

Para evidenciar o papel de escola que o cárcere possui, Thompson (2000, p. 08), diz que “a reentrada de ex-convictos na prisão, de que se tem notícia a todo o momento, é fenômeno assimilado de maneira bastante tranquila, não chegando, sequer, a arranhar a sensibilidade social”. Destarte, fica elucidado, assim como, também, é explanado pelo autor, que o que foi elencado, “trata-se de prova manifesta de que a instituição falhou nos objetivos, sobretudo no que atende à intimidação e à recuperação. Entretanto, a constatação do fato não oferece ensejo a reações perceptíveis por parte da população” (p.08).

Toda vez que um detento consegue escapar das grades será, necessariamente, instaurado um inquérito, visando a descobrir as causas e as responsabilidades referentes ao fato. Nunca ninguém se lembrou de adotar medida semelhante para cada caso em que um indivíduo, posto em liberdade, após submeter-se ao trabalho intimidativo e curativo da prisão, a ela retorna por força de reincidência. Não obstante, há aí prova sobeja de que a instituição fracassou e seria crucial averiguar as causas e as responsabilidades do insucesso, se tal é a medida que se toma relativamente a uma falha observada quanto à operação dos meios. (THOMPSON, 2000, p. 09)

Para Trevisan (2011, p.32) “os apelos por liberdade que tem como ideal a cura universal para os males atuais e quaisquer outros que possam vir e o prazer a qualquer custo, aparentam uma ideologia da elite global emergente”. E assim o homem apresenta “algo do seu mundo interno, que ameaça sua própria condição de “ser social” e que necessita ser regulado e ajustado pelas regras” (p.34).

Logo, a civilização que apresenta o sofrimento como forma de afastar o indivíduo da realização dos seus desejos e o aproxima da realidade e das leis, na intenção de leva-lo ao encontro da segurança, como relata Trevisan (2011), faz com que o indivíduo consiga respeitar as regras de forma moral e ética.

Porém o custo para garantir a satisfação é demasiado ao humano, salienta Trevisan (2011). Tudo porque ordem e segurança dependem da renúncia da satisfação imediata para obter-se segurança.

Se o sistema carcerário conseguisse desenvolver a conscientização e culpabilização do cárcere para que este pudesse refletir sobre seus atos e para tal seria necessário uma punição que tivesse ligação ao ato infrator, como salienta Piaget (1998).

E o sistema, com o aval da sociedade atual, nada faz para que a marginalização do indivíduo infrator acabe e ele possa ser inserido na sociedade, o que acarreta cada vez mais a reincidência, pois o indivíduo sem perspectiva encara obstáculos que o empurra cada vez mais para a criminalidade, o deixando à margem da sociedade.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como elencado até então, nota-se que o castigo existe desde os primórdios e mesmo transformando-se, nunca teve como prioridade a conscientização dos atos daqueles que outrora passaram pelo castigo.

Não havendo conscientização, o indivíduo hedonista não conseguirá sair do egoísmo, não tendo meios para voltar-se, assim, à cooperação, o que causa uma amarra no sistema, pois, dessa maneira, não há que se falar em ressocialização.

Sendo assim, é necessário que as atenções sejam voltadas à política educacional da sociedade atual, pois a instituição penitenciária está integralizada com todas as outras instituições sociais, e, sozinha não conseguirá se reformar.

Sem que as demais instituições sociais funcionem, não há que se cobrar efetividade do sistema carcerário, pois, por estarem interligadas, precisam de efetividade para que as mudanças possam ocorrer.

Analisando a reincidência, nota-se que ela é cada vez mais comum e que não existem medidas para averiguar suas causas e tampouco combatê-las, o que demonstra um sistema frágil que não se preocupa de forma eficaz com os objetivos traçados por ele mesmo.

Não obstante, o sistema prisional tendo por função punir, intimidar e reformar, pedagogicamente, ficou claro que é extremamente difícil estabelecer essa punição reformadora, pois, a mesma vai contra tudo o que está vigente sobre educação.

