

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MONTES CLAROS - UNIMONTES

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA

CURSO DE DIREITO

WAGNER SOBREIRA SCHUVITZKI

**A INEFICIÊNCIA ESTATAL NA FISCALIZAÇÃO DOS  
INSTITUTOS DESPENALIZADORES, O QUE PODE GERAR  
SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE.**

**WAGNER SOBREIRA SCHUVITZKI**

**A INEFICIÊNCIA ESTATAL NA FISCALIZAÇÃO DOS  
INSTITUTOS DESPENALIZADORES, O QUE PODE GERAR  
SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE.**

**Monografia apresentada à Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes, pelo acadêmico Wagner Sobreira Schuvitzki, como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em direito.**

**Orientação: Prof. Esp. LEONARDO DE OLIVEIRA LOPES.**

**Montes Claros/MG  
Setembro/2013**

**WAGNER SOBREIRA SCHUVITZKI**

**A INEFICIÊNCIA ESTATAL NA FISCALIZAÇÃO DOS  
INSTITUTOS DESPENALIZADORES, O QUE PODE GERAR  
SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE.**

**Monografia apresentada à Universidade  
Estadual de Montes Claros – Unimontes, pelo  
acadêmico Wagner Sobreira Schuvitzki, como  
requisito parcial para conclusão do curso de  
bacharelado em direito.**

**ORIENTADOR: PROF. ESP. LEONARDO DE OLIVEIRA LOPES**

**EWERTON MAURÍCIO ABREU SANTOS**

**LUIZ ALBERTO MENDES DIAS**

**LEONARDO DE OLIVEIRA LOPES**

**MONTES CLAROS/MG  
SETEMBRO/2013**

### **DEDICATÓRIA**

**Dedico esse trabalho a minha família, em especial, minha esposa Laryssa, pelo companheirismo, amor, dedicação e confiança que em mim depositou. Agradeço também minha família que sempre me deu força para finalizar o curso**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos que me depositaram confiança e perseverança para continuar, mesmo tendo passado por dificuldades durante o curso. Agradeço ao Arquiteto do universo pelas bênçãos que me foram depositadas durante essa jornada.

A toda minha família, mais precisamente a minha esposa, por acreditarem na minha pessoa e me incentivarem a todo instante, me dando forças para vencer essa batalha.

Aos meus amigos de faculdade pelo apoio dispensado durante o curso, em virtude da minha ausência em alguns momentos, devido a problemas profissionais e pessoais.

Aos professores pelo simples fato de estarem dispostos a ensinar, e em especial ao orientador pela paciência e suporte demonstrados no decorrer do trabalho.

A meus Comandantes da Polícia Militar, especialmente o Ten Cel Renato e Ten Cel Librelon, que foram tolerantes e me dispensaram para fazer a faculdade, sabendo que o conhecimento adquirido no curso seria de grande valia para a Instituição.

“Mas, se for preciso, para fazerem triunfar suas ideias, eles passam sobre cadáveres, atravessam mares de sangue”

Fiódor Dostoiévski

## RESUMO

O populismo midiático tem levado o Poder Legiferante a movimentar a máquina legislativa na criação de leis penais no ordenamento jurídico de forma deliberada, sem se preocupar com as consequências de sua aplicabilidade, fazendo com que o Direito Penal abandone seu papel de *ultima ratio*<sup>1</sup> e se posicione como *prima ratio*<sup>2</sup>, gerando uma hipertrofia legislativa desnecessária e ineficaz. Com uma visão garantista em algumas oportunidades, nota-se leis penais que trazem a prisão cautelar como uma medida excepcional, colocando à disposição do sistema de justiça criminal medidas despenalizadoras, que não estão sendo cumpridas pelos infratores, o que tem gerado uma sensação de impunidade e, conseqüentemente pode estar gerando um incremento da criminalidade. A falta de previsão de um órgão estatal específico, que faça a fiscalização dessas medidas condicionais, também está infirmando a força do ordenamento jurídico, porquanto são aplicados os institutos somente no papel, fato que não se vê cumprir na prática, gerando desconfiança e descrédito da população perante as instâncias formais de controle.

**Palavras-chave:** Populismo Midiático. Institutos despenalizadores. Falta de fiscalização. Sensação de impunidade. Incremento da criminalidade.

---

<sup>1</sup>Último recurso

<sup>2</sup>Primeiro recurso

## ABSTRACT

Populism media has taken the power to legislate to move the machine in the legislative creation of criminal laws in the legal system deliberately, without being bothered with the consequences of its applicability, causing the Criminal Law abandon its role as *ultima ratio*<sup>3</sup> and position as *prima ratio*<sup>4</sup>, generating a hypertrophy legislative unnecessary and ineffective. With a vision *garantista* on some occasions, noted criminal laws that bring the precautionary arrest as an exceptional measure, making available to the criminal justice system without penalty measures that are not being met by offenders, which has generated a sense of impunity and consequently may be generating an increase in crime. The lack of provision of a specific state agency, which make s enforcement of these measures conditional weakening is also the force of law, because the institutes are applied only on paper, which did not meet one sees in practice, generating distrust and disbelief of population before the formal instances of control.

Keywords: Populism media. Institutes without penalty. Lack of supervision. Sense of impunity. Increased crime.

---

<sup>3</sup> Last resort

<sup>4</sup> First resort



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>I CRIMINOLOGIA, DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>12</b>
1.1 Leis atécnicas e a interdisciplinaridade necessária entre as ciências penais.....	12
1.2 A moderna criminologia e a prevenção eficaz.....	13
1.3 Sensação de impunidade e o descrédito do sistema de justiça criminal.....	14
<b>II GARANTISMO PENAL E <i>ULTIMA RATIO</i> DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>17</b>
2.1 As diferentes facetas do garantismo penal.....	17
2.2 Princípio da intervenção mínima e as velocidades do direito penal.....	18
2.3 A descarcerização e a despenalização como medidas suficientes.....	22
2.4 A exegese equivocada do garantismo penal.....	24
<b>III O POPULISMO PENAL MIDIÁTICO E A INEFICÁCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL.....</b>	<b>28</b>
3.1 O populismo penal midiático e o sensacionalismo.....	28
3.2 A ineficiência do sistema de persecução penal brasileiro e o oportunismo político....	29
3.3 A Lei nº. 12.403/11 e a falta de um órgão específico para atuar na fiscalização das medidas despenalizadoras.....	32
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>39</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho foi desenvolvido com o intuito de analisar a ineficiência estatal em controlar a criminalidade apenas com leis penais severas, sem se preocupar com a absorção e compreensão por parte da sociedade, que passa a desacreditar no sistema de justiça criminal, ao passo que a incidência criminal tem se elevado a patamares incontroláveis.

O populismo penal midiático tem contribuído para essa forma de agir por parte do Poder Legislativo, que é nefasta para a população, pois pretende, de forma precária e paliativa, dar uma resposta imediata aos males sociais, não se preocupando com as consequências advindas dessas mudanças, demonstrando o descompromisso com a solução do problema, deixando de atacar suas causas, procurando apenas atender aos anseios sociais, à procura de aceitação popular e, conseqüentemente, angariação de votos.

Com respaldo no garantismo penal, na subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, são criadas medidas despenalizadoras, com o objetivo de reduzir a população carcerária, desonerando o Estado, deixando a mercê da sociedade infratores com condicionais que não serão cumpridas na íntegra, pois não há fiscalização e a sensação de impunidade acaba reinando no meio criminal.

Não obstante, é consabido que não há no Estado um órgão específico incumbido de fiscalizar essas condições impostas pelo Judiciário, fato que tem contribuído para o descumprimento das medidas impostas por parte dos beneficiados e aumentado a sensação de impunidade e a criminalidade. Ademais, a falta de comunicação entre os órgãos de Defesa Social, não tem gerado o conhecimento necessário para que os órgãos de acusação tenham conhecimento imediato da falta de cumprimento desses institutos por parte dos acusados e indiciados, que ficam isentos de limitações, restrições e controle.

De modo geral, a pesquisa está sendo realizada com o objetivo de demonstrar que a falha de comunicação entre os órgãos de defesa social, a falta de um ente responsável por fiscalizar institutos despenalizadores e o descumprimento reiterado dessas medidas, tem gerado uma sensação de impunidade no meio criminal e o incremento da criminalidade.

De modo específico, tentar-se-á apontar a ineficiência estatal em fiscalizar os institutos despenalizadores, principalmente pela falta de um órgão específico para isso, apontando que os infratores estão descumprindo reiteradamente os institutos despenalizadores, sem serem punidos por isso, gerando um descrédito em relação ao sistema

processual penal como um todo, o que tem impactado na sensação da impunidade e aumento progressivo da criminalidade.

