



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PAPEL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CENÁRIO DA ACENTUADA  
VIOLÊNCIA URBANA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ismael Augusto Sirieiro Monteiro

Rio de Janeiro  
2018

ISMAEL AUGUSTO SIRIEIRO MONTEIRO

O PAPEL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CENÁRIO DA ACENTUADA  
VIOLÊNCIA URBANA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

## O PAPEL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO CENÁRIO DA ACENTUADA VIOLÊNCIA URBANA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ismael Augusto Sirieiro Monteiro

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo** – o presente trabalho tem por fito construir uma tese conciliadora entre as ideias antagônicas e extremadas defendidas pelos leigos e pelas doutrinas abolicionistas. Sustenta-se a viabilidade do uso do Direito Penal como um meio ainda idôneo para a atenuação do problema da violência urbana do estado do Rio de Janeiro. O estudo defende a necessidade de uma reforma do sistema penal mediante o afastamento de ideologias egoístas, fundadas em preconceito e ódio, com o objetivo de construir soluções racionais e éticas para os problemas penais. O texto busca comprovar que a Constituição da República instituiu não somente direitos fundamentais para o indivíduo, mas também alguns deveres, de modo que cabe a cada cidadão se comprometer de forma mais verdadeira com a sua comunidade e com seus semelhantes, com vistas a formar uma sociedade mais fraterna e justa, superando a violência, as vinganças privadas e todo tipo de corrupção. O fundamento do Direito Penal não pode estar no mero do uso da força, mas sim na confiança em seus valores.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Criminologia. Direitos fundamentais. Direito Penal mínimo. Mandamentos constitucionais de criminalização. Vedação à proteção insuficiente.

**Sumário** – Introdução. 1. A aplicação do Direito Penal sob a ótica do leigo e a importância da imposição de limites à vingança particular. 2. Os mandamentos constitucionais de criminalização: o direito penal como instrumento para a garantia dos direitos fundamentais. 3. O retorno aos valores como meio para uma reforma dialética do sistema penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tortuoso tema relacionado à ampliação do uso do Direito Penal como meio de controle da criminalidade, mormente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. De fato, a partir de meados da segunda década do século XXI, a capital e a região metropolitana fluminense voltaram a apresentar estatísticas alarmantes relacionadas à prática de delitos violentos. Nessa toada, vieram a lume, novamente, as pertinentes discussões a respeito da finalidade e da utilidade da pena privativa de liberdade no contexto da indigitada “escalada de violência” – denominação conferida vulgarmente pela mídia à novel crise da segurança pública estadual.

O tema em apreço é digno de análise detalhada, haja vista que o histórico do direito brasileiro é rico em exemplos de legislações penais alteradas de forma falha em momentos de crise política e social, especialmente em função da atuação e influência da imprensa e, mais modernamente, da interferência das mídias sociais. Ademais, é cediço que a criminalidade

violenta desperta na população sentimentos de revolta e vingança, sendo compreensível o surgimento destes ânimos por parte dos leigos.

É o povo (formado mormente por leigos) quem efetivamente sofre a “violência diária”; entretanto, este mesmo povo – em sua enorme maioria – não compreende os métodos aplicados pelo Estado na prevenção e na punição dos indigitados delitos. Por essa razão, é papel dos operadores do direito – a partir de fundada argumentação e debate – esclarecer as dúvidas da população e garantir que certas conquistas obtidas após anos de evolução do Direito Penal não sejam perdidas em função da adoção de medidas políticas precipitadas e construídas com base no mero senso comum.

Destarte, o presente artigo realiza uma abordagem crítica a respeito do Direito Penal brasileiro e analisa de forma ponderada os apelos dos leigos por um “recrudescimento do Direito Penal” em cotejo com os argumentos – radicais e moderados – da doutrina especializada, a qual mostra-se sempre cética em relação a qualquer ampliação das normas repressivas. Ao final, busca-se construir uma tese conciliadora entre as visões extremadas de um direito penal máximo e de um direito penal mínimo, tese esta que poderá ser útil para o crescimento da confiança da sociedade para com as instituições preventivas e repressivas do Estado do Rio de Janeiro.

O primeiro capítulo do trabalho tem por foco a visão da população leiga, esmiuçando e destrinchando as controvérsias existentes no que tange à dicotomia entre o desejo de vingança – surgido naturalmente no seio do povo – e os direitos do condenado ao cumprimento de uma pena que não viole sua dignidade. Trata-se de uma crítica ao direito penal máximo talional.

O segundo capítulo apresenta uma abordagem crítica à visão minimalista extremada do Direito Penal, com o fito de comprovar que, apesar de se tratar de um “mal”, a pena privativa de liberdade é um “mal necessário” e constitucionalmente previsto, não sendo possível – pelo menos nas próximas décadas – a sua abolição.