Salienta-se, ainda, que, mesmo sendo provada a falha dos objetivos da instituição penitenciária, nenhuma providência é tomada pelo sistema e também não existem manifestações de maneira perceptível por parte da sociedade, o que demonstra uma marginalização daqueles que estão e/ou estavam encarcerados.

Fica claro que o cárcere nada mais é que a marginalização social, pois não há efetivo contato com o problema buscando a sua solução, que é a ressocialização do indivíduo. Apenas o encarceram, o excluindo e, portanto, escondendo o problema social causado e posteriormente, aumentando esse problema, pois a reincidência cresce a cada dia em nosso sistema.

Assim, para que o sistema carcerário tivesse eficácia, teria que ser recriado, podendo tomar outras formas, e tendo como base, uma sociedade sólida, com suas instituições sociais reformadas, com um intuito de conscientização social, que vise o todo e não a necessidade de alguns.

Portanto, as mudanças necessitariam começar em nossa sociedade, fazendo com que as necessidades individuais sejam repensadas em prol de um todo, trazendo aqueles que estão à margem para uma efetiva interação social, e assim, possibilitando que esses indivíduos marginalizados possam ter reais perspectivas para suas vidas.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002

BECCARIA, Cesar Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4º ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: UnB, 2000.

BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causa e alternativas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

COSTA, Claudia Pinheiro da. *Sanção penal: sua gênese e tendências modernas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramalhete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. 1913 – 1914. Disponível em: [http://www.planonacionaldeleitura.gov.pt/clubedeleituras/upload/e\\_livros/cle000164.pdf](http://www.planonacionaldeleitura.gov.pt/clubedeleituras/upload/e_livros/cle000164.pdf). Acesso em 04 de maio de 2014.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4º Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel Guimarães. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HIRECHE, Gamil Föppel. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2 ed. Rio de Janeiro: ed. Luam, 1993.

LEAL, César Barroso. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Delrey, 2001.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Renavan: ICC. (pensamento criminológico; vol. 11). 2º ed., 2010.

MENEGAT, Marildo. *Estudos Sobre Ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face oculta da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e Alternativas à Prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OLIVEIRA, Odete Mara de. *Prisão: um paradoxo social*. 2º ed. Florianópolis: UFSC, 1996.

PIAGET, Jean William Fritz. *A educação da liberdade (1945)*. In. Sobre a

Pedagogia. Textos Inéditos. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

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

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, Almeida Lourival. *A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TREVISAN, Magda Marques. *A compreensão do sujeito (pós) moderno: uma visão psicanalítica e sociológica*. 2011. 43f. Monografia - Especialização em Psicoterapia Psicanalítica - Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", - UNIVEM, Marília-SP, 2011.

VELO, Joe Tennyson. *Criminologia analítica: conceitos de psicologia analítica para uma hipótese etiológica em criminologia*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

WACQUANT. Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

## *PEDOFILIA, SOCIEDADE E DIREITO PENAL DO INIMIGO*

Giovana Zaninelli<sup>135</sup>

### **Resumo:**

O presente estudo pretende realizar uma reflexão acerca da prática contumaz e indiscriminada do senso comum e de profissionais das mais variadas áreas, inclusive os ligados à comunicação de massa de propagar a expressão “crime de pedofilia” de modo totalmente inadequado. Por meio da interdisciplinaridade visa esclarecer juridicamente porque pedofilia não pode ser considerada crime, justamente por se tratar de uma espécie de parafilia. O artigo emprega o método científico-dedutivo de pesquisa bibliográfica. O principal objetivo é estabelecer parâmetros para que os assuntos a respeito de temas relacionados a pedofilia não sejam tratados de forma superficial e leiga quer seja pela mídia quer seja pela população. Tanto pedófilos como não pedófilos podem ser responsabilizados por cometer fatos típicos descritos pela norma relacionados a exposição sexual de menores, pois o direito penal não existe para punir uma pessoa pelo fato dela ser portadora de alguma anomalia, mas tão somente quando sua conduta incorre em tipos penais descritos pela norma, caso contrário, se trataria de direito penal do inimigo.