A pesquisa mais utilizada foi a bibliográfico-doutrinária, por opção predominante na criminologia, realizada a partir de materiais já publicados, constituídos principalmente de livros, doutrinas, artigos de periódicos e palestras na Internet; focando-se sobre a atual sistemática processual penal brasileira e o sistema de justiça criminal. Foi adotada a metodologia qualitativa durante o processo de levantamento de dados, contemplando aspectos ligados tanto à objetividade quanto à subjetividade dos fenômenos estudados.

O trabalho contém três capítulos, no primeiro capítulo “Criminologia, Direito penal e Política criminal” foi percebida a necessidade de interdisciplinaridade entre essas disciplinas para que possam ser construídas leis penais técnicas, que não caiam em descrédito com o decorrer do tempo. Será feita uma análise também do papel da moderna criminologia na positivação de normas penais com institutos despenalizadores e descarcerizadores.

No segundo capítulo “Garantismo penal e *ultima ratio* do Direito Penal” abordar-se-á como o Direito Penal precisa ser utilizado no ordenamento jurídico, sendo sempre a última ferramenta para punir atos graves, preservando sempre os direitos constitucionais dos cidadãos. Apesar desse enfoque garantista, não se pode olvidar de punir com rigor e seriedade os malfeitores que insistem em descumprir a lei, não utilizando o garantismo penal máximo como uma válvula de escape para praticar delitos.

No terceiro capítulo, “O populismo penal midiático e a ineficácia do sistema de justiça criminal” discutir-se-á a situação atual do sensacionalismo midiático que tem impactado na construção de leis penais atécnicas com intuito meramente de oportunismo político. Essa situação acaba por colocar em cheque o sistema de justiça criminal brasileiro, pois não há um órgão específico para fiscalizar essas condições impostas, gerando uma sensação de impunidade e aumentando os índices de violência urbana.

## 1 – CRIMINOLOGIA, DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

### 1.1 Leis atécnicas e a interdisciplinaridade necessária entre as ciências penais

Os legisladores foram eleitos pelo povo brasileiro e como representantes merecem respeito, afinal, foram escolhidos dentro de um Estado Democrático de Direito. Durante a elaboração de leis penais, é necessário uma interdisciplinaridade entre ciências penais, para que possa movimentar o poder legiferante de maneira técnica e científica, e não utilizá-lo simplesmente para “mostrar serviço” após um escândalo noticiado na mídia, procurando assim sensibilizar uma população, na maioria, semianalfabeta, como ocorreu recentemente com a Lei nº. 12.737/12, apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”, que dispôs sobre a tipificação criminal de delitos informáticos em virtude da violação de intimidade de uma atriz da Rede Globo.

Para Gomes e Molina (2013, pg. 155 e 162):

A relação entre a Criminologia e a Política Criminal é complexa, mas deveria ser seguida, entretanto, existem teorias criminológicas dissociadas da política criminal, sem o fundamento científico-empírico desejado, aplicando um fundamento puramente filosófico e emocional [...] A Política Criminal tem o papel de unir a Criminologia ao Direito Penal, que devem coordenar seus esforços, sem pretensões de exclusividade, pois são autônomas, mas, outrossim, inesperáveis e interdependentes, como partes integrantes de um único sistema, a ciência penal.

O papel dessas três ciências é importantíssimo durante a construção legislativa, para que os legisladores atuem de forma profissional e técnica. A Criminologia deve se incumbir de fornecer o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A Política Criminal deve se incumbir de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis e praticáveis pelo legislador e pelos poderes públicos. O Direito Penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico discutido pela Política Criminal. (GOMES; MOLINA, 2013, pg. 163)

As três disciplinas representam três momentos inseparáveis de resposta social ao problema do crime: o momento explicativo-empírico (Criminologia), o decisional (Política Criminal) e o instrumental (Direito Penal). Não se pode olvidar que essas disciplinas precisam ser estruturadas a partir dos postulados e princípios constitucionais e penais, principalmente o da fragmentariedade e subsidiariedade, que serão estudados no próximo capítulo.

## 1.2 A moderna criminologia e a prevenção eficaz

Combater a criminalidade não é uma tarefa tão simplória, visto que é necessário conjugar ideias de diversas disciplinas e saber aplicar isso na prática, uma vez que a teoria representa apenas um pensamento, mas aplicá-la com eficácia e qualidade exige sabedoria, compromisso e experiência. Existem diversas teorias que tentam explicar como surge o delito e a maneira mais eficaz de combatê-lo, sendo que não se pode abandonar nenhuma delas e aplicá-las em conjunto conforme o contexto fático apresentado.

Segundo Gomes e Molina (2013, pg. 282 e ss.):

“O homem não nasce delinquente, mas aprende a sê-lo, a atuar como tal, seja por suas vivências diárias, seja por sua interação com os demais. Os fatores biológicos e psicológicos podem predispor, porém a ativação definitiva das tendências criminais deve-se ao meio social e ambiental”.

A moderna Criminologia abandonou a explicação do crime com esquemas simplistas e monocausais, para assumir que na gênese do comportamento criminal interagem necessariamente variáveis biológicas individuais e fatores ambientais e sociais, tornando-se os modelos teóricos mais complexos e interativos. (GOMES; MOLINA, 2013, pg. 331)

Realmente, um cidadão pode até ter predisposição para praticar delitos, conforme o seu código genético, mas ele somente vai aprender a violar o ordenamento com a aprendizagem adquirida no meio social que habita. A moderna sociologia não se limita a analisar o “meio” como o único fator preponderante na gênese da criminalidade, como são as concepções sociológicas, mas analisa também o “fenômeno social” como um todo, analisando seus problemas sociais. Acreditar que todo infrator é produto social da sociedade é uma falácia, tem-se que levar em consideração isso, mas não utilizá-lo como argumento simplório de que todo “bandido” é construído pela sociedade.

Entender como o delito nasce é importante para que possa ser realizada uma prevenção primária, com políticas públicas atuantes no meio socioeconômico. Mas para os órgãos de segurança pública, representantes do controle social formal, resta apenas a prevenção secundária e terciárias, pois eles ficam de mãos atadas para atuarem como demandaria o figurino. Assevera Gomes e Molina (2013, pg.128):

[...] A prevenção eficaz do crime não deve se limitar ao aperfeiçoamento das estratégias e mecanismos do controle social. Com razão dizia Jeffery: “mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significam mais presos, porém não necessariamente menos delitos”. A eficaz prevenção do crime não depende tanto da maior efetividade do controle social formal, senão da melhor integração ou sincronização do controle social formal e informal.

Mesmo reforçando os controles sociais formais, é necessário apoiar também as instâncias de controles sociais informais, como por exemplo, a família, a escola, a igreja, dentre outras; para que ambas possam atuar em conjunto, prevenindo o crime com eficácia, pois não basta uma atuação enérgica do sistema de defesa social, se a base de toda prevenção está na educação, na religião e na igualdade socioeconômica; que estão totalmente defasadas na atualidade.

Para os autores Messner, S. e Rosenfeld R. (apud GOMES; MOLINA, 2013, pg. 305), as elevadas taxas de criminalidade seriam explicadas como consequência da primazia absoluta e excludente das instituições econômicas que desvalorizam os papéis e funções das instituições não econômicas (ex.: educação, família, dentre outras), estimulando assim a anomia cultural, enfraquecendo o controle social informal. Eles sugerem que para prevenir o delito é necessário uma reorganização social e o estabelecimento do equilíbrio institucional, em detrimento do endurecimento da política criminal. Se não houver um investimento na educação para que as instituições sociais retomem seu papel de socializar o indivíduo culturalmente, qualquer política pública ficará fadada ao insucesso.

Não basta endurecer leis penais com base em acontecimentos fáticos do dia-a-dia, pois isso seria apenas uma medida paliativa para cessar aquele tipo penal específico que foi criado. É necessário fazer uma abordagem sistêmica do problema e procurar resolvê-lo com a interação das três ciências penais, atuando nas três espécies de prevenção, de maneira interdisciplinar e conjugada, senão ficar-se-á constantemente laborando para reduzir a criminalidade, mas na verdade estar-se-á “tapando o sol com a peneira”.

### **1.3 Sensação de impunidade e o descrédito do sistema de justiça criminal**

O fato de a lei ser mais branda em relação ao acusado pode favorecer a ideia equivocada de que “a polícia prende e a Justiça solta” e afetar a credibilidade do sistema de justiça criminal como um todo. Na verdade, todos os órgãos envolvidos no Sistema de Justiça Criminal ou Sistema de Defesa Social estão atuando dentro da legalidade, tentando colocar em prática algumas leis que são impraticáveis.