O terceiro capítulo apresenta argumentos que comprovam que é viável construir, de forma dialética e impregnada de valores, um sistema que garanta um direito de “ressocialização e tutela”, atendendo, assim, aos anseios da população leiga, sem deixar de respeitar os mais basilares direitos fundamentais dos apenados. Com efeito, o Estado não deve prescindir da pena privativa de liberdade; entretanto, esta deve ser aplicada e executada de forma mais inteligente, humana e útil à sociedade fluminense, de modo que se garanta uma proteção suficiente aos cidadãos – tanto aos livres quanto aos encarcerados.

A pesquisa realizada para a construção deste artigo científico faz uso da análise comparativa de textos e obras de autores das mais diversas vertentes doutrinárias. Analisam-

se obras específicas da área do Direito penal, bem como escritos do âmbito da Criminologia, do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito.

## 1. A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL SOB A ÓTICA DO LEIGO E A IMPORTÂNCIA DA IMPOSIÇÃO DE LIMITES À VINGANÇA PARTICULAR

É cediço que grande parcela da população fluminense sustenta ideais penais distantes daqueles consignados na Constituição da República. São diversos os fatores que contribuem para a construção do indigitado imaginário a respeito de uma suposta necessidade da aplicação de uma “vingança oficial” contundente por parte do Estado em detrimento do “agente criminoso”.

O primeiro, e mais claro, dentre os motivos fundantes de tal pensamento surge do próprio cenário de violência urbana presenciado pelo povo em seu cotidiano. As notícias a respeito de crimes violentos são propagadas, hodiernamente, em velocidade cada vez mais impressionante, haja vista o advento das redes sociais e de outros mecanismos de compartilhamento de dados. Com efeito, delitos porventura praticados ao meio-dia já se tornam conhecidos pela parcela da população “conectada” antes mesmo do fim da tarde. As imagens circulam, o medo se espalha e os clássicos debates – hoje, especialmente, os virtuais – logo surgem, sendo proferidas frases clássicas como: “esse ladrão merecia sofrer para aprender”, “precisamos de um esquadrão da morte”, “bandido bom é bandido morto” etc.

Os indigitados verbetes populares apenas externam os pensamentos hostis de uma sociedade que, atualmente, está novamente acostumada com a violência e a crueldade. Nessa toada, argumenta Paulo Queiroz<sup>1</sup> que “a violência não é, pois, algo estranho ou extrínseco ao direito, mas inerente à ideia e à realidade mesma do direito”. Segundo o mesmo autor<sup>2</sup>, citando clássica expressão de Franz von Liszt, o direito penal não seria nada menos do que uma violência atuando a serviço do controle da violência, configurando-se, portanto, como uma espada de “duplo fio”, empreendendo uma “lesão de bens jurídicos para proteção de bens jurídicos”.

---

<sup>1</sup> QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 31.

<sup>2</sup> Ibid.

O indigitado controle da criminalidade pela via da excessiva intimidação violenta remete claramente a uma visão totalitária de Estado. Conforme argumenta Roxin<sup>3</sup>, “de fato, pode-se verificar que sociedades liberais e democráticas possuem uma criminalidade maior que ditaduras”; entretanto, mesmo nessas sociedades de extremado controle e vigilância sobre os cidadãos, a prevenção e a total neutralização das condutas criminosas são objetivos inalcançáveis, de modo que, segundo o renomado autor<sup>4</sup>, os “regimes autoritários costumam punir com ainda maior severidade os fatos que não conseguem prevenir”. Com efeito, percebe-se que o combate ao crime empreendido com base unicamente na vigilância e no controle extremo do cidadão é medida que termina por tolher o indivíduo de alguns de seus direitos fundamentais.

Nessa toada, a garantia de uma limitação às ingerências estatais indevidas sempre foi o cerne do Direito Penal ao longo dos séculos de sua História, de modo que a violação, pelo Estado, do núcleo da personalidade do indivíduo, segundo Roxin<sup>5</sup>, “seria um preço demasiado caro, mesmo para um combate eficiente ao crime”. O desenvolvimento de um pensamento penal mais humanitário, protagonizado pela burguesia, levou, no século XVIII, a uma restrição ao poder punitivo, baseado nas ideias da legalidade, da segurança jurídica e de um processo penal mais justo e menos inquisitorial. Com estes princípios, vieram, ademais, as modificações relativas à abolição das penas capitais e de algumas outras degradantes, como a tortura, as mutilações etc. Surgia, já àquela altura, a tese de que o Estado deveria punir de forma proporcional o acusado, não empreendendo, jamais, uma vingança aviltante e desarrazoada.

