

**FACULDADE VENDA NOVA DO IMIGRANTE - FAVENI**

**SEGURANÇA PÚBLICA**

**EDVALDO DE SOUZA LIMA**

**DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL MÁXIMO**

**CAMPINAS-SP**

**2022**

## DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL MÁXIMO

EDVALDO DE SOUZA LIMA<sup>1</sup>,

Declaro que sou autor<sup>1</sup> deste Trabalho de Conclusão de Curso. Declaro também que o mesmo foi por mim elaborado e integralmente redigido, não tendo sido copiado ou extraído, seja parcial ou integralmente, de forma ilícita de nenhuma fonte além daquelas públicas consultadas e corretamente referenciadas ao longo do trabalho ou daqueles cujos dados resultaram de investigações empíricas por mim realizadas para fins de produção deste trabalho.

Assim, declaro, demonstrando minha plena consciência dos seus efeitos civis, penais e administrativos, e assumindo total responsabilidade caso se configure o crime de plágio ou violação aos direitos autorais. (Consulte a 3ª Cláusula, § 4º, do Contrato de Prestação de Serviços).

**RESUMO-** O presente artigo tem por objetivo trazer à reflexão não de forma exaustiva as formas de cumprimento da pena, os seus reflexos no delinquente e conseqüentemente os danos que podem eles sofrer, buscando-se ao final encontrar meios para amenizar estas conseqüências sobre os indivíduos e a sociedade. As teorias do Direito Penal Mínimo e do Direito Penal Máximo são abordadas de forma jurídica, política e acima de tudo criminológica, traçando-se uma correlação com a legislação penal brasileira. Ademais, um estado democrático de direito deve buscar um nível de bem estar social que esteja aliado com o Princípio da intervenção mínima do estado, modelo este que só se alcança ao aliar a conduta social a costumes que em si busquem ao máximo evitar a prática de atos que geram sanções.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal. Formas de sanção. Pena.

---

<sup>1</sup> edvaldodsl@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Toda vez que o sistema prisional ou a sensação de insegurança são colocados em xeque ou o combate à criminalidade se mostra fracassado são colocadas em evidência as teorias do Direito Penal Máximo e do Direito Penal Mínimo.

Na Idade Média mais exatamente no período absolutista, não havia uma preocupação com a extensão ou gravidade da conduta praticada pelo indivíduo, a ideia que se tinha do direito penal era que o seu funcionamento se dava precipuamente como mecanismo de controle social ou instrumento de dominação, não servindo de referência ao legislador o desabono social do comportamento controvertido.

Aprende-se nos meios acadêmicos que o direito acompanha a evolução da sociedade, e não o contrário, desta forma, o direito é de forma infinita repensado, até se chegar à norma que melhor se adéqua ao meio social em que se quer o controle. No entanto, quando esta norma deixa de acompanhar a sociedade, acaba ficando defasada/ultrapassada e muitas das vezes injusta frente o contexto que se estabelece. Serve como exemplo a norma que estabelecia que adultério era um crime, fato esse que hoje não é mais considerado, tendo em vista a revogação do dispositivo que tratava da questão em nosso ordenamento jurídico, em virtude da Lei 11.106/2005.

Mesmo não desconhecendo a importância da proteção jurídica da família e do casamento, é de se concluir que hoje não mais se justifica a proteção penal outorgada pelo legislador de 1940.

Não se trata de render homenagens ao adultério. O que é imperativo reconhecer é que o casamento e a família encontram outras formas de proteção no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no inciso I do artigo 1.566 do Código Civil, que determina o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges.

Desta forma, se faz necessário adentrar ao trabalho, visto que se mostra imperativo tomar conhecimento deste amplo e desafiador tema, tratasse de uma discussão que não se encerrará agora, na qual envolve toda a sociedade e todos os ramos das ciências jurídicas, humanas, da antropologia, da filosofia, das ciências sociais e políticas, ou seja, provoca interesse, independentemente da ideologia que se adere, seja em abolicionista ou adeptos da repressão. Por fim, cumpre mencionar

que o método utilizado foi o dedutivo, descritivo, cujo objetivo é recolher analisar e interpretar as contribuições teóricas já existentes sobre o fato, tendo como base a utilização de leis e livros doutrinários.

## **2 DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL MÁXIMO**

Conceitua-se direito penal como sendo o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder de punir do Estado por meio da tipificação de crimes e da cominação de penas.

