

DIREITO PENAL MÍNIMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: as ideias abolicionistas e alguns pontos de reflexão

Carolina Souza Malta

Juíza Federal da 36ª Vara de Pernambuco (Especializada Criminal).
Mestre em Direito Público pela UFPE. *E-mail: carolina.malta@jffe.jus.br*

RESUMO

Este artigo tem por objetivo trazer algumas reflexões sobre o Direito Penal atual. A partir da análise de algumas ideias abolicionistas, busca-se a crítica ao sistema punitivo atual como forma de ressaltar a sua essência. A reflexão sobre mecanismos de aprimoramento do sistema penal se faz necessária e urgente, para ensejar o seu próprio fortalecimento, reservando a aplicação do Direito Penal para os casos em que a intervenção se faça realmente necessária.

Palavras-chave: Direito Penal Mínimo — Abolicionismo — Prisão — Impunidade — Sistema Punitivo.

ABSTRACT

This article aims to give some reflections on the current Criminal Law. From the analysis of some abolitionist ideas, this paper seeks to critique the current punitive system as a way to highlight the essence. Reflection about mechanisms to improve the criminal justice system is necessary and urgent to give rise to its own strength, reserving the application of criminal law to cases in which the intervention is actually required.

Keywords: Minimal Criminal Law — Abolitionism — Prison — Impunity. Punitive System.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é, sem dúvida, o ramo do Direito mais mencionado nos veículos de comunicação atualmente. Diariamente, são praticados crimes e uma proporção muito pequena destes é objeto de notícias, gerando a contínua manifestação de jornalistas e operadores do Direito sobre os rumos do Direito Penal e sobre mecanismos de prevenção.

Também os leigos, de uma forma geral, possuem opiniões formadas e consolidadas sobre os métodos mais eficazes de combate à criminalidade. No entanto, suas sugestões, na quase totalidade dos casos, implicam: majoração ou agravamento das penas; aplicação da prisão provisória como regra; expansão da aplicação das penas privativas de liberdade; diminuição da maioria penal; afastamento das possibilidades de progressão das penas; entre outros.

Sobretudo em relação aos crimes de maior repercussão midiática, vê-se que ainda está bastante arraigado, na coletividade, o íntimo desejo de vingança em face dos que descumprem as normas legais. De tal forma, não há que se falar em ressocialização senão como um efeito indireto, decorrente da aplicação de penas severas, em que o infrator se “arrepende” do que fez, a partir das consequências suportadas, e decide não mais atingir o bem jurídico tutelado.

Paradoxalmente, porém, o recrudescimento das penas e a expansão do Direito Penal não têm implicado diminuição da criminalidade. Por outro lado, a efetiva aplicação da pena não cumpre qualquer objetivo de ressocialização, eis que muitas vezes os indivíduos ingressos no Sistema Penitenciário saem de lá mais habilidosos e propensos ao cometimento de crimes.

Por tais aspectos, a análise do papel atual do Direito Penal se faz necessária e possui fundamental importância, sendo relevante apresentar o conteúdo do movimento abolicionista e seu caráter utópico, apresentando, porém, críticas que induzem a uma necessária reflexão.

1 A UTOPIA DA TESE ABOLICIONISTA

A partir da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, o abolicionismo surgiu como um movimento que propõe o próprio desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalente a fenomenológica, de Louk Hulsmann; a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen; a fenomenológico-histórica, de Nils Christie; e, embora não tenha fortemente integrado o movimento, a estruturalista, de Michel Foucault.¹

Não é possível falar em abolicionismo sem falar em Louk Hulsmann, falecido em janeiro de 2009, que foi, sem dúvida, o seu maior expoente. A leitura da sua obra *Penas Perdidas – o sistema penal em questão*² e o acesso a obras de outros autores abolicionistas ou tendentes ao que poderíamos chamar de um “minimalismo exacerbado” nos faz concluir que as ideias são, sem dúvida, utópicas, máxime se abordamos o abolicionismo neste momento em que predomina justamente a expansão do Direito Penal.