Percebe-se, portanto, que o Direito Penal liberal foi construído com o fito de evitar a expansão das injustiças. Os estudiosos do âmbito penal sempre se dedicaram a construir um sistema jurídico essencialmente garantidor da dignidade dos acusados, de modo que tais conquistas basilares não podem, hoje, ser deixadas de lado em função de anseios populares eventuais e irascíveis. Conforme já assentado em epígrafe, a situação da criminalidade fluminense é extremamente grave e preocupante; entretanto, tornar-se-á ainda mais crítica caso os mecanismos de controle do Estado venham a adotar medidas emergenciais de forma desregrada e desproporcional. Conforme sustenta Jesús-Maria Silva Sanchez<sup>6</sup>, perigo ainda maior do que o da adoção de medidas emergenciais é o da “perenização da emergência” por

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*: tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.6.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.,p.7.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais; tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

parte do Estado, mesmo quando estabilizada a crise de criminalidade, de modo que restariam positivados e estabelecidos no ordenamento jurídico alguns critérios desproporcionais, totalmente descabidos para o sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Conforme sustenta Alberto Jorge C. de Barros Lima<sup>7</sup>, o que possivelmente reforça o desejo do povo brasileiro pela criminalização e punição é “o fato de as pessoas hoje terem a nítida percepção de que o sistema funciona mal, o que potencializa a crença na impunidade”. De fato, tal pensamento popular possui extrema pertinência e parece ir ao encontro da clássica tese criada por Paul von Feuerbach relativa à pena como “coação psicológica”.

De acordo com a análise de Paulo Queiroz<sup>8</sup>, a teoria de Feuerbach baseia-se na ideia de que o ser humano possui um impulso psicológico à prática de delitos, de modo que a mera existência em abstrato de uma pena privativa de liberdade funcionaria como um contraestímulo, um contraimpulso criminal. Trata-se, portanto, da ideia básica a fundamentar a tese clássica da prevenção geral negativa da pena.

Com efeito, a indigitada “intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas”, sustentada por Feuerbach<sup>9</sup>, encontra arrimo nos anseios populares citados nos parágrafos precedentes; entretanto, a fundamentação exclusiva do direito penal na indigitada prevenção geral negativa é tese que afronta diretamente os ditames penais e constitucionais mais clássicos, haja vista que propugna por um direito meramente intimidativo e de máxima intervenção nas liberdades individuais do acusado, sob o mero pretexto de coagir terceiros. Deve-se atentar, conforme sustenta Roxin<sup>10</sup>, que a culpabilidade é o limite claro do direito de punir, não podendo jamais o indivíduo condenado – por mais ou menos grave que tenha sido o crime por ele praticado – sofrer com pena desproporcional à sua conduta, ou seja, ao fato por ele praticado.

Destarte, o criminoso porventura condenado não poderá, jamais, funcionar como bode expiatório dos problemas da sociedade. O respeito a tal ditame, no entanto, não se constata na hodierna realidade fluminense. Percebe-se uma semelhança do contexto fático atual com aquele analisado em tese criminológica criada por Paul Reiwald<sup>11</sup>. Segundo o autor, as mídias de massa atuam como meios de projeção, funcionando como mecanismos de alarde social, motivando no povo sentimentos de vingança e de violência, de modo a acentuar as tendências

---

<sup>7</sup> LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267.

<sup>8</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 406.

<sup>9</sup> FEUERBACH apud QUEIROZ, op. cit., p. 406.

<sup>10</sup> ROXIN apud QUEIROZ, op. cit., p. 406.

<sup>11</sup> REIWALD apud BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 51.

criminosas de toda a sociedade, até mesmo as daqueles chamados cidadãos de bem. Ademais, conforme sustenta a doutrina de Edward Naegeli<sup>12</sup>, é sobre o indigitado “bode expiatório” – ou seja, sobre o indivíduo condenado – que seriam projetados a agressividade e o sentimento de culpa da sociedade.

Por essa razão, é imperioso que o Direito Penal atue firmemente como meio de limitação de tais tendências vingativas violentas, funcionando como mecanismo de garantia do respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, por piores que tenham sido os delitos por eles praticados, haja vista que, na esteira do que assenta Alberto Jorge C. de Barros Lima<sup>13</sup>: “se não é tolerável a vingança privada, por que o seria a vingança pública?”.

## 2. OS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estabelecidas as falhas conceituais do pensamento da majoritária população leiga, é imperioso, agora, tecer algumas críticas à parcela da doutrina abalizada que vê o Direito Penal hodierno como um instituto que segue rumo à iminente falência. A fim de que se possa rechaçar tal entendimento, é importante estabelecer uma premissa básica: a de que o Direito Penal foi erigido pela Constituição da República de 1988 à categoria de um instrumento jurídico voltado à melhor proteção de determinados valores essenciais da sociedade brasileira. Nessa toada, o constituinte originário instituiu os chamados “mandados constitucionais de criminalização”, os quais foram positivados na Carta de Outubro na forma de imperativos de tutela, visando a evitar a proteção deficiente ou insuficiente de determinados bens jurídicos fundamentais.

De acordo com Lima<sup>14</sup>, os indigitados mandamentos constitucionais criminalizadores são uma imposição constitucional de conteúdo, restringindo os processos de descriminalização, bem como determinando criminalizações e recrudescendo o tratamento penal para certas condutas. Com efeito, em uma breve análise do teor de alguns dos incisos do

---

<sup>12</sup> NAEGELI apud BARATTA, Ibid.p. 51-53.