Existe uma percepção exagerada da sociedade e da imprensa ao papel da polícia, não percebendo ela que a fase policial é apenas a primeira etapa do sistema de persecução penal. A polícia militar prende em flagrante ou registra o evento, a Polícia Civil investiga e repassa os elementos de informação para o Promotor, o Ministério Público (MP) denuncia,

requisita diligências à Autoridade Policial ou sugere o arquivamento, o Judiciário julga e as penitenciárias executam a pena. O cidadão precisa entender que todos são atores do mesmo sistema, não havendo esse aparente antagonismo de que quem está soltando infratores é o Judiciário.

Em uma matéria especial divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Ministro Gilson Dipp (2011, Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização) disse:

Não é a gravidade da lei que atemoriza o criminoso, mas a sensação de impunidade é que o autoriza a agir contra a lei [...]. Como a lei é mais benéfica, gera a percepção de que o Judiciário brasileiro é benevolente com os criminosos. Mas não é porque queira, é porque a legislação brasileira determina. A benevolência é da lei”, completa.

O argumento utilizado pelo eminente Ministro é interessante, mas não é a lei que é benevolente, é o Estado que não se preparou para colocar em prática uma legislação garantista. Realmente, analisando as posições doutrinárias criminológicas expostas no item anterior, nota-se que não adianta encarcerar todo infrator, pois isso não gera resultado algum, muito pelo contrário, aumenta a população carcerária que hoje vive em condições subumanas, em presídios que servem como uma verdadeira faculdade do crime. Portanto, a iniciativa de criação de uma lei penal é elogiável, mas a sua praticidade precisa ser prioridade nas políticas públicas, para que ela não caia em descrédito.

O efeito dissuasório real da pena encontra-se muito condicionado pela percepção subjetiva do infrator com relação à virtualidade da efetiva imposição do castigo, em caso de cometimento do delito. Determinante será, neste sentido, não a maior ou menor severidade nominal da pena abstrata, senão a maior ou menor certeza do risco que associa o delinquente potencial à prática do delito valorando as circunstâncias concretas do caso, como por exemplo, o grau de dificuldade que implica a execução do delito, a perícia e a capacidade própria para levá-la a cabo exitosamente, efetividade real do sistema legal, dentre outras. (GOMES; MOLINA, 2013, pg. 361)

A efetividade de uma legislação está na sua aplicabilidade, na responsabilidade e comprometimento do Estado em colocar aquela lei em prática, fazendo investimentos necessários para que os órgãos responsáveis possam executá-la sem maiores empecilhos. Não adianta surgir, a cada novo escândalo apresentado pela mídia brasileira, um político propondo mudanças legislativas, como se tudo resolvesse a base de leis.

Não faltava razão, portanto, a Beccaria (2001, pg. 115) quando sustentava que o decisivo não é a gravidade das penas, senão a rapidez com que são aplicadas; não o rigor ou a

severidade do castigo, senão sua certeza ou infalibilidade: que todos saibam e comprovem que o cometimento do delito implica inevitavelmente a pronta imposição do castigo. De fato, a pena que realmente intimida é a que se executa: e que se executa prontamente, de forma implacável, e é percebida pela sociedade como justa e merecida.

Para a teoria do condicionamento operante de Akers (*apud* GOMES; MOLINA, 2013, pg. 321), a conduta delitiva é controlada por estímulos, se reforçando quando obtém gratificações positivas ou evitando castigos, e se debilitando com estímulos negativos, por meio de castigos ou perda de gratificações. O surgimento ou a persistência de um comportamento delitivo dependerá do grau de vantagens e desvantagens atreladas ao comportamento, conforme dita a teoria do reforço diferencial. Se é imposta uma medida despenalizadora ao infrator e ele verificar que pode descumpri-la, porquanto não há fiscalização, isso fará com que ele desacredite no sistema e fique com uma sensação de impunidade, que será o motor para a prática de mais atos desviantes.

Portanto, precisa-se criar leis que não coloquem em “xeque” o sistema de justiça criminal, porquanto uma lei impraticável gera uma sensação de impunidade enorme e pode comprometer todo o sistema, principalmente o controle social formal, que não vai conseguir alcançar seus objetivos, caindo também em descrédito perante a sociedade, e isso gera uma tendência de evolução da criminalidade como um todo.



## 2 - GARANTISMO PENAL E *ULTIMA RATIO* DO DIREITO PENAL

### 2.1 As diferentes facetas do garantismo penal

Os postulados do minimalismo penal encontram ancoragem remota no Iluminismo, que teve como representante exponencial Beccaria. Esse modelo engloba inúmeras propostas, todas vinculadas, entretanto, à defesa da contração, em maior ou menor nível, do direito repressivo. O minimalismo aceita o direito penal, mas busca alternativas humanistas de redução da sua incidência. Não se trata, portanto, de uma linha abolicionista, mas apenas uma concepção de que o Direito Penal precisa manter a *ultima ratio*, sendo portanto o último recurso no combate a ilícitos. (BIANCHINI, 2013)

Em uma palestra sobre garantismo Salim (2012) estabelece que o Direito Penal é o mal necessário que evita a vingança privada. O garantismo de Luigi Ferrajole não é abolicionista e nem minimalista, senão um meio termo entre os dois, entre a redução do poder punitivo do Estado e aumento da liberdade do cidadão. A história legislativa brasileira é construída em um sistema de “aperta e solta”, uma batalha entre os maximalistas e minimalistas, com alternância na criação de leis penais severas e benevolentes, como por exemplo, a lei de crimes hediondos em 1990 (Lei nº. 8.072/90) e a lei dos juizados especiais criminais em 1995 (Lei nº. 9.099/95). A intervenção mínima é o gênero que abrange a fragmentariedade e a subsidiariedade (*ultima ratio*), que serão estudados no próximo tópico. O garantismo negativo está ligado ao direito de liberdade, ou seja, a proteção do cidadão em face do excesso ou do abuso por parte do Estado; e o garantismo positivo está ligado aos direitos sociais, ao direito de fazer absoluto e do princípio da proibição da proteção deficiente.

Para alguns, o minimalismo penal reflete a linha moderada do Abolicionismo, que propugna por um direito penal “mínimo”, isto é, “mínima intervenção, com máximas garantias”. É o que defende Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 68 e ss.), mas para Bianchini (2013) quando a doutrina minimalista se une à garantista, tem-se um modelo caracterizado pelos seguintes postulados:

**a) atribuição de eficácia limitada aos seus próprios instrumentos de intervenção:** a intervenção penal, que representa uma forma de controle social formal, só é adequada e eficaz para condicionar os comportamentos sociais se os objetivos do controle penal coincidem com aqueles do resto dos subsistemas de controle social informal: família, escola, opinião pública etc.; e interagem positivamente com estes. Portanto, a intervenção penal não pode operar como instrumento promotor de transformações sociais, como motor da mudança social e “dinamizador” desta, a denominada função “promocional” do Direito Penal;

**b) autolimitação de seu âmbito de atuação à tutela das condições essenciais para a convivência:** diante da tendência expansiva de outros setores do ordenamento jurídico, como por exemplo o direito administrativo sancionador e o direito civil reparador, o modelo penal garantista propõe uma intervenção penal restrita às infrações mais graves dos bens jurídicos mais valiosos e somente quando não existem outras estratégias não penais mais eficazes, adota-se os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade do Direito Penal. O especial caráter aflitivo das sanções penais e o custo para a sociedade e para os inocentes assim o exige, pois há a necessidade de respeitar a presunção de inocência e, ademais, os estabelecimentos prisionais atualmente não ressocializam, muito pelo contrário, acabam por perverter ainda mais aquele infrator que foi submetido a ele;

**c) garantismo:** o modelo examinado delimita rigorosamente os pressupostos e consequências da intervenção penal, para proteger os direitos e liberdades de qualquer cidadão dos possíveis abusos, irregularidades e arbitrariedades do poder punitivo. É necessário que o cidadão tenha direitos fundamentais mínimos garantidos, para que ele não possa ser submetido a injustiças e arbitrariedades de autoridades prepotentes. Quando uma pessoa encontra-se no poder e não é vítima dessas violências, ela não consegue perceber o quanto isso agride a dignidade humana;

**d) limites transcendentais ao poder punitivo:** diante de um conceito utilitarista ou prevencionista extremos, o modelo penal garantista estabelece que os efeitos socio pessoais perseguidos pelo castigo, com sua cominação, imposição e execução; não podem contradizer exigências elementares de humanidade, como a proporcionalidade, que operam como limites intransponíveis e transcendentais do poder punitivo do Estado. Ao aplicar as penas, o Estado precisa agir com parâmetros legais que respeitem os direitos humanos dos apenados, não se utilizando do poder punitivo como uma ferramenta de vingança.