Todos os dias, defende-se criminalizar novas condutas através de tipos penais específicos. Os tipos penais gerais não servem, só parecendo haver proteção de qualquer direito se, junto com a previsão, for criado um tipo penal específico.³ Por exemplo, hoje em dia, toda lei de Direito Administrativo é assim, sendo necessário caçar os tipos penais que geralmente estão incluídos na parte final.

Dispor do Direito Penal, assim, está fora de questão, o que mostra que a utopia é manifesta. Não é preciso, porém, concordar com o abolicionismo. No entanto, o estudo das ideias abolicionistas

¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 648.

² HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997.

³ PALADINO, Carolina Freitas. “Política criminal: Direito Penal Mínimo x Direito Penal Máximo”. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010. p. 62.

possui uma importância fundamental, por trazer, de forma extremamente lúcida, um legado de críticas ao sistema punitivo atual, propiciando a reflexão.

2 AS CRÍTICAS AO SISTEMA PENAL FORMAL E OS CRITÉRIOS DE ABOLIÇÃO

Segundo a corrente abolicionista mais radical, a pena e o próprio Direito Penal possuem efeitos mais negativos que positivos. Busca-se, por isso mesmo, a eliminação total de qualquer espécie de controle “formal” do delito, que deveria dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos.

Dentre os problemas apresentados, que imporiam a extinção do sistema penal formal, é citada, inicialmente, a sua face maniqueísta. Como ressalta Hulsman, o policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo frequentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da ordem e, portanto, do bem.⁴ E, em face destes símbolos da justiça, do direito e da consciência reta, os “delinquentes” são vistos como pertencentes a uma espécie à parte, como anormais sociais que deveriam ser facilmente identificáveis, já que não seriam como os outros.⁵

No mesmo sentido, expõe Francesco Carnelutti:

A primeira coisa que ensina a experiência penal é que a penitenciária não é de fato diferente do resto do mundo, tanto no sentido que também o resto do mundo é uma grande casa de pena. A ideia de dentro estarem apenas canalhas e fora somente honestos não é mais que uma ilusão; aliás, ilusão é que um homem possa ser todo canalha ou todo honesto.⁶

⁴ HULKSMANN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997, p. 56-57.

⁵ MARQUES, Bráulio. “A mídia como filtro do fato social”. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Ensaio em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p. 164.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p.82.

Por outro lado, o sistema punitivo constituiria uma “máquina desconexa” e burocratizada, uma vez que suas instâncias polícia, Ministério Público, magistratura, agentes penitenciários atuam de forma compartimentada e desconexa.

Um dos aspectos sobre o qual recaem as maiores críticas consiste na prisão. Considera-se que a prisão não é útil e despersonaliza e dessocializa o preso, sendo a porta de entrada para um mundo artificial onde tudo é negativo, constituindo uma violência em si mesma e um mal social, sem qualquer efeito positivo.⁷ Sobre isso, Paulo Cesar Busato expõe:

É comum que se identifique, na população em geral, uma opinião de que o condenado deve permanecer o máximo possível de tempo em compressão máxima do seu espaço, como modo de cumprir a pena. O que estas pessoas não percebem é que, cumprida a pena, os condenados voltarão ao seu convívio com todas as marcas e heranças adquiridas no cárcere. Tudo o que a prisão lograr produzir nele de ruim será manifestado em seguida, nas relações sociais que certamente guardará com aquele que quer vê-lo detido.⁸

Não haveria, ainda, qualquer atenção à complexidade dos fatos e situações e à complexidade das pessoas, de forma que o sistema penal se interessa por um fato isolado, um “flash”, desprezando todas as circunstâncias que o norteiam. Ademais, não permite uma aproximação psicológica entre o juiz e o acusado, predominando a máxima “eu não sou como ele”.⁹ Como ressalta Hulsman:

[...] a desumanidade do sistema penal está, em parte, na situação em que reciprocamente se colocam o imputado e os agentes que tratam com ele. No contexto deste sistema, onde

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁸ BUSATO, Paulo César. “O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa”. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago. 2012. p. 99.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 13.

aquele que é acusado não pode verdadeiramente falar, onde não tem a oportunidade de se expressar, o policial ou o juiz, mesmo que queiram escutá-lo, não podem fazê-lo. É o tipo mesmo de relações instituídas por este sistema que cria situações desumanas [...].