### **INTRODUÇÃO**

O objetivo deste trabalho visa ir além da produção científica e acadêmica e procura fazer com que um direito tão ininteligível por grande parte de população, possa se tornar uma fonte de conhecimento, esclarecimento e divulgação das normas jurídicas, principalmente para uma população não acadêmica da área correlata ao direito que porventura possa ter acesso a esta leitura.

Este intercâmbio entre o meio acadêmico e o senso comum é de fundamental e salutar importância, motivo pelo qual deve ser incentivado, a fim de provocar o debate e a reflexão de certos assuntos do universo jurídico que fazem parte do cotidiano da sociedade, com profundidade e conhecimento.

Tal provocação para a reflexão tanto em meios acadêmicos quanto para a população alheia ao ramo do direito, se destina a provocar um debate livre das alienações difundidas pela mídia a fim de que a população tenha opiniões baseadas em ideias próprias, fundamentadas em conhecimento técnico específico.

Diariamente a população se depara com notícias sensacionalistas apresentadas pela mídia, as quais veiculam a expressão “crime de pedofilia”. Não raras vezes, pode ser ouvida a seguinte frase: “Responde a quatro ações

---

<sup>135</sup> Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito. Bolsista da Fundação Araucária. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina UEL (2011-2012). Aluna especial do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina UEL (1º semestre 2012). Especialista em Ministério Público no Estado de Direito pela UNOPAR Universidade Norte do Paraná/ Fundação Escola do Ministério Público FEMPAR (2010-2011). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas de Rolândia - FACCAR (2009). Graduada em Turismo com ênfase em hotelaria pela Universidade Norte do Paraná UNOPAR (2005).

por pedofilia". Por raciocínio lógico, pode se chegar à conclusão de que do mesmo modo que ninguém pode ser processado por esquizofrenia, demência, cleptomania, zoofilia, dentre outros distúrbios psiquiátricos, também não pode ser processado por pedofilia.

Pedofilia é uma espécie do gênero da família das demais parafilias, tais como zoofilia, necrofilia. É um transtorno psíquico o qual produz no transtornado forte desejo de realizar atos sexuais e libidinosos com crianças. De acordo com a legislação penal brasileira o direito penal adota a teoria da conduta, ou seja, pune o fato praticado pelo autor que esteja em desacordo com a finalidade da norma descrita e não pune o autor por simplesmente pelo fato deste apresentar características pessoais individuais que não produziram efeito no mundo dos fatos.

Ainda assim, o agente deve ser planamente capaz de discernir os seus atos ao realizar a conduta descrita no tipo penal. Nos casos de parafilia, o indivíduo que sofre de transtorno psicológico pode não ser plenamente capaz de entender os atos de sua conduta. Neste caso devem ser trabalhadas as modalidades de semi-imputabilidade e de inimputabilidade caso fique caracterizado na avaliação médica a anomalia latente no indivíduo.

Pode ser concluído que a pessoa pode ter transtorno psicológico pedofilia e não incorrer em nenhum tipo penal descrito na norma. Assim como, a pessoa pode ser sadia e incorrer no tipo penal descrito pela norma e responder por crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes descritos especificamente nos dispositivos legais.

## **1. PEDOFILIA COMO PARAFILIA E NÃO COMO CRIME**

As ferramentas de comunicação que a sociedade atual possui, fazem com que o alcance, a divulgação e a agilidade com que se propagam informações inapropriadas e descritas pela norma como crime, aconteçam de maneira potencializada e com resultados devastadores para a privacidade e intimidade das vítimas.

A sociedade moderna é caracterizada por ser a sociedade da informação, do consumo, da comunicação, a qual de modo muito precoce expõe suas crianças a ferramentas que podem implicar em sérios riscos para a segurança e a intimidade pessoal dos pequenos.

A população por sua vez, exige do direito penal uma providência, nem que seja simbólica, para excluir do convívio em sociedade os indivíduos com comportamentos que entendem ser indesejados.

A antiga obra escrita por Beccaria, (2003, p. 116), há séculos, já mencionava que as leis castigavam a pederastia, com rigor: eram utilizados tormentos atroztes em busca de combater o desvio das paixões humanas do homem escravizado que vive em sociedade. Tal sociedade, assim como as atuais quer homens uteis ao demais e não a si mesmos, por outro lado, a sociedade dos prazeres é consequência da educação ou falta dela e fomentada em casas onde viviam muitos jovens (colégios internos), onde o sexo oposto e o exercício da sexualidade estavam separados por barreiras intransponíveis.