O conjunto de normas e regras que estamos acostumados a vivenciar é denominado Direito Positivo, que se contrapõe ao chamado Direito Natural. O Direito Natural, como indica o nome, é algo inerente ao próprio indivíduo e anterior a qualquer contrato social.

Por outro lado, o denominado Direito Positivo é algo cogente, impositivo, pois obriga a todos os indivíduos que integram esse determinado grupo social a o obedecerem e cumprirem, sob pena de imposição de sanções àqueles que violarem seus preceitos. Desta forma, como é o Estado que edita o Direito Positivo, também é ele quem prevê as consequência e sanções aos que violam seus preceitos.

O Estado é o titular do Direito de punir (*jus puniendi*), que tem caráter público, portanto, a relação existente entre autor de fato tido como criminoso e a vítima é secundário, pois esta não tem o direito de punir, uma vez que, essa é uma atividade exclusiva do Estado (*jus perseguendi*).

Segundo Francisco Munõs Conde:

O Direito Penal existe porque existe um tipo de sociedade que dele necessita para manter as condições fundamentais de sua convivência. Sem ele, isto é, sem a sanção do comportamento social desviado (delito), a convivência humana em uma sociedade tão completa e alternamente técnica como a sociedade moderna seria impossível. A pena (ou, em sentido o caso, a medida de segurança) é uma condição indispensável para o funcionamento dos sistemas sociais de convivência ou, como diz o projeto alternativo alemão de 1966, redigido por um grupo de penalistas, “uma amarga necessidade em uma sociedade de seres imperfeitos como são os homens.”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> CONDE, Francisco Munõz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Neste contexto, é alvo de veemente discussão nos meios jurídicos a forma como deve ser punida a conduta praticada pelo indivíduo quando do rompimento da paz pública protegida pelo Direito Penal, sendo imperiosa a abordagem do Direito Penal Máximo e do Direito Penal Mínimo como meio de intervenção do estado, quando da prática de condutas penalmente puníveis.

## **DIREITO PENAL MÍNIMO**

O Direito Penal deve apenas sancionar as condutas mais graves e perigosas que lesem os bens jurídicos de maior relevância, deixando de se preocupar com toda e qualquer conduta lesiva, caracterizando, portanto, o caráter fragmentário do Direito Penal, que é corolário do Princípio da intervenção mínima.

Segundo o Direito Penal mínimo se outras formas de sanção ou controle social forem eficazes e suficientes para a tutela dos bens jurídicos, a sua criminalização não é recomendável.

O doutrinador ZAFFARONI em sua obra, *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* faz uma interpretação do Direito Penal através de um panorama geral da deslegitimação do sistema penal, principalmente o latino-americano e propõe sua reinterpretação.

O autor neste trabalho, que é consequência de vários estudos anteriores, oferece as suas principais teses e propostas, expõe a necessidade de desenvolver um saber penal específico para nossa região marginal e reconstruir a Dogmática Jurídico-Penal sob as bases de um Direito Penal garantidor, que possua os Direitos Humanos como fio condutor.

Na mesma seara o doutrinador PAULO QUEIROZ, resume tudo aquilo que pretende sempre defender socialmente e individualmente para garantir uma maior segurança jurídico-penal para todos:

Por que defendo um Direito Penal Mínimo. Porque uma das coisas que mais fiz, faço e farei (possivelmente) é arguir prescrição, em crime de homicídio inclusive; e a prescrição – expressão máxima da falência do sistema penal - é sempre uma frustração e uma injustiça; exatamente por isso, um direito penal mínimo não significa enfraquecer o sistema penal, mas fortalecê-lo; Porque, apesar de se ocupar de um sem número de ações e omissões, a efetiva intervenção do sistema penal (ações penais, condenações, prisões etc.) é estatisticamente desprezível; Porque mais leis, mais policiais, mais juizes, mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos (Jeffery); Porque multiplicar leis penais significa apenas multiplicar violações à lei; não significa evitar crimes, mas criar outros novos (Beccaria);