<sup>13</sup> LIMA, op. cit., p. 243.

<sup>14</sup> Ibid., p. 286.

artigo 5º da Constituição da República<sup>15</sup>, por exemplo, pode-se encontrar facilmente alguns desses “mandados”.

A norma do inciso XLI, do artigo 5º, por exemplo, assevera que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Já a norma do inciso XLIII<sup>16</sup> é cogente ao versar que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os definidos em lei como hediondos.

Outro exemplo notório de mandamento constitucional criminalizador positivado na Carta de Outubro de 1988 é aquele constante da norma do artigo 227, §4º, da Constituição da República<sup>17</sup>, a qual versa que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Conforme assenta Lima<sup>18</sup>, ao instituir tais ditames, a Constituição da República dá maior densidade a determinados bens jurídicos e “impede, em um primeiro momento, que o legislador, instituindo leis descriminalizadoras (*abolitio criminis*), retire deles, quanto às ofensas mais significativas, a proteção penal”. Em um segundo momento, a Carta de Outubro determina expressamente a “proteção penal para alguns comportamentos lesivos a esses bens ou estabelece um tratamento mais gravoso para crimes já existentes”.

Nessa toada, pode-se perceber que as condutas constitucionalmente criminalizadas são aquelas mais graves e violentas, como o homicídio, o latrocínio, o estupro e o tráfico de drogas, por exemplo. Destarte, o constituinte buscou construir – ao menos em tese – um sistema normativo penal mais conectado com a realidade social do Brasil, especialmente aquele de finais do século XX, positivando ditames que visam a proteger o acusado durante seu processo, mas que permitem, também, a sua devida (e suficiente) punição, quando comprovadas as condutas delituosas porventura praticadas.

A constatação a que se chegou em epígrafe vai ao encontro do pensamento de Paulo Queiroz<sup>19</sup> quando este versa que “não é possível falar de fins do direito penal para além do tempo e do espaço”. O indigitado autor<sup>20</sup> sustenta que “os fins e limites do direito penal são, em última análise, os fins e limites do próprio Estado, motivo pelo qual cada modelo de

---

<sup>15</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 abr. 2018.

<sup>16</sup> Idem. Ibid.

<sup>17</sup> Idem. Ibid.

<sup>18</sup> LIMA, op. cit., p. 287.

<sup>19</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 400.

<sup>20</sup> Ibid.

Estado pede um modelo de direito penal”. Assevera, por fim, Queiroz<sup>21</sup> que “convém, assim, não perder de vista o contexto econômico, social e político em que a discussão se passa, mesmo porque cada sociedade tem sempre suas próprias razões para castigar ou não castigar”. De fato, as peculiaridades históricas e sociais de cada país e de cada estado da federação, devem ser tomadas em conta quando da aplicação prática de sua legislação. O legislador, e também o magistrado, não podem estar alheios à realidade do local em que estão inseridos.

Na específica hipótese fluminense, o quadro social que se descortina é de profundo caos. Por essa razão, a ideia extremada de se abdicar da força cogente do direito penal e, especialmente, da importância preventiva especial negativa da pena privativa de liberdade – em regime inicial fechado – mostra-se como uma tese descolada da realidade. Ademais, de acordo com Lima<sup>22</sup>, é inviável acreditar que o cumprimento de qualquer pena privativa de liberdade, quer no sistema do Brasil, quer no sistema da Noruega, “se dê sem dano, sem dor, sem angústia”, o que, segundo ele, seria “utópico”. A busca de melhores condições das prisões deverá ter sempre a primazia do Estado; entretanto, é impossível retirar, totalmente, da execução penal o seu caráter aflitivo, sob o risco de lhe subverter o sentido técnico.

É arguta a conclusão de Roxin<sup>23</sup> quando assevera que as “sociedades simples podem arranjar-se com os dez mandamentos ou análogas normas básicas. Mas a moderna sociedade de massas só se deixa controlar através de abrangentes regulamentações”. O autor complementa<sup>24</sup>, consignando que a força preventiva do direito penal depende, primordialmente, do fato de o Estado reagir, ou não, de modo reprovador à conduta delituosa. A pena privativa de liberdade, desde que proporcional e bem executada, ainda é a reação estatal recomendável para garantir a estabilidade das relações sociais, independentemente das condições de vida de uma determinada população.

A indigitada reflexão trazida por Roxin arrebatada os argumentos demagógicos de uma corrente que sustenta que a criminalidade crescente é sempre – ou mormente – oriunda dos reflexos da má-distribuição de renda e das péssimas condições sociais do Brasil. *In verbis*, argumenta o renomado autor alemão<sup>25</sup> no sentido de que:

as circunstâncias sociais determinam mais o ‘como’ do que o ‘se’ da criminalidade; quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar, relacionada ao desejo de sempre

---

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> LIMA, op. cit., p. 241.