Estes jovens estavam fadados a uma velhice precoce, a um vigor mal desabrochado e conseqüentemente sem utilidade para a humanidade.

É a própria sociedade quem fabrica, quem exclui e segrega aquelas pessoas tidas como indesejáveis ao convívio com os pares, por meio de normas. A população, diante de notícias relacionadas a atos sexuais que envolvem menores em situação de vulnerabilidade, cobra providências imediatas, que muitas vezes são realizadas sem preocupação com a viabilidade técnica.

A população leiga, fomentada pela mídia, clama por punições absurdas. No exemplo dos crimes que envolvem “pedofilia” a castração química, é geralmente sugerida como alternativa para resolver o problema. Tal solução mágica é sugerida de modo “simplista” como se a Constituição Federal brasileira permitisse algum tipo de pena cruel, aviltante ou degradante.

Os princípios da legalidade e da anterioridade são garantias contidas no texto constitucional aos indivíduos diante da possibilidade do Estado aplicar a lei penal em detrimento da liberdade do indivíduo. O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, define como crime, somente aquele fato típico, já descrito anteriormente pela norma, antijurídico e culpável.

A criação dos tipos penais incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à garantia formal de lei elaborada anteriormente. Tal afirmação compreende, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira pré determinação normativa (Lex scripta Lex praevia ET Lex certa), deste modo, não há crime, infração penal, nem pena ou medida de segurança: sanção penal, sem previa lei (stricto sensu). (PRADO, 2011, p. 69)

Somente pode ser considerado crime, aquilo que é anteriormente descrito pela norma. A legislação de um país define o que é crime baseada nos valores tidos como mais caros por uma sociedade e que segundo esta, são dignos de proteção, também descritos como bem jurídico.

O conceito de bem jurídico deve ser inserido e a sua introdução do ponto de vista doutrinário justificada pela a sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes (PRADO, 2011, p.31).

O conceito liberal de bem jurídico é mais endereçado ao legislador, precede o direito positivo e independe dele. O injusto penal compreende a doutrina culpável e ilícita. Em sentido material, o lícito opera uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma, ou seja, bem jurídico tutelado. O bem jurídico por sua vez, é uma criação da experiência e um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Do ponto de vista formal, o ilícito significa transgressão de uma norma estatal (mandato ou dever). (PRADO, 2011, p.36)

A concreta realidade empírica é a que se refere a conduta típica, o objeto real da experiência atingido diretamente pelo atuar do agente, ou seja, o objeto da ação vem a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. (PRADO, 2011, p. 51).

Nos delitos previstos nos artigos 217-A e seguintes do Código Penal bem

como nos tipos penais descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente, o bem jurídico protegido é a dignidade sexual dos vulneráveis, tida como valiosa de acordo com a cultura e parâmetros da sociedade brasileira e tutelada, antes de qualquer indivíduo incorrer naquilo que ficou descrito como tipo penal.

Não há como proibir alguém de ser portador de qualquer tipo de doença, seja ela qualquer uma das modalidades de parafilia, ou mesmo algum tipo de esquizofrenia, cleptomania, dentre outras. O que há na legislação é uma proteção, para quando qualquer indivíduo, sair dos seus transtornos pessoais e de seus pensamentos interiores, partir para o mundo dos fatos e incorrer em tipo penal descrito pelo Código Penal ou pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, relacionados a atividade sexual com crianças e adolescentes.

Não há como punir condutas antes que elas aconteçam. Não há como punir pensamento. O pensamento não é crime, a prática criminoso só se inicia quando ele sai da mente do indivíduo e passa a fazer parte do mundo dos fatos.

Para existir a responsabilidade penal pelo fato praticado é necessária e existência de uma conduta humana, externa e concreta. Não há punição do simples pensamento e nem pela simples intenção, modo ou condição de vida (DÍEZ RIPOLÉS, 1997 apud PRADO, 2011, p. 67).