Porque o direito penal intervém sempre tardiamente, nas consequências, não nas causas dos problemas; intervém sintomatologicamente, não etiologicamente; Porque problemas estruturais demandam intervenções também estruturais e não simplesmente individuais; Porque o direito penal deve ser minimamente célere, minimamente eficaz, minimamente confiável, minimamente justo; Porque, se o direito penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, segue-se que, como última ratio do controle social formal, somente deve intervir quando for absolutamente necessário; Porque a intervenção penal, por mais pronta, necessária e justa, é sempre tardia e incapaz de restaurar a auto-estima ou atenuar o sofrimento das vítimas; é uma intervenção traumática, cirúrgica e negativa (García-Pablos); e prevenir é sempre melhor que remediar; Porque, por vezes, a pretexto de combater a criminalidade, o direito penal acaba estimulando a própria criminalidade, atuando de modo contraproducente, especialmente nos chamados crimes sem vítima (contravenção do jogo do bicho, exploração da prostituição de adultos, tráfico de droga etc.); Porque não existe prova alguma de que o direito penal evite novos crimes, seja em caráter geral, seja em caráter individual (ressocialização), de sorte que prevenção geral e especial têm mais a ver com crenças, mitos e fantasias do que com ciência; Porque, a pretexto de combater violência, o direito penal, que também é violência, acaba gerando mais violência, nem sempre legítima; não raro é um só pretexto para a violação sistemática de direitos humanos; Porque o direito penal, assentado que está sobre uma estrutura social profundamente desigual, seleciona sua clientela, inevitavelmente, entre os setores mais pobres e vulneráveis da população; punir os chamados criminosos do colarinho branco, além de ser exceção a confirmar a regra, é só uma tentativa (quixotesca) de atenuar o nosso mal-estar, como se fosse possível, por meio da intervenção penal, inverter a lógica funcional do modelo capitalista de produção; Porque uma boa política social ainda é a melhor política criminal (Franz von Liszt).<sup>3</sup>

Em face da operacionalidade do direito penal na busca da garantia de segurança dos indivíduos em sociedade, é necessário que sejam analisados certos parâmetros gerais em relação aos bens jurídicos a seres tutelados penalmente.

O Direito Penal como forma de controle social está em constante mutação segundo entendimento de PAULO NADER:

As instituições jurídicas são inventos humanos, que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o direito se envelhecer, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para qual foi criado. Não basta, portanto, o ser do direito na sociedade, é indispensável o ser atuante, o ser atualizado. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e harmonia social.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/por-que-defendo-um-direito-penal-minimo/>>. Acesso em 05 de outubro de 2021.

<sup>4</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Desta forma verifica-se que dentre os vários instrumentos de controle social que o Estado dispõe o melhor caminho para se fazer a tutela dos bens da vida necessários para a segurança e a tranqüilidade da sociedade, embora de forma contundente e ameaçadora, o Direito Penal ainda exerce um papel relevante de controle social, porém, como *ultima ratio*, destacando-se assim, a importância da valoração na sua construção e na sua aplicação.

No entanto, frente a resultados insignificantes, surgiram então os defensores minimalistas e foi criada a teoria do Direito Penal Mínimo, que não tem previsão legal, mas está assentada nas máximas garantias constitucionais e nos princípios basilares do direito, tais como o da: insignificância, adequação social da conduta, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, legalidade, dignidade humana, dentre outros.

Ainda, faz-se necessário fazer breves considerações a respeito dos conceitos de descriminalização e despenalização e os grandes reflexos que exercem no direito penal mínimo, uma vez que se visa punir intensamente as condutas que possam causar grandes riscos e danos à sociedade.

Descriminalização significa subtrair da estrutura constituidora do crime, tal qual, fato típico, antijurídico e culpável, um de seus elementos, resultando na redução do fato a um evento não cominado com a sanção penal. Configura-se, também, como técnica de processo legislativo embasado em razões de política criminal de extinção de modelo de conduta pela superação, através de qualquer meio, de sua estrutura típica, ilícita ou pela culpabilidade.

Despenalizar, por seu turno, configura-se na elevação das permissividades jurisdicionais, face ao deferimento de prerrogativas de utilização, mais especificamente do perdão judicial. Dessa forma, a conduta típica continuaria a existir, mas se utilizaria certa prudência por parte do juiz ao tornar isento o autor de um crime considerado irrelevante.

O Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal propugna por um Direito Penal aonde se tenha "mínima intervenção, com máximas garantias", e é defendido por Ferrajoli, Hassemer, Zaffaroni, Cervini e, principalmente Alessandro Baratta.

Este propõe ao ordenamento jurídico penal uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao mínimo necessário. Desta forma, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos.