[...] Todos nós existimos juntos numa espécie de comunhão cósmica. Quando se tem consciência disso, desenvolve-se uma espécie de respeito, de delicadeza, de ajuda mútua. Isto implica (*sic*) num sentimento de responsabilidade, numa especial atenção para com os mais fracos, os que estão em dificuldades.¹⁰

Em adição, o sistema deveria ser abolido por só contar com a reação punitiva, apurando-se, igualmente, que poucos são os que ingressam no sistema formal, acarretando uma disparidade entre as condutas praticadas e a efetiva incriminação, o que Hulsman chama de cifra negra.¹¹ De acordo com Hassemer e Francisco Muñoz Conde, se o Direito penal é arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do *status* de seus autores, e quase sempre recai sobre os extratos economicamente mais desfavorecidos,¹² provavelmente o melhor que se poderia fazer seria acabar de uma vez por todas com este sistema de reação social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício.¹³

Sobre a questão, Zaffaroni faz referência a uma “*utópica legitimidade do sistema penal*”, ressaltando que, embora o sistema penal “formal” não seja mais do que o apêndice justificador do verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema penal, a legalidade nem mesmo é respeitada em sua operacionalidade social, sob o

¹⁰ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997. p. 13-17.

¹¹ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997. p. 64-65.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 12.

¹³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 147-148.

seguinte aspecto: o discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o “dever-ser”, o sistema penal intervém repressivamente de modo automático. No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridicularmente pequena se comparada à magnitude do que foi planejado.¹⁴

Relata o autor, assim, que a disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas, se por uma circunstância inconcebível, este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.

Assim, diante da absurda suposição de criminalizar reiteradamente toda a coletividade, o sistema penal estaria estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.¹⁵

A crítica abolicionista advém justamente do questionamento dos critérios,¹⁶ bem como da necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, eis que a “clientela” do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar sua força como forma de contenção das massas, em benefício de outra classe, considerada superior, que necessita desse “muro divisório” para que tenha paz e tranquilidade.¹⁷

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 26.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 27.

¹⁶ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 29-30.

¹⁷ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 9.

A meta do abolicionismo é, portanto, o desaparecimento do sistema penal, mas isso não significa abolir todas as formas coercitivas de controle social. O desaparecimento do sistema punitivo estatal “abriria os caminhos de uma nova justiça”,¹⁸ da seguinte forma:

- Mudando a linguagem e aceitando a relatividade do conceito de crime. Não se deve falar em crime senão em “situação problemática” ou “acidente”, em razão de sua natureza estigmatizante. A questão da relatividade do conceito de infração diz respeito à sua variação no tempo e no espaço, de tal modo que o que é “delituoso” em um contexto é aceitável em outro. De tal forma, conforme você tenha nascido em um lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível de ser encarado pelo que fez, ou pelo que é.
- Aceitando e incrementando as regras civis de indenização, as quais seriam muito melhores “que trabalhar com o conceito metafísico de culpabilidade”, eis que a maioria dos fatos criminalizáveis já são resolvidos pela sociedade de maneira informal.¹⁹
- Adaptando a resposta estatal punitiva para as situações problemáticas, respeitando as diversidades pessoais, pois muitas vezes o que a vítima deseja não é a punição formal do culpado, mas a reparação dos seus danos e prejuízos.
- Com enfoque na solidariedade e aproximação das pessoas, abrindo espaço para o consenso e para os contatos “cara a cara”.

A sociedade, assim, contaria com inúmeras formas não penais de solução de conflitos (reparação civil, acordo, perdão, arbitragens, mediação etc.) e poderia desenvolver muitas outras.

Não há definição, porém, sobre a forma com que o Direito Administrativo ou o Direito Civil poderiam reagir, de modo eficaz,

¹⁸ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997. p. 62.