Independente da classificação garantista adotada, nota-se que o Direito Penal precisa estar apto a atuar quando provocado. Nesse diapasão, os representantes do braço armado do Estado, como as polícias, sejam elas militar, civil ou federal; devem estar estruturadas para agirem quando forem colocar em prática a legislação penal. Isso é importante, senão a função geral positiva da pena decai, pois a confiabilidade na justiça está em decadência; enquanto que a função geral negativa está em voga, tentando demonstrar por meio da aplicação das penas que não é interessante delinquir, ocasião que não traz nenhum resultado a longo prazo.

## 2.2 Princípio da intervenção mínima e as velocidades do direito penal

Conforme esboçado no item anterior, no ordenamento jurídico o Direito Penal precisa ser utilizado somente em momentos em que as outras áreas do direito não consigam restabelecer a ordem jurídica, preservando os bens jurídicos violados que sejam mais caros a sociedade. Nessa linha, violações de pequena monta, são desprovidas de relevância jurídica

para o Direito Penal, cabendo a outros mecanismos do direito ou do controle social, resolverem esses problemas.

Conforme Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 101), as atuais tendências do Direito penal nos países centrais são no sentido de não se associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viola normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção particularmente preventiva ou particularmente reparadora, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas.

Um Direito penal racional tem por postulado fundamental a sua não intervenção, quando se pode esperar idêntico resultado de um recurso mais brando, adotado por outra área do Direito. Destarte, fracassados os outros meios de controle, o Direito penal é chamado a atuar. O intervir, portanto, além de ser mínimo, tem que ser racional, inteligente e eficiente; não servindo apenas para mitigar a preocupação popular e midiática.

Essa abordagem, decorre da função limitadora instituída pelo Estado social e democrático de direito, que faz com que o Direito Penal criminalize apenas condutas que ofendam bens jurídicos mais relevantes, somente em face de ataques graves, intoleráveis e transcendentais. “Daí dizer-se fragmentária essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra o Direito penal não sobre o todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida.” (QUEIROZ, 1998, p. 119)

Na prática, este caráter fragmentário do Direito penal vem sendo, em não raras vezes, utilizado pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, em sucessivas e reiteradas decisões, os tribunais têm entendido de não aplicar pena ao agente que esteja respondendo pelo crime de desobediência<sup>5</sup>, quando concorra, para o caso, uma sanção administrativa ou civil. Por vezes, uma sanção administrativa surte mais efeito que uma privação de liberdade desnecessária.

Decorre, também, destas preocupações, que os processos de neocriminalização somente podem ser aceitos e considerados legítimos onde novos fenômenos sociais, anteriormente inexistentes ou muito raros, desencadeiem consequências comunitariamente insuportáveis e contra as quais se tenha de fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controle social. (DIAS, 1993, p. 66)

---

<sup>5</sup>art. 330 do Código Penal

Marques (2012) traz em uma palestra sobre a Teoria das velocidades do direito penal do Professor Jesus Maria Silva Sanches, uma explicação sobre o tempo que o Estado leva para punir alguém que cometeu uma infração penal. De maneira mais resumida: na primeira velocidade o Estado é lento em punir e faz a restrição de liberdade ao final, respeitando os direitos e garantias fundamentais. Na segunda velocidade o Estado responde mais rápido que a primeira em punir, mas não faz a restrição de liberdade ao final, relativizando os direitos fundamentais, diminuindo os prazos e garantias, por isso mais célere. Na terceira velocidade o Estado é rápido em punir e, mesmo assim faz a restrição de liberdade ao final, relativizando os direitos e garantias fundamentais com possibilidade de prisão.

Apesar da terceira velocidade ser, em tese, a mais eficiente, ela é temerária, pois pode haver uma injustiça jurídico penal com a condenação de pessoas inocentes, algo que é inadmissível, e o encarceramento assoberbado de sujeitos nas penitenciárias odiosas. A lei penal não pode flexibilizar em demasia os direitos e garantias fundamentais com a argumentação de que haverá proporcionalmente a redução dos crimes, basta verificar que nos Estados Unidos há penas severas e os crimes continuam a acontecer. O autor aborda também a situação da “cauda penal legislativa”, também conhecida como “contrabando legislativo”, prática reincidente no legislativo brasileiro, no qual são utilizadas de “pano de fundo” leis não penais, para apresentar tipos penais às escusas.

Para Marques (2012), o ideal seria que um indivíduo fosse condenado em um mês e cumprisse efetivamente sua pena, o que diminuiria a sensação de impunidade e reduziria a criminalidade. É necessário ressaltar que a mídia também influencia negativamente na construção exacerbada de crimes, com seus sensacionalismos imoderados; mas também contribuem para divulgar condutas positivas previstas em lei, em raríssimos casos. Assevera que se fosse feita uma estatística sobre a ressocialização do sistema penitenciário, demonstraria que o Estado está falido.

No Brasil, a segunda velocidade tem sido a mais utilizada e demonstra que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos e podem ser relativizados, como ocorre com a Lei nº. 9.099/95, que trouxe a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos; medidas despenalizadoras, através da qual são aplicadas penas não restritivas de liberdade com mitigação do procedimento processual penal. A terceira velocidade diz respeito ao Direito Penal do inimigo, que trata o cidadão infrator como um inimigo da sociedade que deve ser punido de imediato, em detrimento dos direitos e garantias fundamentais. Alguns doutrinadores dizem que existe uma quarta velocidade, que divide

correntes: uma alegando que seria a execução sumária do cidadão, mais rápida que a terceira velocidade, como ocorre com a lei brasileira do abate, prevista no Decreto nº. 5.144/04; a outra menciona que seria a responsabilização penal internacional; mas a que prevalece seria a primeira corrente.

A produção legislativa penal foi se tornando recorrente até chegar nos dias de hoje a produção em escala e, talvez, até, com repercussões negativas maiores. No Brasil há, pelo menos, centenas de leis em vigor que, de forma exclusiva ou juntamente com disposições de outras ordens, tratam de questões de âmbito penal, o que aponta para uma hipervalorização do sistema punitivo. É necessário resolver os conceitos e passar a preocupar com a eficácia da norma e não com sua gênese.

Na palestra do Professor Fabio Rocha Cruz (2013) sobre a Preservação da *ultima ratio*, ele expôs que o Direito Penal está sendo flexibilizado e invertido devido a exposição exagerada de fatos macabros pelos meios de comunicação, que ao invés de divulgar a cultura, o trabalho científico, os valores sociais, e a própria informação; estão deturpando a realidade, contribuindo para as parcialidades das decisões judiciais, com pré-condenações, violação do devido processo legal, julgamentos direcionados, criação de leis desnecessárias e impraticáveis etc. Para ele, o garantismo penal de Lujji Ferrajoli, retratado no seu livro “Direito e razão”, serve para assegurar todos os meios e direitos da defesa, por meio de dez princípios ou axiomas, sendo que de acordo com um deles, mais precisamente o princípio da intervenção mínima, a liberdade humana precisa ser maximizada e o Poder Estatal precisa ser minimizado, para ai sim proteger a *ultima ratio* do Direito Penal, que precisa ser limitado pelo princípio da dignidade humana, pelos princípios gerais do direito, pelo direito de defesa pleno e pela imparcialidade do juiz.

A globalização acaba repercutindo na criação de tipos penais, para gerar uma sensação virtual de segurança para investidores internacionais, o que não ocorre na prática, pois, para ele, a “ultima ratio” não é um mecanismo de combate e sim de defesa. Os legisladores federais, a quem compete elaborar leis de natureza penal, se submetem ao clamor social retratado na mídia para enrijecer as leis penais, como se isso fosse resolver algum problema social. Neste caso, afirma o autor, eles estarão tratando consequências e não as causas do crime, por isso ineficiente essa abordagem, pois os fatores sociais que devem ser trabalhados pelos legisladores, tais como: educação, segurança, saúde, combate à desigualdade social etc.; são deixados ao léu. Não é criminalizando condutas e criando tipos penais que estar-se-á atribuindo a sensação de segurança para a sociedade. A prisão por si só

não vai sanar o desequilíbrio social, ela deve ceder a sua natureza drástica de *extrema ratio*, ou seja, o cerceamento da liberdade humana precisa ser preservado para ser utilizado somente como último recurso dentro do próprio Direito Penal, como uma medida de exceção. Com relação ao populismo midiático, tratar-se-á de forma mais aprofundada sobre esse assunto no próximo Capítulo.

### **2.3 A descarcerização e a despenalização como medidas suficientes**

A descarcerização e a despenalização está em moda na política criminal brasileira, atuações legislativas que pretendem reduzir o custo estatal em manter infratores em presídios, desonerando o Estado dessa incumbência, fazem parte do cenário político criminal atual. Deveras, os presídios brasileiros não possuem condições mínimas para assegurar uma dignidade humana para seus reclusos, fato que também vem contribuindo para essa forma de atuação.