## Segundo Alessandro Baratta:

A criminologia contemporânea, dos 30 anos em diante, se caracteriza pela tendência a superar as teorias patológicas da criminalidade, ou seja, as teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas que diferenciariam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais”, e sobre a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo. Estas teorias eram próprias da *criminologia positivista* que, inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, predominou entre o final do século passado e princípios deste.<sup>5</sup>

Refere o doutrinador que a Escola liberal Clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, ela se detinha principalmente sobre o delito entendido como conceito jurídico, isto é, como a violação do pacto social, e por esse motivo conforme definia o comportamento do criminoso com sendo:

Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a Escola Clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola Clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinquente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim com as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela necessidade ou *utilidade* da pena e pelo princípio da legalidade.

Neste último aspecto, as escolas liberais clássicas se situavam como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do *ancien regime*, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio de humanidade, princípio de legalidade, princípio de utilidade). E também neste sentido, como exemplo de um discurso crítico sobre o sistema penal e de uma alternativa radical ante o mesmo, as escolas liberais clássicas adquiriram um novo interesse à luz das tendências criminológicas que, contestando o modelo da criminologia positivista, deslocaram sua atenção da criminalidade para o direito penal, fazendo de ambos o objeto de uma crítica radical do ponto de vista sociológico e político.

Quando se fala da escola liberal clássica como um antecedente ou como a “época dos pioneiros” da moderna criminologia, se faz referência a teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena, desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Faz-se referência, particularmente, à obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Alselm von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica de direito penal na Itália. Quando se fala da criminologia positivista como a primeira fase de desenvolvimento da criminologia, entendida com disciplina autônoma, se faz referência a teorias desenvolvidas na Europa entre o final do século XIX e o começo do século XX, no âmbito da filosofia e da sociologia do positivismo naturalista. Com isso se alude, em particular, à escola sociológica francesa (Gabriel TARDE) e à “Escola social” na Alemanha (Franz von Liszt), mas

---

<sup>5</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.



especialmente à “Escola positivista” na Itália (Cesare Lombroso, Erico Ferri, Raffaele Garofalo).<sup>6</sup>

Zaffaroni cita em sua obra que:

Como em qualquer emergência, à medida que a situação vai se tornando insustentável, começa a operar-se a evasão mediante mecanismos negadores que, em nosso caso, aparentam conservar a antiga segurança de resposta, embora reconheçam-se “problemas” que costumam ser deixados de lado, através de uma delimitação discursiva que evita confrontar a crise. No entanto, os mecanismos de negação não podem superar sua essência e, por conseguinte, não ocultam a situação crítica que se manifesta em uma progressiva “perda das penas”, isto é, as penas como inflição de *dor sem sentido* (“perdido” no sentido de carentes de racionalidade). Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídicos-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma “realidade” que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente.<sup>7</sup>

Segundo Alessandro Baratta, ao analisar as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva e a negação do princípio de legitimidade analisa uma orientação sobre o crime e pena que, já em torno dos anos 20 e 30, e sob um ângulo visual inteiramente diferente incluía a sociedade no interior do objeto do esforço explicativo, e fez-se necessário referir às teorias psicanalíticas da criminalidade, no âmbito se encontram dois grandes filões de pensamento embora estreitamente ligados entre si, segundo autor o primeiro e o mais importante e se refere:

À explicação do comportamento criminoso, e teve um riquíssimo desenvolvimento, a partir de Freud, para chegar – na literatura de língua alemã – até os recentes trabalhos de Tilman Moser. Estas teorias têm as suas raízes na doutrina freudiana da neurose e na explicação dela que o próprio Freud fez para explicar certas formas de comportamento delituoso. Segundo Freud, a repressão de instintos delituosos pela ação do superego, não destrói estes instintos, mas deixa que estes se sedimentem no inconsciente. Esses instintos são acompanhados, no inconsciente, por um sentimento de culpa, uma tendência a confessar. Precisamente com um comportamento delituoso, o indivíduo supera o sentimento de culpa e realiza a tendência a confessar. Deste ponto de vista, a teoria psicanalítica do comportamento criminoso representa uma radical negação do tradicional conceito de culpabilidade,

---

<sup>6</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

portanto, também de todo direito penal baseado no princípio de culpabilidade.<sup>8</sup>

Ainda, cabe referir Francisco Munõz que em sua obra refere:

Mas o legislador também deve ter em conta os efeitos que a pena possa produzir no indivíduo concretamente afetado por ela e deve procurar evitá-los através de institutos orientados fundamentalmente para a prevenção especial e dentro dela na reinserção social ou, pelo menos, na não dessocialização do condenado. A combinação de ambos os critérios deve conduzir a uma prudente política despenalizadora, à utilização de sanções alternativas em detrimento das puramente penais e à imposição de institutos com a suspensão condicional da pena ou a liberdade condicional.<sup>9</sup>

E segue o doutrinador:

O problema do atual Direito Penal se encontra no conflito existente entre prevenção geral, que traduz o eterno conflito entre indivíduos e sociedade. Este dilema é de algum modo imanente ao próprio Direito Penal e causa de sua disfuncionalidade. Respeitar os direitos do indivíduo, e inclusive do indivíduo delinquente, garantindo, ao mesmo tempo, os direitos de uma sociedade que vive com medo, às vezes real, às vezes suspeito, da criminalidade, constitui uma espécie de quadratura do círculo que ninguém sabe como resolver. A sociedade tem prerrogativa de proteger seus direitos mais importantes, recorrendo à pena, se necessário; o delinquente tem direito de ser tratado como pessoa e de não ficar definitivamente separado da sociedade, sem esperança de poder reintegrar-se à mesma.<sup>10</sup>

## **DIREITO PENAL MÁXIMO**

Diferentemente, o Direito Penal Máximo entende que não é razoável deixar de aplicar sanções severas tipificadas no Direito Penal como forma de conter a violência, a proposta desta corrente é que o Direito Penal é a solução eficaz para conter todos os incômodos relacionados com a violência, seja de que ordem for, existente no seio social.

O Direito Penal Máximo utiliza a tese de que é necessário se utilizar de formas mais “radicais” como meio para conter a violência através da utilização de determinados mecanismos, seja pela ampliação de bens jurídicos tutelados e

---

<sup>8</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

<sup>9</sup> CONDE, Francisco Munõz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>10</sup> CONDE, Francisco Munõz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

consequentemente o rol de novas leis penais, o que significa um Direito Penal mais abrangente. O Direito Penal máximo está estruturado basicamente em sete eixos segundo JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO<sup>11</sup>: “a) *ampliação das leis penais*; b) *ampliação das penas de prisão e com longa duração*; c) *regime de execução mais rígido*; d) *tolerância zero*; e) *redução da maioria penal*; f) *pena de prisão para usuários de drogas* e: g) *direito penal do inimigo*”.

O contraponto que se faz a essa forma de pensar é que a existência de lei por si só não inibe a prática de crime, ou seja, o infrator em potencial não deixa de praticar uma infração apenas pelo fato de existir uma lei penal, desta forma deve ela funcionar.

Essa corrente entende que não é possível deixar de aplicar sanções severas tipificadas no Direito Penal como meio de conter a violência, ela defende ainda que as penas devem ser ampliadas, o regime de sua duração deve ser mais longo, rígido e severo.

A proposta desta corrente é que o Direito Penal é a solução eficaz para conter todos os males relacionados com a violência existente no seio social, portanto, sua utilização, além de importante é indispensável.

A expressão máxima do *jus puniendi* estatal. O poder/dever do Estado de aplicar a sanção penal àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, deve-se observar os princípios expressos na Constituição Federal. A colocação do indivíduo em um estabelecimento prisional para cumprimento de uma pena advém do cometimento da prática de um fato típico, ilícito, culpável e punível.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 ocorreu a proibição de uma série de penas, consideradas atentatórias a direitos fundamentais. Entretanto, a legislação penal e processual vigente desde a década de 40, força o magistrado interpretá-la conforme a Constituição.

Um simples exemplo disso é o disposto no inciso III do artigo 5º, da Constituição Federal do Brasil: “*Não haverá penas cruéis*”. Assim, também, prescreve a Lei Maior: “*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do direito, a idade e o sexo do apenado, e assegura-se aos presos a integridade física e moral*”.