O mal-estar social causado pela prática de delitos necessita de um processo comunicativo de impressões que possibilita a visibilidade e concretização do desajuste social como tal para assegurar que esta disfunção social seja considerada um autêntico problema social (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 28-9).

O termo “pedofilia”, não está inserido na seara jurídica e sim no campo da psiquiatria, onde é descrita como uma modalidade de distúrbio psicosssexual. Portanto, pedofilia, não está descrita pela norma como crime e nem poderia ser assim descrita, devido ao fato de ordenamento jurídico punir condutas realizadas e não condições peculiares dos indivíduos.

A Classificação Internacional de Doenças (CID-10), da Organização Mundial de Saúde (OMS), no item F65.4, define a pedofilia como "Preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes".

O *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-IV), da Associação de Psiquiatras Americanos, define uma pessoa como pedófila quando: Por um período de pelo menos seis meses, a pessoa possui intensa atração sexual, fantasias sexuais ou outros comportamentos de caráter sexual por pessoas com treze anos de idade ou menos ou que ainda não tenham entrado na puberdade. A pessoa decide por realizar seus desejos e seu comportamento é afetado por esses desejos, e/ou tais desejos causam estresse ou dificuldades interpessoais. A pessoa a ser tida por pedófila deve ter mais de 16 anos de idade e ser no mínimo 5 anos mais velha do que a criança.

Nos termos do dicionário Aurélio da língua portuguesa, pedofilia é “[...] s.f. Psiq. Parafilia representada por desejo forte e repetido de práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes”. (FERREIRA, 2009, p.1488). por sua vez, pode ser destacado que:

Parafilia.[...] s.f. Psiq. Cada um de um grupo de distúrbios psicosssexuais em que o indivíduo sente necessidade imediata, repetida e imperiosa de ter atividades sexuais, em que se incluem, por vezes, fantasias com objeto não humano, autossofrimento ou auto-humilhação, ou sofrimento ou humilhação, consentidos ou não de parceiro.[Deste grupo fazem parte o exibicionismo, o fetichismo, a frottage, a pedofilia, o masoquismo sexual e o voyeurismo.]. (FERREIRA, 2009, p.1519)

Por ser a prática de sexo com crianças uma prática criminosa e nefasta que ocorre no seio familiar os dados estatísticos restam prejudicados por falta de comunicação as autoridades. A violação de direitos da criança e do adolescente é uma modalidade de prática de violência doméstica sigilosa que ocorre no ambiente familiar. A vítima se sente culpada e também é muito comum ser efetivamente culpada por familiares omissos e negligentes.

Um indivíduo cleptomaniaco que der vazão aos seus impulsos, pode responder por furto e não por “crime de cleptomaniaco”. Neste sentido ainda deve ser estudada a culpabilidade, pois somente pode ser digno de imputação de culpa aquele que é inteiramente capaz de entender os atos que pratica.

### 1.1. Ordenamento jurídico e redução de pena

Capacidade necessariamente representa o entendimento e o discernimento adequado para ser responsabilizado por tudo aquilo que realiza. Não há como ser totalmente capaz para um ato e totalmente incapaz para outro, ou ele é totalmente incapaz, ou ele é relativamente capaz, ou ele é capaz. No caso da discussão acerca da idade de responsabilização penal seria fugir de um raciocínio razoável e lógico apregoar que um adolescente é capaz de entender os seus atos na seara penal e que ele não seria suficiente responsável para dirigir ou automóvel ou celebrar um contrato. Quando se fala em pedofilia, a lógica não é diferente.