Esse problema também precisa ser abordado sobre outros aspectos: servidores públicos corruptos e descompromissados com a coisa pública, não cumprem o que está previsto na Lei de Execução Penal, deixando os reeducandos livres para praticarem crimes de dentro das cadeias. Fica evidente que, o que está faltando realmente é uma efetiva fiscalização dos servidores responsáveis por manter a ordem nos estabelecimentos penais, cumprindo o que efetivamente a lei prevê.

Ademais, cada vez mais estão sendo utilizados mecanismos do próprio controle social informal para resolver conflitos sociais menos graves, conforme dita Gomes e Molina (2013, pg.130):

Por isso, cabe falar de uma estratégia diversificada ou de bifurcação no sentido de que os mecanismos informais e desinstitucionalizados são reservados para os conflitos pouco graves, enquanto subsistem modelos altamente repressivos a cargo das instâncias do controle social formal para os infratores mais perigosos ou considerados irrecuperáveis (...) O controle social “formal” tem, desde logo, aspectos negativos, mas assegura pelo menos uma resposta racional, igualitária, previsível e controlável, o que não acontece sempre com os controles informais ou não institucionalizados. [...].

Para que o controle social informal possa ser eficaz, é necessário que a população seja educada o suficiente para orientar e aculturar ela própria, pois enquanto a educação for colocada em segundo plano, não haverá uma sociedade evoluída capaz de resolver seus

conflitos sociais. Nessa esteira, caso isso não ocorra, o controle social formal deverá sempre atuar, tentando fazer muitas das vezes um papel que não deveria, como por exemplo, educar jovens em escolas públicas sobre a prevenção de drogas, algo que não seria da competência típica da polícia.

Mesmo diante de tantas soluções aceitáveis, que resguardam os direitos humanos do cidadão, submetendo o infrator ao cárcere somente em último caso, precisa-se ter uma visão crítica para entender que o que está previsto na lei, muitas vezes é inexecutável na prática. Insta observar, portanto, que há a necessidade de colocar em prática uma legislação, com seus institutos despenalizadores, mediante uma fiscalização eficiente, de modo que ao descumprir uma obrigação, o infrator possa ser punido por isso, gerando assim uma sensação de efetividade do sistema e não de impunidade como vem ocorrendo.

É evidente a leniência do Estado em não investir no meio social, deixando de prover a população com uma dignidade mínima de educação, saúde e segurança; o que enfraquece o controle social informal, gerando uma desigualdade socioeconômica desmedida. Em virtude dessa fraqueza, não adianta o Estado preocupar somente em fortalecer o controle social formal, pois as mazelas sociais continuarão a existir e esses entes ficarão apenas atuando de forma paliativa, tentando controlar um ambiente no qual nem os direitos humanos mínimos são respeitados.

Para Gomes e Molina (2013. p. 207 e ss.):

A maior severidade das penas é a certeza, também maior, da efetiva imposição das mesmas, produzirá, um indiscutível impacto dissuasivo na comunidade, com a conseqüente queda da delinquência. O risco comprovado de receber uma pena (que resulta da probabilidade de ser capturado, condenado e executado o castigo) dissuade, sem dúvida, a uma parte da sociedade da comissão de delitos por medo do castigo [...] se se reduz a duração da pena e a segurança de sua imposição – afirmam -, crescerá a criminalidade, posto que são reduzidos os custos e riscos do infrator em potencial.

O infrator potencial, antes de cometer um delito analisa as vantagens e desvantagens de continuar delinquindo. Se ele já foi condenado a uma medida despenalizadora anteriormente e a descumpriu, não havendo uma intervenção estatal para coagi-lo a cumprir ou sancioná-lo pelo descumprimento; ele continuará a delinquir, pois tem a certeza de que não será punido novamente. Essa incerteza gera insegurança jurídica e contribui para o aumento da criminalidade.



## 2.4 A exegese equivocada do garantismo penal

O garantismo penal precisa ser abordado também sob outra ótica, equilibrando-o com os outros direitos constitucionais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), não abrindo mão do Direito Penal como instrumento de controle, mesmo reconhecendo e o preservando como a *ultima ratio*. O problema principal não é o garantismo, mas, muitas vezes, a interpretação exagerada que se vem dando a esse sistema, que foi cunhado para respeitar as garantias e direitos fundamentais de todo cidadão e não apenas do sujeito passivo do sistema penal.

Existe hoje na doutrina e na jurisprudência, um movimento claro de proteção potencializada à figura do réu e do condenado no processo penal, com a criação de sistemas que possibilitam ao infrator se desvencilhar das consequências penais da conduta ilegal praticada, em total dissonância com o momento que se enfrenta de crescimento vertiginoso da criminalidade. Não pode-se utilizar o garantismo de Ferrajoli, de maneira distorcida, para deixar de aplicar as penalidades devidas aos infratores da lei, sob pena de aumentar ainda mais a sensação de impunidade e o crescimento da criminalidade. Da mesma forma que a norma jurídica se separa das intenções de seu autor, adquirindo uma força própria que será regulada pelo intérprete, a teoria do garantismo penal vem se distanciando de seus preceitos originários para servir de escudo para a defesa de todo o tipo de interesse, por vezes ideológico, corporativo, pessoal, profissional, acadêmico e até subversivo.

Para o Promotor de Justiça Fernando da Silva Mattos, no seu artigo: “Contra o garantismo penal máximo e a favor de uma sociedade de vítimas” (2013), sob o manto de um argumento de mera observância da constituição ou de proteção aos direitos fundamentais, os adeptos do que se pode denominar “garantismo penal máximo” vêm impregnando o meio jurídico de conceitos, teorias e entendimentos que, em verdade, fomentam a desordem e a insegurança jurídica. Busca-se, por vezes, dar-se acentuado enfoque à CR/88, que é garantista, sem qualquer exagero por parte do intérprete ou do aplicador, de modo que esse discurso se apresente mais sedutor ao meio social e à comunidade jurídica, como se CR/88 fosse aplicada de forma meramente subsuntiva, positivista, sem a necessidade de realização de interpretação e opções pelo agente aplicador.

Interpreta-se a CR/88 sob a influência de ideologias e interesses prévios e transmite-se a ideia de que a única ideologia e interesses existentes são de proteção aos direitos humanos e aos preceitos constitucionais dos infratores. Ignora-se a vontade popular,



as opções claramente realizadas pelo destinatário da norma, a fim de fazer prevalecer entendimentos que irão beneficiar somente os violadores da lei penal e/ou subverter a ordem jurídica.

Para ele, a fim de deslegitimar a vontade popular, apontam os adeptos do “garantismo penal máximo” que a mídia transmite uma ideia falsa de aumento da criminalidade; que no Brasil não há impunidade (afinal as penitenciárias estão cheias); que faltam políticas públicas adequadas; que o meio social torna o homem delinquente; enfim, não faltam escolas criminológicas para dar explicações outras para o cometimento de um crime que não a vontade do delinquente. Ocorre que, na mesma intensidade com que aumenta o discurso “supergarantista”, aumentam as medidas de redução da miséria e da pobreza, sem redução, na mesma proporção, da criminalidade.

O membro do MP apresenta alguns dados fáticos e reais interessantes, que corroboram a sua preocupação sobre o aumento descontrolado da criminalidade. Realmente, estamos vivenciando: vários furtos com explosões de caixas eletrônicos; homicídios banais; a polícia passa a recomendar medidas de autoproteção; ônibus são queimados e depredados; delegacias e prédios públicos são alvejados; autoridades públicas são assassinadas; bandidos debocham de suas vítimas e dos órgãos de segurança pública; as pessoas cada vez mais adquirem equipamentos de segurança e se fecham em suas casas; e nada disso evidencia que é preciso simplesmente fazer com que as autoridades busquem que as pessoas respondam por seus crimes, observando é lógico todo o ordenamento jurídico, principalmente a CR/88.

Os defensores desse garantismo desviado asseveram ainda que atualmente somente os pobres são alcançados pelo Direito Penal, fomentando-se uma verdadeira luta de classes. A criação de um sistema protetivo à figura do delinquente em geral, com teorias que buscam influenciar o ânimo dos operadores do direito para agirem com uma tendência pró-réu, inevitavelmente, todas as classes sociais serão favorecidas por essas benevolências garantistas incutidas na mente dos juristas, o que, em parte, explica a grande impunidade envolvendo também os crimes de colarinho branco e a criminalidade organizada. Segundo ele, muitos dos garantistas extremados simplesmente ocultam deliberadamente o que verdadeiramente pretendem, que é o enfraquecimento da ordem jurídica posta para que possam implementar cada vez mais suas ideias comunistas, socialistas e marxistas; captando seguidores desatentos para uma vertente do Direito Penal apresentada com uma capa humanista, que talvez não aderissem se possuíssem conhecimento pleno de tais propósitos revolucionários. Para os garantistas extremados não importa que o Ministério Público, além

de outros órgãos como Banco Central, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Receita Federal, Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs), deixe de investigar, afinal a CR/88, por ela mesma, não quer isso, dizem eles de forma categórica.