No entanto corriqueiramente nos dias de hoje se escuta falar ou vê na imprensa o que é mais aberrante, mulheres colocadas junto de homens quando presas, sendo

vítima de abusos, estupros e todo o tipo de violência. Ainda deve se levar em conta que o nosso Código Penal é de 1940, não obstante as alterações ocorridas no ano de 1984, por certo, toda uma geração de estudiosos, pensadores e operadores do sistema penal foram “aliciados” sob a sombra do fascismo, nazismo, inebriados por uma preleção tecnicista que, em algumas oportunidades, retoma visões ideológicas de tempos que todos aqueles que militam na trincheira da dignidade humana desejam que nunca retornem.

Refere Francisco Munõs Conde, que:

O discurso girou em torno das penas e medidas privativas de liberdade, porque uma vez retiradas do catálogo de sanções as penas corporais e a pena de morte, são estas as que mais preocupam, já que incidem em um dos bens jurídicos mais importantes da pessoa: a liberdade. Essa mesma importância qualitativa lhe dá, ao mesmo tempo, um importante caráter intimidatório que as converte, atualmente, em um instrumento mais eficaz, ou pelo menos, assim nos parece, desde o ponto de vista preventivo geral. A pena privativa de liberdade, a prisão constitui, por conseguinte, a sanção mais característica, o que não quer dizer que seja estatística, a mais importante do sistema jurídico penal, ostentando uma série de conotações especificamente a mais importante do sistema jurídico penal, ostentando uma série de conotações especificamente penais que as distinguem do resto das sanções previstas no ordenamento jurídico já que dispõe o artigo 23, 3 da Constituição que “a administração civil não poderá impor sanções que, direta ou indiretamente, impliquem privações de liberdade.”<sup>11</sup>

A necessidade por uma política criminal que respeite os direitos humanos e os princípios constitucionais é eminente conforme bem resume Yuri Felix:

A história da pena movimentou-se com a história do homem, com a história do poder. O Direito Penal, como um ramo de Direito Público, de forma nenhuma ficar imune aos movimentos políticos da sociedade; é a expressão mais contundente daquilo que se chama monopólio da força pelo poder estatal. O crime é um fato social; a pena é um mecanismo de controle de classe. Urge debater de forma inteligente e serena qual a verdadeira função desta última no Estado Democrático de Direito. A efetivação de uma política criminal que respeite os direitos humanos e as garantias constitucionais tornou-se necessidade urgente neste momento histórico.<sup>12</sup>

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>11</sup> CONDE, Francisco Munõs. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>12</sup> FELIX. Yuri. **Política criminal e endurecimento de penas: uma crítica ao estado mínimo e a intervenção penal máxima**. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/951/1008%3E>>. Acesso em 05 de outubro de 2021.

A caracterização do instrumento fundamental para definir os limites e as bases do direito penal está estabelecida na Constituição Federal, em face de sua supremacia no ordenamento jurídico, pois é nela, que encontramos os parâmetros delimitadores que definem quais bens jurídicos são merecedores de tutela penal.

Apesar de o texto constitucional estabelecer limites e bases para o direito penal, é cabível dispor que o caso concreto em sua essência é que se irão trazer os elementos indispensáveis para a tutela de um determinado bem jurídico, por meio de uma norma penal.

Verifica-se que a grande contribuição do Direito Penal Mínimo é a humanização defendida em face da falência do direito de punir do Estado, que se mostrou incompetente em ressocializar o infrator, atrelado a isso, a profunda busca desta corrente em medidas que visem o respeito ao ser humano e a construção de um estado, com menos desigualdades sócias e mais oportunidade.

Partilho das considerações de Francisco Munõz Conde que escreveu:

Por isto, parece-me preferível uma teoria preventiva intimidatória que mostra a autêntica face do Direito Penal com sistema de disciplinamento das pessoas e proteção de determinados interesses. A aceitação desta concepção acrítica, nem o esquecimento do indivíduo destinatário das cominações penais. A mesma racionalidade de nossa cultura jurídica e a orientação “*out put*” da sociedade moderna exigem o controle e o conhecimento das consequências de suas normas. Tão insuportável seria uma prevenção intimidatória “terrorista”, disposta a acabar com a criminalidade a qualquer preço, como uma falta total de efeito intimidatório das normas penais.