Na seara penal, o artigo 26 do Código penal trata dos inimputáveis e dos semi-imputáveis: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”; “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

A propósito do princípio da culpabilidade, não há crime sem culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*) e a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade e a sua proporcionalidade na culpabilidade. Em uma sociedade democrática, como lídima expressão de justiça material, só há lugar para um direito penal do fato ou da culpa (PRADO, 2011, p. 66)



A culpabilidade, como reprovação pessoal da conduta ilícita, fundamenta, limita a pena e veda a responsabilidade objetiva pelo simples resultado. Como parte de seu conteúdo material como pressuposto de pena. É comum incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva. Daí a impossibilidade de se responsabilizar criminalmente alguém por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa. Não há delito ou pena sem dolo ou culpa, nos termos dos artigos 18 e 19, do Código Penal. (PRADO, 2011, p. 66)

A pedofilia deve ser considerada pela psiquiatria forense como uma perturbação de saúde mental e conseqüente semi-imputabilidade, quando o indivíduo é capaz de entender o caráter criminoso do fato e é parcialmente ou incapaz de agir de acordo com esse entendimento em virtude da perda do controle dos impulsos ou vontade. Deve ser considerada inimputabilidade quando associada ao alcoolismo, demência senil ou psicoses como, por exemplo, a esquizofrenia. Normalmente, é imposta medida de segurança que consiste em internação em Hospital de Custódia ou tratamento ambulatorial por tempo indeterminado. (MOSCATELLO, 2010)

## **2. PEDOFILIA, MÍDIA E DIREITO PENAL SIMBÓLICO**

A elaboração de uma norma penal requer um vasto conhecimento específico a respeito do assunto e sua problemática. Deste modo, ao elaborar uma lei que sirva somente para produzir um espetáculo perante a sociedade, ou seja, para angariar votos, para acalmar a sociedade com uma falsa sensação de segurança, a “alma”, e a finalidade da elaboração de normas de caráter penal restará seriamente comprometida.

Atualmente houve o desvirtuamento da função social peculiar da lei penal. Na falta de melhores alternativas as leis de caráter penal assumiram o papel de “código moral” da sociedade e passaram a ser utilizadas para satisfazer todo tipo de conflito e dilema valorativo social, com finalidade meramente simbólica (DÍES RIPOLLÉS, 2005, p. 14).

A imprensa imagina que pode atuar na sociedade como se fosse um quarto poder, capaz de determinar a formação da opinião pública, à margem de qualquer tipo de controle. Entretanto, a garantia de imunidade à censura é para tolher não apenas o controle da informação pelo Estado, mas também a distorção da informação promovida pelo proprietário do veículo de informação, pelo redator chefe, pelo editor, pelo repórter. Deve ficar bem claro que o titular da liberdade de imprensa, não é jornal, a emissora de rádio ou a televisão, mas o povo. (GRAU, 2011, p. 292-3).

Diante de grandes atrocidades, casos graves e crimes que provocam comiseração pública, a multidão inflamada por uma mídia sensacionalista e despreparada que se julga especialista em políticas criminais, clama por tratamentos severos, crueldade, vingança e punição simbólica e exemplar para aqueles que agem em desconformidade com a norma, o que reforça a ideia de recrudescimento das estruturas repressivas para vender a sensação de

segurança promovida pelo Estado (KAZMIERCZACK, 2010, p. 70).

Em um caso emblemático, repetidamente veiculado, são apresentadas pelos veículos de comunicação pessoas revoltadas e que clamam por JUSTIÇA no sentido leigo da palavra. Entretanto, justiça possui um conceito dotado de alta subjetividade. Assim, a tão aclamada justiça, nada mais parece ser do que um apelo por VINGANÇA, ou seja, uma resposta imediata por um suposto mal causado por determinado indivíduo.

Para melhor excitar a indignação moral, os meios de comunicação de massa reproduzem a violência e crueldade gratuita para que, as demandas de papéis vinculadas ao estereótipo assumam conteúdos de maior crueldade e ajustem sua conduta a estes papeis (ZAFFARONI, 2001, p. 131).

As chamadas leis penais simbólicas, de emergência que nada mais são do que fazer de conta que foi encontrado uma solução rápida para tranquilizar os anseios daqueles que acreditam no direito penal como a solução de todos os problemas.

O comportamento dos profissionais que veiculam informações correlatas ao direito penal deve ser repensado, pois é necessário: “[...] passar do erro á verdade, das trevas à luz. O formidável choque dos prejuízos úteis a um grupinho de homens poderosos contra as verdades vantajosas á débil multidão e a fermentação de todas as paixões revoltadas provocam males infinitos aos desgraçados mortais.” (BECCARIA, 2003, p. 134).