Para ele, esse tipo de entendimento causa um prejuízo para toda a sociedade que clama por maior apuração dos crimes e punição dos culpados, forçando uma interpretação constitucional que vai contra a própria CR/88 e somente encontra apoio no espírito garantista extremado exportado de alguns países da Europa. E faz-se isso desavergonhadamente, afinal, tem-se o respaldo de todo um acervo doutrinário já construído para a máxima proteção ao violador da lei penal. Cabe mais uma vez a um dos intérpretes legítimos da CF/88 – à sociedade – reagir e exigir que tal atentado à democracia não ocorra, pois o povo, o destinatário da norma, é que sofrerá as consequências, e não os garantistas extremados, que parecem viver no Brasil só em corpo, pois sua mente e seu espírito estão domiciliados em outros países mais desenvolvidos.

No mesmo sentido, entende o autor que as políticas públicas, a médio e longo prazo, podem atenuar esse aumento vertiginoso da criminalidade. Não se ignoram as falhas do sistema de justiça, que necessita de maior investimento em estrutura, permitindo aos presos também um tratamento mais digno; que as investigações sejam mais eficientes; que haja mais estrutura de trabalho para as polícias, para o Ministério Público e para o Poder Judiciário. Mas, concomitantemente, há que se ter um direito penal que desestime a prática de crimes por parte daqueles que não mudarão seu comportamento independentemente da existência ou inexistência de outras opções de vida. O Estado deve cumprir seu papel, estruturar-se de forma adequada, sem que se busque no afrouxamento do Direito Penal um caminho alternativo para tal.

Nenhum país, por mais desenvolvido que seja, em nenhum momento de sua história, abriu mão do Direito Penal ou visou a retirar ou diminuir sua função principal que é a de servir de prevenção e desestímulo à prática de crimes. E o Brasil está vivenciando um grave momento de insegurança pública, não podendo dar esse passo perigoso de afrouxamento de um dos sustentáculos do direito e da justiça que é o Direito Penal, o qual visa principalmente à proteção de uma sociedade de vítimas, atuais e em potencial, e não somente à proteção de uma sociedade de delinquentes.

O posicionamento do membro do Ministério Público é bastante interessante, pois realmente a criminalidade está alcançando patamares anormais e os agentes de segurança constantemente se veem fragilizados para atuarem nas ruas, porquanto são cobrados a todo

momento a atuarem conforme determina a lei, independente das atrocidades que estão ocorrendo com seus colegas e familiares. Esse seria o ônus de ser servidor público e combater a criminalidade. Entretanto, além dessa atuação, percebe-se que não se pode utilizar dos limites constitucionais como escudo para a prática de atividades ilegais; o Estado, mais precisamente seu Sistema de Justiça Criminal, precisa sim atuar dentro da legalidade, mas isso não pode ser obstaculizado por defensores do garantismo penal máximo, sob pena de dar guarida a ações ilícitas praticadas por marginais.

### **3 - O POPULISMO PENAL MIDIÁTICO E A INEFICÁCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

#### **3.1 O populismo penal midiático e o sensacionalismo**

Estão em voga no Brasil programas televisivos policiais, que mostram o dia-a-dia da polícia no atendimento de ocorrências policiais, como um extravagante espetáculo midiático promovido pelo populismo penal, que constitui o eixo da chamada “Criminologia midiática”, que explora à exaustão, o “catastrófico”, o “ridículo”, o “aberrante”, o “sanguinário”, havendo amplo apoio popular a essa absurda hiperdimensão dos fatos, com a edição de chocantes imagens, que incrementam a cultura do medo e da violência. (GOMES, 2012)

Em uma palestra com o Eugenio Raúl Zaffaroni (2012), que abordou o tema Criminologia Midiática, o mesmo afirmou que a criminologia hoje é punitivista e traz uma política criminal violenta, fato atrelado ao que a mídia divulga e propala. Para ele, a mídia cria um estereótipo de que o criminoso é jovem, favelado e pobre; fazendo com que a sociedade, os legisladores e a polícia atuem somente na direção desses excluídos. Em seu livro “A palavra dos mortos”, Zaffaroni destaca essa violência urbana, defendendo os mortos que já foram massacrados nessa jornada discriminatória.

Para ele, o Estado precisa fazer pesquisas criminológicas para identificar cientificamente o porquê estão ocorrendo as mortes e não apenas investir no controle social formal - somente dessa forma, pode-se atuar com uma política criminal de prevenção eficiente - pois estatísticas oficiais não retratam a realidade, é como tratar doentes em hospitais sem saber curá-los. A mídia tem um papel político para criar uma paranoia social, mas em raríssimas vezes ela reproduz a realidade e, em muitas situações, contribui para o aumento da criminalidade por imitação, por meio de uma publicitação de casos famosos.

Aduz que o perfil dos criminosos que estão no sistema prisional são estereotipados pela mídia, são sementes de massacre, havendo uma seletividade, pois somente criminosos de baixa renda e que praticam pequenos delitos que são presos, mas os criminosos de “colarinho branco”, que praticam a criminalidade econômica, que são mais graves, porém invisíveis, não vão para a cadeia. Com relação ao poder punitivo do Estado, ele entende que é a polícia que faz a escolha dos condenados, geralmente jovens vulneráveis, que são mais fáceis de serem presos. A forma que a mídia trabalha atualmente estimula a vingança,

incentivando a violência policial e o aumento das penas, não trazendo eficácia preventiva prática alguma. Ela atua em um viés essencialmente sensacionalista, ao ponto de mostrar somente atrocidades, não fazendo seu papel principal de fabricar a notícia com qualidade e construir a realidade, não demonstrando fatos que possam realmente informar a sociedade.

O Poder Judiciário está sendo ameaçado pela mídia para que não liberem infratores, algo que não é concebível e precisa ser combatido, e alguns políticos oportunistas aproveitam dessas violências para impor o medo e ganhar votos propondo leis penais sem técnicas legislativas adequadas, de forma desarrazoadas e desproporcionais, ficando a agenda política criminal marcada pelas corporações midiáticas. As classes ricas utilizam desse artifício para manter seus privilégios, pois fica fácil estereotipar classes mais pobres e colocar o Estado policial para perseguir esses infratores, algo mais cômodo para a burguesia, que investem cada vez mais em segurança privada, pois possuem condições para isso. A briga entre policiais e marginais evita a conscientização por parte da classe menos favorecida, principalmente política e educacionalmente, e é funcional e de bom alvitre, politicamente falando, para a elite brasileira.

É preciso colocar um basta nessa situação e impor limites a essa incivilizada “criminologia midiática” que, globalizada, anda prestando mais desserviço que utilidade à evolução da sociedade, na medida em que mostra uma realidade mais caótica do que ela é, para alcançar objetivos privados por meios tortuosos ou pouco claros, tal como se fazia na preparação dos golpes de estado, tão frequentes no continente latino-americano. Não pode-se olvidar que não raras as vezes, os meios de comunicação acabam ensinando os infratores o *modus operandi* de diversos delitos, como se fosse um cursinho gratuito de como aprender a furtar um banco, roubar um posto de combustível, formar uma quadrilha etc.; ensinamentos que prejudicam a segurança pública como um todo.

### **3.2 – A ineficiência do sistema de persecução penal brasileiro e o oportunismo político**

Vive-se em uma era de aumento demasiado da criminalidade, ocasião em que a população está desacreditada no sistema de justiça criminal brasileiro, porquanto apesar da quantidade de leis penais que estão sendo criadas, de maneira desmedida, essa progressão não tem mantido nenhuma relação com a diminuição da violência urbana.

Em diversas oportunidades, infratores cometem crimes rotineiramente e não são sequer punidos pelos atos ilegais praticados, pois, apesar do sistema de persecução penal estar

aplicando a lei ao caso concreto, existe um déficit de recursos humanos e logísticos para realizar uma efetiva fiscalização das medidas despenalizadoras impostas.

Há uma falha grave no sistema, conforme preceitua Gomes e Molina (2013, pg.44):

[...] A própria persecução formal do denunciado, de outro lado, nem sempre acaba com uma sentença condenatória do presumido infrator, nem este cumpre, em todos os casos, um hipotético castigo imposto. Nem todo delito transcende, nem todo delito é denunciado, nem todo delito denunciado é perseguido, nem todo delito perseguido é castigado, nem toda condenação imposta é cumprida.