<sup>23</sup> ROXIN, op. cit., p. 15.

<sup>24</sup> Ibid., p. 19.

<sup>25</sup> Ibid., p.4.

aumentar as posses e, através disso, destacar-se na sociedade. Isto não implica que não devamos esforçar-nos por um aumento do bem-estar geral. Mas não se espere daí uma eficaz diminuição da criminalidade.

Percebe-se, portanto, que o combate à criminalidade, em qualquer de suas formas, deve se dar sem preconceitos, e sem limitação a determinadas classes sociais, concedendo-se a todos os eventuais investigados, acusados e condenados as mesmas garantias e direitos, mas também os mesmos deveres. É importante assentar que o Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República de 1988 veio para garantir a proteção dos direitos fundamentais, especialmente em seu aspecto “subjetivo”; entretanto, jamais descuidou do viés “objetivo” dos indigitados direitos.

Na esteira da doutrina de Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>26</sup>, constata-se que o Estado não deve ter a sua atuação limitada à mera “não intervenção” na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, devendo, isto sim, assumir uma postura ativa com vistas a garantir o exercício efetivo de tal liberdade. Aduz o autor que a “atual Constituição dispõe no seu texto normativo sobre direitos e deveres individuais e coletivos (ou seja, não só em direitos)”. Nessa toada, segundo Ingo Sarlet<sup>27</sup>, a ideia de uma chamada “hipertrofia dos direitos” guardaria íntima conexão com a equivocada noção arraigada no Brasil de “um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes”.

Desse modo, a positivação de alguns deveres fundamentais<sup>28</sup> foi o meio encontrado pelo constituinte para tentar construir – ainda que de forma cogente – um empenho solidário de todos os cidadãos na transformação das estruturas sociais. Os imperativos constitucionais de tutela penal nada mais são, portanto, do que uma forma de se proteger – preventiva e ativamente – os direitos dos particulares contra as ameaças de agressões provenientes de terceiros.

Com efeito, a intervenção estatal pela via do Direito Penal deverá sempre ser guiada pelo princípio da proporcionalidade. Nessa toada, Gilmar Mendes<sup>29</sup> afirma que os mandados constitucionais de criminalização são destinados ao legislador; entretanto, sustenta também ser viável a fiscalização judicial da constitucionalidade da indigitada atividade legislativa criminalizadora. Nesse sentido<sup>30</sup>, os Tribunais estariam incumbidos de “examinar se o

---

<sup>26</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 335

<sup>27</sup> SARLET apud FERNANDES. *Ibid.* p. 338.

<sup>28</sup> FERNANDES. *Ibid.* p. 339.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 494.

<sup>30</sup> *Ibid.*

legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais”.

De fato, o que se constata é que, mesmo após quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, persiste, por parte de muitos juristas, o pensamento excessivamente reticente para com a figura do Estado, considerando-o, ainda, como um inimigo do cidadão. Ocorre que, conforme assentado em epígrafe, desde o advento da Constituição da República, a figura do Estado passou a ter a função primordial da realização do bem comum. Conforme assevera Andrey Borges de Mendonça<sup>31</sup>, o “pêndulo” que, antes de 1988, estava voltado para a suposta proteção do Estado em prejuízo das garantias individuais, não pode oscilar, agora, totalmente para o outro lado, descurando do interesse comunitário.

Nessa toada, é imperioso garantir aos cidadãos a construção de um sistema equilibrado, afastando do direito nacional as ideologias anárquicas e abolicionistas – em seu viés extremado –, as quais são absolutamente inconciliáveis com a realidade brasileira e, especialmente, com a realidade fluminense. Conforme assenta Roxin<sup>32</sup>, “liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social”.

Entretanto, é importante também assegurar, impreterivelmente, que jamais seja instituído ao apenado qualquer estigma – como o de “inimigo”, por exemplo – bem como que nunca haja violações de seus direitos constitucionalmente assegurados para o processo penal e a execução da pena. O equilíbrio entre as vertentes doutrinárias conflitantes é medida que se impõe. A sedução dos argumentos radicais não pode ser capaz de atingir os responsáveis pela elaboração e pela aplicação do Direito Penal brasileiro.

---

<sup>31</sup> MENDONÇA apud MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 13. n. 52, 2010, p. 202-223, out. nov. dez. 2010.

<sup>32</sup> ROXIN, op. cit., p. 5.

### 3. O RETORNO AOS VALORES COMO MEIO PARA UMA REFORMA DIALÉTICA DO SISTEMA PENAL

Apresentados os pontos negativos das correntes extremadas sustentadas por leigos e doutrinadores, é importante, agora, expor alguns argumentos conciliadores, com vistas à reforma – e melhora – do atual sistema penal. Inicialmente, mostra-se relevante asseverar que a indigitada reconstrução do sistema punitivo nacional deve ter por protagonistas os legisladores e os governantes.