Quando se fala em pedofilia, logo aparece quem defenda a castração química como solução para o problema. Todavia, não como não se espantar com a inconstitucionalidade de tal pensamento defendido, uma vez que a constituição federal brasileira, jamais admitiria isso, pois veda de modo expresso a penas cruéis, aviltantes ou degradantes.

As normas de caráter penal que atendem aos ditames da opinião pública, na sua grande maioria, são deficientes em sua produção técnica e muitas vezes inconstitucionais e por falta de efetivo estudo de aplicabilidade e acabam por não produzir os efeitos desejados.

### **3. PEDOFILIA E O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O brasileiro clama por leis mais severas, a estilo “tolerância zero”, mas se olvida que as garantias penais são para todos. Logo, há dois pesos e duas medidas quando quer a punição exemplar para o outro e a misericórdia para si próprio quando incorre em erro.

O aumento exorbitante das penas de delitos já tipificados, ou ainda a criação de institutos como o Regime Disciplinar Diferenciado, demonstram que ao criar leis penais sem a necessária análise e viabilidade, o Estado passa a compactuar com um modelo de direito penal máximo com elementos semelhantes aos contidos no direito penal do inimigo (CALLEGARI; WEBBER, 2012, p. 4).

A consequência da individualização de um ser humano como inimigo resulta na negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo como uma característica de tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a

sua essência, ou seja, é, não nos diz mas nada a respeito da individualização em si mesmo (ZAFFARONI, 2007, p.21).

Segundo a teoria de Jakobs, deve haver um o direito penal para o cidadão e o um direito penal para ser utilizado para inimigo. O Estado pode ver os que delinquem como pessoas que tenham cometido um erro ou como pessoas que devem ser impedidas de destruir o ordenamento jurídico mediante coação. Ambas perspectivas em determinadas situações podem ser legítimas, entretanto, há o risco de serem utilizadas em oportunidades equivocadas (JAKOBS, 2007, p. 42).

O direito penal do inimigo mencionado por Jakobs pode ser visualizado nos preceitos de habitualidade, rufianismo e tendência à pornografia com a utilização de menores de idade, introduzidas nas reformas de 2003 do código penal espanhol. Tais preceitos se referem mais a determinados tipos de sujeito do que a atos efetivamente praticados, o que leva a concluir que a intervenção penal nesse caso recai na forma de vida ou nas tendências e inclinações do indivíduo (MUÑOZ CONDE, 2012, p.42).

É negado aos seres humanos apontados como inimigos da sociedade o direito de terem as suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal de garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente. O poder punitivo sempre fez discriminação entre seres humanos para alguns entes perigosos ou daninhos conferiu tratamento punitivo não condizente com a situação de pessoa humana (ZAFFARONI, 2007, p.11).

A denominação “inimigos da sociedade” como um ser humano considerado ente perigoso ou daninho e não como pessoa de autonomia ética, para a teoria política significa um tratamento diferenciado para seres humanos que devem ser privados do caráter de pessoa. Tal afirmação é própria de Estados absolutos que não admitem gradações e são totalmente incompatíveis com a teoria política do Estado de direito. Há uma contradição permanente quando a doutrina jurídico penal admite e legitima o conceito de inimigo, com os princípios constitucionais e internacionais de Estado de direito. (ZAFFARONI, 2007, p.11).

Esse direito penal do inimigo de Jakobs relembra o direito penal do autor propugnado pelos penalistas nazistas, para os quais não era relevante o fato delitivo cometido e sim a “perversão”, “inclinação ou tendência ao delito” ou potencial periculosidade criminal que pudesse ter o autor. (MUÑOZ CONDE, 2012, p.41).

O Direito penal do autor, ou seja, do inimigo representa uma gigantesca ameaça ao cidadão, pois viola garantias do Estado Democrático de Direito, além de não ser compatível com Estados civilizados. Até onde a exasperação das penas e a supressão de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo poderão chegar? Uma coisa é certa: não pode ser admitida em hipótese alguma a violência como forma de política criminal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidenciada a necessidade daqueles que têm o papel de veicular informações para os demais membros da sociedade, agir de modo responsável principalmente quando se tratar de assuntos técnicos e em especial os temas correlatos ao direito.