Essa situação caótica abala a confiança e a segurança jurídica que o cidadão espera da justiça, fazendo que esta caia em descrédito perante a opinião popular, visto que fatos ilícitos deixam de ser punidos como deveriam ser, aumentando assim a sensação de impunidade e a violência por parte daqueles malfeitores que não são castigados e punidos como a lei prevê.

Gomes e Molina (2013, pg. 362) aponta que para o modelo neoclássico é necessário melhorar a infraestrutura e a dotação orçamentária do sistema legal: mais e melhores policiais, mais e melhores juízes, mais e melhores prisões; visando assim encarecer os “custos” do delito para o infrator. Porém, é importante destacar que não cabe esperar muito desse modelo. Porque o sistema legal deixa intactas as “causas” do crime e atua tarde demais, do ponto de vista etiológico. A política criminal precisa entender que as chaves para uma prevenção eficaz do delito residem não somente no fortalecimento do controle social formal, senão numa melhor sincronização do controle social formal e do informal, com um compromisso ativo da comunidade.

O crime é considerado um fato social normal, desde que esteja em patamares aceitáveis para o meio social. Não resta dúvidas que em todo local haverá delinquentes dispostos a quebrar o contrato social, violando o ordenamento jurídico. Para Garcia<sup>6</sup> (*apud* GOMES; MOLINA, 2013, pg. 94):

[...] o crime aparece como um acontecimento onipresente na vida cotidiana: neste sentido, um acontecimento “normal”. Convivemos diariamente com ele. Trata-se, ademais, de um fenômeno “ubíquo”: não é patrimônio exclusivo de nenhuma classe ou estrato da população, senão que se reparte por todas as camadas da pirâmide social (...) Coisa distinta sucede com o “controle social” que atua “seletiva e “discriminatoriamente”, em função do status do infrator.

---

<sup>6</sup> GARCIA, Pablos A. O Tratado de criminologia, p. 269 e ss.

Não obstante, as instâncias de controle social, seja ela formal ou informal, precisam atuar cotidianamente para manter em patamares aceitáveis a criminalidade. “O certo é que não se deve confundir o controle da criminalidade com o seu extermínio. A Criminologia pretende o controle razoável do delito, pois sua total erradicação da sociedade é uma meta inviável e utópica. [...]” (GOMES; MOLINA, 2013, pg. 153)

A partir do instante que o Estado não consegue dar a resposta adequada para controlar a violência, poderão surgir atos particulares arbitrários, nos quais cidadãos procurarão resolver suas contendas de maneira pessoal, voltando ao estado de selvageria. O Poder Executivo precisa se aparelhar para demonstrar, por meio de suas instâncias formais de controle, que há sim a possibilidade de colocar em prática as leis impostas pelo legislador, reforçando a fiscalização das condicionais ou penas impostas aos infratores, enquanto o Estado permanece inerte em investir no meio socioeconômico, como deveria fazer.

Impende ter uma visão crítica para não acreditar-se em discursos políticos demagógicos, com intuito estritamente de promoção pessoal, de que fazendo leis, tudo se resolverá. Conforme dispõe Gomes e Molina (2013, pg. 97):

O medo, o temor é uma resposta individual típica psicologicamente condicionada de quem foi vitimizado. (...) Mas o medo que aqui e agora interessa (enfoque político-criminal) transcende essa dimensão clínica e individual: refiro-me ao medo de se transformar em vítima do delito pela vivência ou estado de ânimo coletivo e não necessariamente porque esteja associado a uma prévia vitimização. (...) trata-se de um medo imaginário e sem fundamento, produto de uma defeituosa percepção da realidade ou de sua interessada manipulação de terceiros. Em ambos os casos, produz efeitos nocivos: altera os hábitos e estilos de vida da população, fomenta comportamentos não solidários em relação a outras vítimas, gera inevitavelmente uma política criminal drástica, de rigor desnecessário (o medo sempre produz mais medo), pouco eficaz e que em momentos de crise se volta contra certas minorias, as quais são tidas como culpadas de todos os males sociais pelos forjadores de opinião pública, de modo que, o castigo exemplar desses “bodes expiatórios” monopoliza a atenção geral – distrai ou desvia a atenção dos verdadeiros problemas sociais -, atuando como instrumento de coesão e solidariedade, quer dizer, como pretexto legitimador da intervenção estatal em prejuízo das classes oprimidas.[...]

A prevenção primária, deveria ser a prioridade do Estado, atuando este com enfoque social, investindo na educação e na reinserção social, evitando assim a médio e longo prazo os futuros problemas desviantes que poderão surgir, atuando de modo preventivo no cenário socioeconômico. Malgrado a prevenção secundária e terciária que estão ocupando espaço no cenário político criminal, são estratégias de curto e médio prazo, que não atacam a raiz do problema. A razão disso talvez seria a necessidade do cidadão comum ver aquela atuação mais prática e atual, mesmo sendo paliativa, pois desacredita em propostas pragmáticas e políticas, que poderão ser levadas ao insucesso, principalmente porque

demandam investimento público, ocasião em que ocorrem os desvios de dinheiro por corruptores.

Destarte, se realmente os agentes políticos fossem compromissados com o bem comum, não teria necessidade de se utilizarem de discursos hipócritas, com intuito meramente político, de que promulgando leis, estar-se-ia melhorando a situação do País.

[...] para que a Justiça Penal recupere sua face humana, tem que se orientar mais ao homem – mais ao homem que à lei mesma – e resolver efetivamente seus problemas. (...) Porque só castigar, em todo caso, não resolve nada (...) A pena (de prisão, sobretudo) não soluciona os problemas da vítima nem é útil para o delinquente e, ademais, tem um custo social elevado. [...] (GOMES; MOLINA, 2013, pg. 110).

Enquanto o Estado fica resignado com sua atuação ineficaz e midiática, abandonando o investimento social, as instâncias de controle social formal precisam atuar de forma integrada, buscando, na medida do possível, aplicar leis inaplicáveis, criadas por representantes eleitos pelo povo brasileiro, que sequer tem educação suficiente para eleger alguém. Nota-se a crescente e progressiva expansão do Direito penal na sociedade pós industrial, sociedade da informação e mídia de massa que demanda mais e mais segurança e a crescente intensidade do controle social, nem sempre racional nem justificada, potencializando o medo ao delito. (GOMES; MOLINA, 2013, pg. 132).

### **3.3 A Lei nº. 12.403/11 e a falta de um órgão específico para atuar na fiscalização das medidas despenalizadoras**

O ordenamento jurídico possui diversas leis penais que trazem em seu bojo institutos despenalizadores, sendo destacável como a mais recente e abrangente a Lei nº. 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal (CPP) e trouxe em seu texto a previsão de medidas cautelares diversas da restrição da liberdade preventiva, com intuito de oferecer outros meios punitivos a disposição do Estado, deixando a prisão com medida excepcional. Fazendo uma análise criminológica da lei, entende-se que ela é positiva, mas impõe desafios de fiscalização.

A prisão cautelar, seja ela preventiva ou temporária, pode dar uma aparência de que a justiça foi feita de forma célere para a sociedade como um todo. Mas, por vezes, acaba sendo um instrumento de ilegalidade, pois viola o princípio da presunção de inocência, gerando consequências graves de uma prisão processual indevida. Ademais, acaba por não gerar um resultado desejado como todos imaginam, pois há delitos que precisam ser atacados



patrimonialmente, como por exemplo, o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro, a corrupção de agentes públicos, “crimes de colarinho branco” etc.; porquanto seus integrantes são substituídos a todo momento ou continuam a praticar tais delitos, ao passo que a restrição de liberdade não influencia em nada na desestruturação da organização criminosa.

As novas regras das medidas cautelares foram recepcionadas pela mídia com terror, ao passo que milhares de presos perigosos seriam postos, do dia para a noite, em liberdade, colocando em risco as pessoas de bem. Mas na prática verifica-se que não ocorreu essa situação, entretanto é necessário fazer uma análise detalhada da aplicação prática da lei, pois se forem aplicadas medidas sem a necessária fiscalização, ela cairá em descrédito.

Para o Ministro Gilson Dipp (2011, Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização), as medidas são polêmicas, mas necessárias.

As modificações são bem-vindas e eram necessárias. O aumento do leque de medidas cautelares possíveis é positivo. Antes, o juiz se via numa sinuca: ou decretava a prisão provisória ou preventiva, ou deixava o réu solto. Agora, ele pode não aplicar a prisão provisória ou preventiva e também não deixar o réu sem qualquer medida penal.

Para o juiz paulista Nucci (2011, Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização), que atua como desembargador no TJSP:

Medidas céleres colaboram com a Justiça célere, algo que toda a sociedade deseja. Sejam gravosas ou não, o ponto fundamental é que tenham efetividade. As modificações são positivas. Conferem maior flexibilidade para a atuação do magistrado, possibilitando a aplicação de várias medidas alternativas, evitando-se a inserção do acusado no cárcere.