Em rodo o caso, a busca de um efeito preventivo intimidatório, perfeito, proporcional e autocontrolado não pode ser feito somente através do Direito Penal, entendido no sentido repressivo institucional. É necessário um maior “fantasma institucional” que procure a máxima eficácia preventiva com um mínimo sacrifício da liberdade individual.<sup>13</sup>

E segue o doutrinador:

Muito mais cuidado devemos ter com os excessos terapêuticos daqueles que propugnam pela “ideologia do tratamento” inerente à uma mítica concepção da ressocialização. Isto seda dá não só porque o delinquente é um enfermo que necessita de tratamento como também, sobretudo, pela manipulação do indivíduo a que se pose conduzir. “Educar para a liberdade em condições de não liberdade” não só é muito difícil, mas também é uma utopia irrealizável nas atuais condições de vida na prisão. A tarefa ressocializadora deve começar pelo melhoramento material desses centros penitenciários e pela humanização de todo aparato repressivo penal. A longo prazo, devemos pensar num progressivo “abolicionismo” do sistema carcerário, não somente

---

<sup>13</sup> CONDE, Francisco Munõz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

por sua ineficácia como também pelo tremendo custo social que supõe, que o converte em uma autêntica “pena perdida”.<sup>14</sup>

Além das colocações feitas pelo doutrinador entendo que também existem outros fatores que podem com certeza influenciar na redução da criminalidade, e porque me refiro em diminuir a criminalidade, pois entendo, que está depois de assumida pelo indivíduo como fonte de “renda, satisfação, fama e etc.”, torna-se praticamente impossível uma ressocialização do indivíduo, seja qual for o meio de política criminal adotada.

De outra, sem dúvida que a família como um dos pilares para a formação do indivíduo é um dos principais alicerces para a formação de um ser com caráter adequado ao meio social em que se quer viver.

A falta de investimento em saúde, saneamento básico e principalmente na educação são também, moldadores de seres humanos fragilizados psicossocialmente, aptos a adentrar no mundo do crime.

Veja não estou me referindo que não mais existirão crimes ou contravenções, pois se sabe que o delinquente não é só aquele, que não teve uma família presente, que viveu em locais sem as mínimas condições de dignidade ou que não teve acesso a boas escolas e etc., o grande exemplo são os indivíduos que cometem crimes fiscais e crimes do colarinho branco, que em muitos casos tiveram tudo e se tornaram indivíduos corrompidos.

Como havia dito inicialmente este trabalho não é exaustivo, mas cabe referir ainda, a atual situação do sistema prisional em nosso país, em razão das casas prisionais serem escolas do crime e de corrompimento, sejam por suas condições materiais ou estruturais. Pois o sistema está falido, e não mais comporta o atual modelo. Nosso país precisa de locais que efetivamente ressocialize o delinquente, que o molde, a ponto de ser possível o inserir novamente na sociedade. Mas como antes referido, este é um assunto que não nos cabe aprofundar neste trabalho, mas tão somente é oportuno lembrar, a fim de, se contextualizar a magnitude da discussão, pois como havia referido anteriormente é de suma importância um estudo que correlacione todos os ramos das ciências jurídicas, humanas, da antropologia, da filosofia, das ciências sociais e políticas.

---

<sup>14</sup> CONDE, Francisco Munõz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Verifica-se que grande parte da doutrina entende ser apropriado um direito penal mínimo, e isso se observa em nosso ordenamento jurídico.

Reconhecesse que a questão não é de fácil solução, ainda mais quando se tem conhecimento das dimensões continentais, das grandes caracterizações regionais e das imensas desigualdades sociais do nosso país.

Portanto, para que haja a implantação de políticas no sentido de minimizar o Direito Penal a ponto de surtirem efeitos que tragam benefícios para a sociedade e para os indivíduos que cometem crimes, é necessário fixar o mais rápido possível políticas públicas profundas, que resgatem a dignidade das pessoas e que alterem seus hábitos, mas para isso, é preciso um processo de renovação, e digo renovação em todas as esferas, começando pelos nossos governantes, que devem ser pessoas desvinculadas de qualquer interesse particular ou partidário, seres estes bem qualificados e atentos às necessidades sociais.

#### 4 REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CONDE, Francisco Munõz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FELIX, Yuri. **Política criminal e endurecimento de penas: uma crítica ao estado mínimo e a intervenção penal máxima**. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/951/1008%3E>>. Acesso em 05 de outubro de 2021.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/por-que-defendo-um-direito-penal-minimo/>>. Acesso em 05 de outubro de 2021.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal Máximo e o Controle Social**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2008568/direito-penal-maximo-e-o-controle-social-jose-carlos-de-oliveira-robaldo>>. Acesso em 05 de outubro de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.