De nada adianta que as construções doutrinárias sejam criadas, mas jamais cheguem aos ouvidos ou à compreensão dos legisladores e dos administradores públicos. Nesse sentido, assevera Fabiano Augusto Martins Silveira<sup>33</sup> que um dos problemas do Brasil está na ausência de um diálogo entre a doutrina e os Poderes Legislativo e Executivo. Com efeito, o grande interlocutor entre eles, hodiernamente, seria a figura do juiz.

Nessa toada, pode-se afirmar que a reforma meramente “consequencialista” do sistema penal – ou seja a reforma discutida apenas em sede de Poder Judiciário – somente ensejará uma ainda maior insegurança jurídica (mas também social, frise-se). O consequencialismo também é apontado por Paulo Queiroz<sup>34</sup> como um dos erros da atualidade do direito brasileiro. De acordo com o enfoque do indigitado autor, “a eficácia preventiva do direito penal, se é que existe, é bastante limitada, uma vez que intervém demasiadamente tarde no conflito social: não quando este se produz, mas quando e onde se manifesta”. E arremata<sup>35</sup>, versando que o Direito Penal “intervém mal, já que não traduz uma resposta etiológica, adequada às causas do problema, mas meramente sintomatológica”.

Na esteira da virada linguística habermasiana<sup>36</sup>, é importante que haja uma dialética envolvendo direito e sociedade para a construção de soluções para os problemas jurídicos nacionais. A verdadeira legitimidade dos resultados das deliberações parlamentares e das ações executivas dos governantes somente existirá se a indigitada reforma do ordenamento jurídico for construída de forma racional e ética, com respeito a todos os ditames

---

<sup>33</sup> SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *A revisão do modelo constitucionalista de ilícito penal e a chamada orientação às consequências*. In: MENDES, Gilmar. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugênio. (Coord.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 580.

<sup>34</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 423.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 361.

constitucionais da Carta de Outubro de 1988. Conforme deixa assentado Silva Sánchez<sup>37</sup>, o filtro que o Estado faz, por intermédio do parlamento, para as demandas sociais pode, sim, “dar lugar a um produto que seja, por um lado funcional e, por outro lado, suficientemente garantista”.

Com efeito, para que se construa um sistema verdadeiramente proporcional, é preciso afastar do âmbito do direito penal as intervenções inúteis e garantir a eficácia das intervenções úteis. Ademais, é importante construir na sociedade a ideia de um respeito à ordem jurídica, independentemente da potencial sujeição a uma sanção física. O ordenamento jurídico deve ser elaborado de forma a obter a legitimidade dos seus destinatários em função de seu próprio conteúdo axiológico. Conforme doutrina de Habermas<sup>38</sup>, o direito não é subordinado à moral, mas deve comunicar-se com ela. De fato, o direito deve ser o espaço reservado para diminuir os atritos e gerar consensos – processual e democraticamente – no seio da sociedade.

Nessa toada, Karl Olivecrona<sup>39</sup> assevera que, quando um ordenamento jurídico é bem estabelecido, a força física da sanção é deixada em segundo plano, porque o condicionamento psicológico é suficiente para moldar o padrão de conduta que se quer ver acatado. Trata-se do chamado “imperativo independente”. O uso da força seria, portanto, em última análise, uma mera fonte da obrigatoriedade do direito<sup>40</sup>, mas não o seu fundamento.

Com efeito, a aplicação da pena privativa de liberdade deve ser feita em hipóteses delimitadas legal e constitucionalmente, sendo atendidos, durante a execução penal, os estritos ditames também constantes da lei e da Constituição. O que se vê, hodiernamente, no entanto, é a clara violação da dignidade dos presos, sob o fundamento da suposta “desnecessidade” de garantir a tais indivíduos os mesmos direitos fundamentais dos cidadãos ditos “comuns”.

Destarte, a busca pela evolução do direito penal deve ser incessante, devendo ser superados tais preconceitos infundados. Conforme assevera Francisco Glauber Pessoa Alves<sup>41</sup>, sem prejuízo da reforma de conceitos e da modificação da legislação, não existe uma outra solução para o problema penal brasileiro que não passe pela devida incrementação financeira dos recursos destinados ao âmbito penal. É preciso superar a barreira ideológica

---

<sup>37</sup> SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 145.

<sup>38</sup> HABERMAS apud MASCARO, op. cit., p. 368.

<sup>39</sup> OLIVECRONA apud NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 191.

<sup>40</sup> NADER, Ibid., p.191.

<sup>41</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A custosa questão carcerária brasileira e as verdades inconvenientes. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19. n. 4, 2017, p. 37-60, set. out. nov. dez. 2017.

arraigada no sentimento popular no sentido de que o direcionamento de recursos para o sistema carcerário, por exemplo, seria um gasto ao invés de um investimento<sup>42</sup>.