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *O que sobrou do abolicionismo? Homenagem póstuma a Louk Hulsmann*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

em face de estupradores, homicidas, entre outros. As ideias também não consideram as hipóteses de perigo abstrato; os casos em que a vítima é a própria sociedade, de forma difusa, impossibilitando a análise do desejo da vítima ou a composição; os casos de grande apropriação financeira etc.

Principalmente, o abolicionismo parece não considerar o fato de que é o risco de prisão que faz com que muitos aceitem a possibilidade de reparação do dano ou de indenização à vítima, submetendo-se a toda sorte de acordos como forma de se esquivar da pena privativa de liberdade.

Convém expor a opinião de Edmundo Oliveira:

Abolir as prisões: será essa lógica possível?

Em nível institucional, não vemos como esse fenômeno possa ser concretizado, sobretudo na América Latina, onde as estruturas do Poder Executivo e do Poder Judiciário não propiciam condições plausíveis para a adoção de experiências *abolicionistas*. Advogar a abolição da instituição carcerária pode ser um nobre desejo, mas utópico.

Além desses aspectos, por maiores que sejam as contradições que a pena privativa de liberdade encerre; por mais negativos que sejam seus efeitos; por mais altos que sejam seus custos sociais, nenhum país tem procurado o caminho de aboli-la do arsenal punitivo, especialmente porque ainda prevalece a crença, no seio da coletividade, de que a prisão representa melhor resposta para as inquietações engendradas pelos comportamentos delinquentes.²⁰

A tese abolicionista sempre foi duramente criticada. Entre os próprios abolicionistas, a exemplo de um grande expoente, Thomas Mathiesen, reconhece-se a impossibilidade de se dispor do sistema penal. Ao questionar se o abolicionismo seria um sonho impossível, ele admite a possibilidade de se encarcerar alguns indivíduos,

²⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 85.

embora defenda uma reforma plena da estrutura atual de encarceramento.²¹

3 O DIREITO PENAL MÍNIMO COMO PONTO DE EQUILÍBRIO

Quando tratamos do Direito Penal Mínimo, estamos falando de um ponto de equilíbrio entre posições extremas, que seriam justamente o abolicionismo e, de outra banda, o Direito Penal Máximo, ambos utópicos.

Apesar das críticas dirigidas ao abolicionismo, muitos dos seus postulados merecem reflexão e as ideias, embora inaplicáveis à risca, trouxeram certa luz para a análise do Direito Penal. É preciso às vezes desconstruir para ressaltar a essência.

É relevante trazer à baila a manifestação de Paulo César Busato:

Sustenta-se que o Direito Penal é um instrumento jurídico configurado pelos que detêm o poder de representação da sociedade no legislativo e que se aplica àqueles que o contrariam. De outro lado, isso não significa admitir que esse estado de coisas está legitimado, que as penas aplicadas são acertadas, que servem para a efetiva convivência social, que respeitam a dignidade da pessoa humana, que se aplicam atendendo a critérios de igualdade, que as penas resultam proporcionais à gravidade das agressões, que as penas se estabelecem atendendo ao critério de merecimento de pena etc. Estas todas questões constituem justamente o pano de fundo sobre o qual se desenvolve a aplicação do Direito penal e que devem vir à tona em contraste com os resultados práticos que resultam de seu emprego.²²

Falar em Direito Mínimo, assim, não implica pregar o abolicionismo, mas, sim, trazer o questionamento, na criação das leis e

²¹ MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível? – Conversações Abolicionistas*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 277.

²² BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

na aplicação ao caso concreto, para os pontos fundamentais: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

A partir da fragmentariedade, se o Direito Penal é a *ultima ratio*, não é para todo bem jurídico que ele deve ser dirigido. O Direito Penal não deve intervir de modo indistinto, ou seja, deve ser reservado para as hipóteses excepcionais, como forma de expressão da sua força. Muito Direito Penal equivale a Direito Penal nenhum.