Para ele, um dos destaques é a recomposição do valor da fiança, que a torna efetivamente aplicável. Insta ressaltar que há riscos concretos de manter em liberdade alguns acusados que deveriam aguardar presos, pelo fato de serem perigosos para o convívio social, senão a ineficiência do sistema de justiça criminal pode aumentar. A falha pode ocorrer principalmente em não dar condições de fiscalização das medidas alternativas. A proibição de frequência a determinados lugares, por exemplo, pode ser inócua, se não há uma forma concreta e eficaz de fiscalização. Talvez, o Estado deveria ter concedido um prazo maior de *vacatio legis*<sup>7</sup>, permitindo que o Executivo e o Judiciário se organizassem administrativamente para observar o cumprimento das medidas.

---

<sup>7</sup> Vacância da lei - designa o período que decorre entre o dia da publicação de uma lei e o dia em que ela entra em vigor

Para dar efetividade ao cumprimento de algumas medidas, existe a possibilidade de se utilizar a tornozeleira eletrônica, fundamentado no art. 319, IX do CPP, conforme a FIGURA 1 abaixo, mas o custo desse equipamento é muito elevado. Segundo o blog <http://tornozeleiraeletronica.blogspot.com.br/> o monitoramento eletrônico custa aproximadamente R\$ 600,00 por mês, o que encarece em demasia a utilização do recurso.

FIGURA 1



Fonte: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

Mas dentre as medidas cautelares previstas no CPP, verifica-se que se não for utilizado o equipamento, não teria como monitorar e acompanhar se o infrator está cumprindo as determinações. Basta analisar o art. 319, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:  
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;  
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;  
III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

Analisando os incisos II, III, IV, V e VI, ou seja, das nove medidas previstas, cinco precisam de um acompanhamento severo, senão cairão em desuso ou serão aplicadas simplesmente no papel, pois seria inviável sua fiscalização sem um acompanhamento eletrônico ou pessoal por servidores habilitados.

Para o Ministro Gilson Dipp (2011, Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização), a falta de fiscalização é o maior risco da lei na opinião dele: “Duvido muito que no Brasil, com as carências que temos de magistrados, do Ministério Público (MP), de servidores do Judiciário, de polícia – que já não cumpre nem seu papel primordial e ainda vai ter que fiscalizar uma série de outras medidas –, a lei será bem cumprida.” Segundo ele, “não adianta ter medidas boas, modernas, protetivas dos direitos fundamentais, se não houver uma efetiva fiscalização da aplicação dessas medidas”. “Essas medidas precisam de um mínimo de fiscalização”, completa. “Quem é que vai fiscalizar adequadamente, nessa imensidão do Brasil, se alguém que teve como medida cautelar a imposição de se recolher em período noturno, ou se aproximar de uma determinada pessoa, está cumprindo a medida?”, questiona Ministro.

A pena tem um moderado impacto preventivo-geral, real e certo, ainda que muito inferior ao que se propunha, de acordo com o que se depreende dos estudos empíricos da matéria. Esta eficácia preventiva geral deve se referir não à pena abstrata prevista na lei (momento normativo), mas à pena imposta pelos tribunais (momento aplicativo), isto é, mais ao sistema que à lei. E que a certeza do castigo tem maior relevância que outras possíveis variáveis, como a severidade ou rigor do mesmo, sempre baseado na percepção subjetiva do infrator. (GOMES; MOLINA, 2013, pg. 363)

Talvez seria a oportunidade para se criar mais um órgão atrelado ao Judiciário que faça o devido acompanhamento dessas medidas, utilizando-se de recursos tecnológico e humanos suficientes para verificar se estão sendo cumpridas com êxito as imposições. Da

forma que se encontra atualmente, nenhum órgão público assume o papel de controle, pois não tem incumbência específica para fazer esse acompanhamento. Com a criação de um Oficial de Justiça de monitoramento ou um Oficial de Justiça da condicional, poder-se-ia acompanhar constantemente as medidas despenalizadoras, contribuindo para um eficaz controle e diminuição tanto da sensação de impunidade, quanto da predisposição para criminalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando todo o conjunto deste trabalho, pode-se afirmar que está ocorrendo uma ineficiência estatal em aplicar as leis penais que estão sendo elaboradas, pois o Poder Executivo, a quem cabe executar as leis, não está estruturado para colocar em prática as medidas despenalizadoras e, a Sociedade, em virtude da quantidade de leis criadas e da falta de conhecimento, não consegue absorver e compreender as regras postas, o que tem gerado um descrédito ao sistema de justiça criminal como um todo.

Esses problemas geram também para o infrator em potencial uma sensação de impunidade capaz de mostrar para ele que o crime compensa, pois apesar do Estado ter-lhe aplicado uma medida cautelar, não haverá fiscalização e ele poderá descumpri-la e reincidir em atos ilegais, porquanto somente será punido se algum órgão do controle social formal conseguir descobrir seu intento. Ademais, não existe no Brasil um órgão específico que faça esse tipo de fiscalização e os órgãos de segurança pública já existentes não possuem um banco de dados interligado que possa detectar de imediato o descumprimento dessas medidas, devido a falha/falta de comunicação e tecnologia para isso.

O exagero em construir leis penais a toque de caixa está atrelado ao populismo penal midiático, que tem contribuído para essa forma de agir por parte do Poder Legislativo, prejudicial para a população, pois atua de forma precária e paliativa, sem dar uma resposta imediata aos males sociais, demonstrando o descompromisso com a solução do problema, deixando de atacar suas causas, procurando apenas atender aos anseios sociais imediatos, a procura de aceitação popular para fins eleitorais. Fica cômodo para o Estado reduzir a população carcerária, desonerando o erário, deixando a mercê da sociedade infratores com condicionais que não serão cumpridas na íntegra.

O poder legiferante precisa atuar de forma científica, com a interdisciplinaridade entre as principais ciências penais da política criminal: a criminologia e o direito penal; para que possam ser construídas leis penais técnicas, que possam prever institutos despenalizadores e descarcerizadores, de forma que dê oportunidade para o Estado se estruturar para coloca-las em prática.

É evidente que há necessidade de preservar a *ultima ratio* do Direito Penal, como se fosse a última ferramenta para punir atos graves, priorizando o Direito sancionador administrativo e civil. Mas para que o Direito Penal possa ser utilizado quando acionado, o Estado precisa estar bem aparelhado, senão será colocado em xeque toda a justiça criminal, ao

passo que sempre vai existir na sociedade malfeitores que insistem em descumprir a lei. Utilizar uma interpretação equivocada do garantismo penal para defender infratores é uma conduta repugnante e mercenária, que deve ser abolida. Todos merecem ser tratados como manda a legislação processual penal constitucional, mas o bem sempre deve prevalecer sobre o mal.

Verifica-se, portanto, que está ocorrendo uma ineficiência estatal em fiscalizar o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão e que há necessidade de se criar um órgão responsável por realizar essas fiscalizações, sob pena da legislação cair em descrédito, o que pode aumentar a sensação de impunidade e a criminalidade.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Minimalismo garantista – reducionismo**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/05/26/minimalismo-garantista-reducionismo/>> Acesso em: 25 Ago. 2013.

CRUZ, Fabio Rocha. **Preservação da *ultima ratio***. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/palestrasdeatualizacao/preservacao-da-ultima-ratio-fabio-rocha-cruz/>> Acesso em: 10 Ago. 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal português. Parte Geral II. As consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas, 1993.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. **Criminologia**. 8 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013. Vol. 5

GOMES, Luiz Flávio. **O espetáculo do populismo penal midiático**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/iab/artigos-do-prof-lfg/o-espetaculo-do-populismo-penal-midiatico/>> Acesso em: 01 Jul. 2013.

MARQUES, Ivan Luís. **As velocidades do Direito Penal**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/palestrasdeatualizacao/as-velocidades-do-direito-penal-prof-ivan-luis-marques/>> Acesso em: 18 Jul. 2013.

MATTOS, Fernando da Silva. **Contra o garantismo penal máximo**. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=212&Source=/>> Acesso em: 22 Ago. 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUINTÃO, Mauro. **Monitoramento de presos**. Disponível em <http://tornozeleiraeletronica.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 22 Ago. 2013.

SALIM, Alexandre. **Garantismo**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/palestrasdeatualizacao/garantismo-prof-alexandre-salim/>> Acesso em: 15 Jul. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Para especialistas, nova lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização**. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102579](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102579)> Acesso em: 11 Maio. 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Criminologia Midiática**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/palestrasdeatualizacao/criminologia-midiatica-eugenio-raul-zaffaroni/>> Acesso em: 04 Jun. 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.