Ademais, é também preciso que a própria sociedade analise sua parcela de contribuição para a propagação do ódio e da desordem, buscando formas de superar a violência pela via da fraternidade e do amor ao próximo, evitando estigmas, vinganças privadas e corrupções. Conforme escreveu Néelson Hungria<sup>43</sup> há mais de quarenta anos, mas com atualidade ainda latente: “é absurdo pretender a efetiva e permanente regeneração de delinquentes antes que seja alcançada a regeneração da própria sociedade”.

Nesse ponto, exsurge a discussão a respeito do princípio da intervenção mínima e sua aplicação no âmbito do direito penal brasileiro. Segundo a doutrina de Claus Roxin<sup>44</sup>, o indigitado princípio da intervenção mínima somente autoriza a criminalização de condutas que ofendam de forma gravosa aos bens jurídicos mais importantes (os constitucionais) e quando as outras respostas jurídicas possíveis (como a civil, a administrativa, a restaurativa etc.) não forem satisfatórias para a solução do conflito.

Defender a tese da “intervenção mínima”, no entanto, não significa falar em deixar de punir todas as condutas, ou em parar de criar novos tipos penais. A referida construção principiológica, relativa à subsidiariedade do direito penal, tem por fundamento os subprincípios da necessidade e da adequação, e decorre de entendimento clássico exarado por Montesquieu<sup>45</sup>, segundo o qual “as leis desnecessárias enfraquecem e desacreditam as necessárias”.

Com efeito, a suposta colisão entre o princípio da intervenção mínima e a chamada expansão racional do direito penal é meramente aparente. Nessa esteira, Lima<sup>46</sup> versa que:

não há problemas em definir novos delitos a partir de situações concretas novas com a previsão de sanções mais elevadas, ou incrementar as penas e o seu modo de cumprimento para crimes já existentes perante diferentes configurações da realidade, desde que se faça na estrita observação dos princípios penais.

Ademais, o mesmo autor<sup>47</sup> sustenta que o princípio da intervenção mínima pretende separar a “expansão irracional”, daquela outra feita com parcimônia, ou seja, aquela “baseada nas necessidades criminalizadoras advindas das complexidades da sociedade atual, de novas

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I*: arts. 1º ao 10 por Néelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 73.

<sup>44</sup> ROXIN, op. cit., p. 33.

<sup>45</sup> MONTESQUIEU apud QUEIROZ, op. cit., p. 52.

<sup>46</sup> LIMA, op. cit., p. 272.

<sup>47</sup> Ibid. p. 270.

realidades ou mesmo de situações antigas, mas que, em face do contexto moderno, reclamam, racionalmente, a intervenção penal”.

Exemplo de neocriminalização plenamente justificável, por exemplo, é aquela relativa ao delito de condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa, constante do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro<sup>48</sup>. O legislador, com o fito de tutelar um macroproblema que gera grandes cifras penais – qual seja o das mortes e lesões corporais culposas praticadas no trânsito em função do consumo de álcool – terminou por criar um tipo específico apto a punir situações que coloquem em perigo a segurança viária. O indigitado delito é classificado pela doutrina<sup>49</sup> como sendo um crime de perigo abstrato e sua criminalização se dá pela necessidade de proteção aos interesses sociais mais relevantes.

A mesma preocupação foi abordada pelo legislador quando determinou a criminalização do tráfico de drogas. É importante assentar que o tráfico de drogas também é um delito de perigo abstrato, sendo o “perigo” existente na referida conduta analisado sob uma perspectiva *ex-ante*, ou seja, a criminalização do tráfico visa a evitar a ocorrência de condutas futuras ainda mais lesivas a outros bens jurídicos, como a saúde pública, a segurança pública etc. Nessa toada, não há como se falar que os crimes de perigo abstrato sejam inconstitucionais por uma suposta ausência de lesividade, haja vista que a lesividade dos indigitados delitos decorre da acumulação da prática de tais condutas na realidade fática<sup>50</sup>. O perigo abstrato não é um elemento hipotético, mas sim real. Ou seja, a realização, atual ou iminente, por uma múltipla variedade de sujeitos de fatos similares ao apontado é um dado constatável empiricamente, e tal informação foi levada em conta pelo legislador no momento da criminalização das condutas anteriormente apresentadas.

Percebe-se, portanto, que os pensamentos extremados – tanto no sentido da ultracriminalização, quanto no sentido da descriminalização – são refutados por argumentação estritamente jurídica, e essencialmente constitucional, sem qualquer viés ideológico ou político. Nessa esteira, Queiroz<sup>51</sup> refuta as indigitadas discussões ideológicas inúteis de uma forma brilhante, ao versar que mais razoável do que o Direito Penal Máximo ou do que o Abolicionismo Radical seria o Direito Penal conforme a Constituição.

---

<sup>48</sup> BRASIL. *Lei nº 9.503*, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

<sup>49</sup> HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais volume único*: atualizado com os informativos e acórdãos do STF e STJ de 2015. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 119.

<sup>50</sup> SILVA SANCHEZ, op. cit., p. 121.