Temos visto, porém, que, via de regra, o aparato estatal punitivo está voltado para os crimes menores, que poderiam ser resolvidos de outra forma. Sem questionar a aplicação do princípio da insignificância, que atinge a própria tipicidade, deveria também haver uma ampliação no cabimento da transação penal ou suspensão condicional do processo em casos de tentativa ou quando o bem jurídico é atingido de forma não relevante, ainda que a pena prevista *in abstracto* não a admita.

Como exemplo, menciono um caso em que o acusado era um feirante com idade superior 70 anos, que vinha da CEASA (Centro de Abastecimento e Logística de Pernambuco), com um pequeno caminhão com frutas e verduras para vender na feira do Município de Vitória de Santo Antão/PE. Ao passar pela Polícia Rodoviária Federal, o Policial determinou que ele apresentasse as notas fiscais das frutas e verduras, sob pena de o caminhão ficar apreendido durante três dias. Com o risco de perder as mercadorias perecíveis, o cidadão implorou pela liberação e ofereceu ao policial o “almoço”. Ocorreu, então, a voz de prisão, ele passou três dias preso até conseguir a liberdade provisória, e acabou denunciado por corrupção ativa. O curioso é que, logo após a prisão, o caminhão foi liberado pelos policiais ao irmão do acusado, sem qualquer problema, sem qualquer exigência.

A corrupção ativa, como é o conhecimento geral, não admite a aplicação do princípio da insignificância, bem como não admite transação penal ou suspensão condicional do processo. Em um caso idêntico ao narrado no parágrafo anterior, é ínfima a agressão ao bem jurídico e todo o aparato do sistema punitivo penal, que

deveria estar dedicado aos verdadeiros casos de corrupção ativa, é movimentado por anos.

Identificar o bem jurídico merecedor da proteção penal é a principal questão, pois a Constituição não apresenta um conceito, servindo apenas como limite negativo de valoração. A partir da teoria monista personalista, os interesses gerais só se podem reconhecer legitimamente na medida em que sirvam aos interesses pessoais.²³ Assim, o Direito Penal, como mecanismo de controle social, só deve atuar quando se produzam lesões ou perigos de lesão intoleráveis contra os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade.

A subsidiariedade, por outro lado, condiciona a intervenção do Direito Penal à incapacidade de os demais mecanismos de controle social resolverem, adequadamente, o problema. Com efeito, se o conflito pode ser resolvido por outra instância que não penal, esta não deve ser utilizada.

Para Roxin, o Direito Penal é a última dentre todas as medidas protetoras que se devem considerar. Por isso, a pena é denominada como *ultima ratio* da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.²⁴ Segundo Paulo de Souza Queiroz, a intervenção do Direito Penal há de pressupor o insucesso das instâncias primárias de prevenção e controle social, família, escola, trabalho etc., e de outras formas de intervenção jurídica, civil, trabalhista, administrativa, somente se justificando a sua aplicação concreta se e quando seja realmente imprescindível e insubstituível.²⁵

Silva Sánchez leciona:

Deve-se prescindir da cominação e sanção penal sempre que, no caso em questão, caiba esperar efeitos preventivos

²³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 109.

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. t. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

²⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125.

similares (ou superiores) da intervenção de outros meios menos lesivos, como, por exemplo, medidas estatais de política social, sanções próprias do Direito Civil, do Direito Administrativo, ou inclusive meios não jurídicos de controle social.²⁶

Cabe, então, uma reflexão: nos casos de apropriação indébita previdenciária, crimes contra a ordem tributária e sonegação de contribuição previdenciária, se o bem jurídico é relevante a ponto de demandar a intervenção do Direito Penal, por que o lançamento definitivo do crédito é condição para a tipicidade, conforme a Súmula vinculante n. 24? Principalmente, por que o pagamento extingue a punibilidade?

E o art. 1º da Lei n. 8.137/90 fala em prestar declaração falsa, fraude à fiscalização tributária, entre outras condutas. Esta opção por extinguir a punibilidade pelo pagamento ou a dependência da constituição definitiva do crédito revela, infelizmente, que este bem jurídico não impõe a intervenção do sistema penal através de um tipo penal específico, sob pena de desvirtuamento. Bastaria incriminar pelo uso de documento falso ou pela falsificação material ou ideológica.