Cautela redobrada deve ser considerada em relação ao direito penal, pois este está ligado a questões que envolvem princípios constitucionais penais e processuais penais, presentes no ordenamento jurídico para garantir a segurança jurídica dos indivíduos contra arbítrios do ente Estatal.

Além de danos imensuráveis na vida de um possível inocente, cuja presunção de inocência deve ser respeitada e presumida até o trânsito em julgado da sentença condenatória, há também o desserviço prestado à população que possui como principal fonte de informação os meios de comunicação e aos quais dispensa alto teor de confiança.

A lei serve para todos de forma igualitária e indistinta e deve proteger aqueles que dela necessitam e resolver da forma mais adequada a problemática questão daqueles que insistem em infringir as regras, principalmente aqueles que praticam atos contra minorias, vulneráveis e causam imensuráveis violações à dignidade da pessoa humana.

A triste realidade brasileira faz com que os abusos sexuais sofridos por crianças no ambiente doméstico não sejam levados ao conhecimento das autoridades. A alta cifra negra desta modalidade de criminalidade faz com que muitos atos de sadismo e barbaridade cometidos contra crianças e adolescentes fiquem impunes. É um sofrimento silencioso, o qual muitas vezes a mãe da criança sabe da prática abusiva e nada faz pelo fato do marido ou companheiro sustentar financeiramente a casa.

Cumpram aqui destacar a finalidade do Estatuto da criança e do adolescente, bem como sua doutrina da proteção integral a ser utilizada para combater situações de opressão e violência contra crianças e adolescentes em situações de risco principalmente no âmbito doméstico.

Para muitas mães de crianças em situação de vulnerabilidade, romper com o silêncio significa perder o provedor do lar, sair da zona de conforto e trabalhar sozinha para sustentar os filhos.

Fora do âmbito doméstico a criança também não está livre de sofrer abusos e ter a sua intimidade violada, principalmente pelo fato das novas tecnologias disseminadas e o uso da rede mundial de computadores, faz com que crianças sejam colocadas em situação de vulnerabilidade de modo globalizado.

O senso comum pensa que pedofilia é crime, pois não sabe diferenciar os elementos básicos da definição de crime e pensa que um pedófilo possa por si só ser considerado um criminoso pelo simples fato de ser portador de transtorno psiquiátrico.

Deve haver muito cuidado com generalizações, pois nem todo pedófilo é criminoso e nem todo criminoso que comete crime contra criança é um pedófilo, ele pode não ter este distúrbio psiquiátrico e resolver manter relações sexuais com criança por sadismo ou por maior oportunidade de ludibriar.

Sob a ótica técnica, é uma grande impropriedade falar em crime de pedofilia, No aspecto psicológico, a violência doméstica prejudica a formação do ser em desenvolvimento que pode carregar traumas que podem muitas vezes não serem superados por toda uma vida e além de prejudicar as relações interpessoais interfere diretamente na capacidade de concentração e aprendizado na criança e do adolescente.

## Referências

BECCHARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.160p. Tradução de: Dei delitti e delle pene.

CALLEGARI, André Luis; WEBBER, Suelen. O Mito do punir mais é melhor: reflexos da expansão do direito penal fomentada pela mídia. *IBCCRIM*, São Paulo, jan. 2012. Disponível em:

<[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur\\_id=10640](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10640)>.

Acesso em: 02 jan.2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 219p.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal no inimigo: noções e críticas*. ; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

KAZMIERCZACK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. 175p.

MOSCATELLO, Roberto. Pedofilia como doença passível de inimputabilidade. *Conjur*, 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jun-10/pedofilia-doenca-mental-passivel-semi-inimputabilidade> Acesso em 18 de fev.2014

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal do inimigo*. Tradução Karyna Batista Sposato. Juruá, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID 10: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas*. Porto Alegre. Artmed:1993

PARAFILIA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 1488

PEDOFILIA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009. p. 1519

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p 127.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. (Pensamento criminológico, 14).