<sup>51</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 426.

É imperioso observar, portanto, que o estudo do direito penal e de seus ramos correlatos deve ser sempre feito em um cotejo estrito entre a realidade social e o teor da Carta de Outubro de 1988. A busca pela melhora do sistema deve estar aberta a argumentos expostos por todos os lados, mas tais argumentos devem ser, de fato, jurídicos e consistentes, evitando-se conjecturas e utopias. Paulo Queiroz<sup>52</sup> faz importante observação quando expõe que:

enquanto o direito penal existir, e nada sugere o contrário, e independentemente da comprovação da sua (in)capacidade preventiva, investigar as suas funções latentes e manifestas constituirá questão permanentemente nova e renovável, e sobre a qual o jurista conseqüente jamais poderá descuidar, seja para denunciar as injustiças ligadas ao seu funcionamento, seja para apontar novos caminhos no sentido de um direito penal menos injusto, mais democrático e fraterno.

A evolução da sociedade passa, portanto, pela reforma e humanização dos aparatos de poder. Entretanto, é preciso que não só os operadores do direito, mas também todos os cidadãos, passem a adotar uma postura mais ativa, buscando modificar, em sua etiologia social, o quadro anômico que hodiernamente é visualizado na sofrida sociedade fluminense.

## CONCLUSÃO

O estudo em apreço procurou realizar uma crítica aos pensamentos extremados defendidos por leigos e por parcela da doutrina. Resultou expressamente apontada, no corpo do texto em epígrafe, a necessidade de uma reforma do sistema penal nacional com o fito de que este, efetivamente, possa garantir à sociedade o total respeito aos ditames da Constituição da República. De fato, o arcabouço normativo trazido pela Carta de Outubro de 1988 visa à proteção dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, instituindo limitações ao aparato punitivo estatal, mas também impondo a sua atuação e repressão em determinadas e pontuais ocasiões.

Nessa toada, foram devidamente refutados os argumentos dos leigos, relacionados à defesa de um direito penal cruento e talional, tendo ficado assente que as garantias obtidas pelo Direito Penal liberal jamais podem ser esquecidas ou mitigadas. Restou consignado, ademais, que a doutrina abolicionista também não merece prosperar em sede nacional, haja vista que o contexto fático e social brasileiro e, especialmente, o fluminense, deve ser levado

---

<sup>52</sup> Ibid. p. 427.

em consideração quando da construção do sistema penal. A abdicação total do poder estatal de controle levaria à insuperável barbárie, destruindo-se a paz social, hoje já tão combatida.

Com efeito, o processo de reforma do sistema jurídico nacional deve priorizar a devida tipificação e punição das condutas mais relevantes, mediante uma expansão racional e constitucionalmente abalizada do Direito Penal, abarcando apenas as ações e omissões que gerem lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos fundamentais. Nessa esteira, a própria Constituição da República de 1988 estabelece mandamentos constitucionais de criminalização, determinando que a lei – e, conseqüentemente, o aplicador do direito – puna com rigor certos delitos, mormente os violadores da liberdade e da incolumidade física dos indivíduos.

Ademais, a presente pesquisa procurou comprovar que, diante do contexto atual, as discussões ideológicas meramente interesseiras e egoístas devem ser deixadas de lado, buscando-se perquirir o melhor para a sociedade fluminense e brasileira. É preciso afastar os preconceitos e o ódio, com o fito de construir soluções racionais e, especialmente, éticas para os problemas penais. Nesse ponto, restou comprovada a imprescindível função do parlamento como local próprio ao diálogo e à construção argumentativa democrática, sendo imperioso que, naquele âmbito, haja efetivos debates a respeito, por exemplo, da incrementação do orçamento destinado ao sistema penitenciário e à estrutura física do Poder Judiciário e das Polícias.

Por fim, o estudo procurou demonstrar que, para além da responsabilização exclusiva do Legislativo, Executivo e Judiciário, a sociedade brasileira como um todo também é responsável pela crise moral que assola o país. O texto comprovou que a Constituição da República instituiu não somente direitos ao cidadão, mas também alguns deveres, os quais têm sido solenemente ignorados ao longo das últimas décadas. Desse modo, cabe a cada indivíduo se comprometer de forma mais verdadeira com a sua comunidade e com seus semelhantes, com vistas a formar uma sociedade mais fraterna e justa, superando a violência, os preconceitos, as vinganças privadas e todo tipo de corrupção. O mero uso da força não pode ser o fundamento do direito. O retorno aos valores é medida que se impõe.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A custosa questão carcerária brasileira e as verdades inconvenientes. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19. n. 4, 2017, p. 37-60, set. out. nov. dez. 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais volume único: atualizado com os informativos e acórdãos do STF e STJ de 2015*. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10* por Néelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 361.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugênio. (Coord.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal: tradução de Luís Greco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais; tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. 4.ed. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro : parte geral*. 9. Ed. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.