No entanto, se uma conduta dessa natureza é praticada, a punibilidade se converte em moeda de troca. Se o tributo é pago, a ação penal se extingue. É importante a reflexão: como pode a consequência do descumprimento da legislação sem realizar o pagamento a que o contribuinte estava obrigado desde o início? Assim, a incriminação acaba não passando de um mecanismo de cobrança, o que é um absurdo.

José Paulo Baltazar Júnior, sobre o tema, expõe:

Está atualmente pacificado o entendimento de que há necessidade de lançamento definitivo para o oferecimento de denúncia em crime de sonegação fiscal, como consolidado na Súmula Vinculante 24 do STF, do seguinte teor: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosh, 1992, p. 247.

art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

[...]

Do ponto de vista dogmático, essa decisão está sujeita às críticas de ignorar a diferença entre obrigação e crédito tributário, sendo este, e não aquela, constituída pelo ato administrativo do lançamento. Demais disso, subordina a consumação do delito a um fato externo ao agente. É conveniente, por outro lado, na medida em que evita decisões conflitantes entre a administração tributária e o Poder Judiciário.

Também do ponto de vista político à posição tomada pelo STF pode ser contraposto o argumento de que as instâncias julgadoras no contencioso administrativo-tributário são compostas também por representantes dos contribuintes que são, em regra, bons advogados tributaristas, hábeis a fazer vencedoras suas teses, ao lado de servidores que, embora muito qualificados, atuam desprovidos das garantias asseguradas à Magistratura, a quem caberia dar a palavra final sobre a existência ou não de crime, independentemente da solução adotada pela administração.²⁷

Além disso, existem inúmeras normas incriminadoras absolutamente sem qualquer aplicação. O Direito Penal reluta em abandonar antigas incriminações em que a intervenção já não faz muito sentido:²⁸ lei de contravenções penais; os arts. 161 e 162, com os crimes de alteração de limites, usurpação de águas, esbulho possessório, supressão ou alteração de marca em animais, entre outros.²⁹

Temos visto uma mesma conduta replicada em uma série de tipos penais, com o intuito de especializá-los, mas a complexidade nesse enquadramento da conduta acaba gerando a impunidade.

²⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 541-542.

²⁸ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 172.

²⁹ Como expõe Rogério Greco, incontáveis infrações penais deverão ser retiradas de nosso ordenamento jurídico-penal, permitindo que aquelas condutas que afetem bens jurídicos de relevo recebam, com a agilidade necessária, a punição do Estado (GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 3).

Como leciona Rogério Greco, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.³⁰

Por outro lado, há imensa ilusão em se supor que o agravamento das penas previstas, por si só, trará reflexão e prevenção de novos crimes. Cesare Beccaria já advertiu que uma efetiva punição produz melhores resultados que o aprofundamento de sua gravidade.³¹

As verdadeiras e endêmicas causas de criminalidade não são alcançáveis pela via da incriminação ou da repressão com Direito Penal, mas sim pelo trabalho no âmbito social, cada vez mais abandonado.³² É da ausência do Estado que se alimenta o poder paralelo e da interferência do crime nas instâncias de poder – leia-se, passividade para com o crime organizado propriamente dito – que deriva a impunidade.³³

De um lado, a população em geral não conhece as penas dos delitos, nem quando possuem formação jurídica. Por outro lado, as pessoas, pelas mais diversas circunstâncias ou de forma cada vez mais sofisticadas, realizam infrações penais com a certeza de que nunca serão pegos ou punidas.

Sobre o simbolismo do Direito Penal:

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito *simbólico*, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a

³⁰ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 17.

³¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 27.

³² Delmanto aponta como maior causa do aumento da criminalidade violenta o fato de o Brasil se enquadrar, segundo levantamento da ONU, como um dos países de pior distribuição de renda. (DELMANTO, Roberto. "Da máfia ao RDD". *Boletim do IBCCRIM*, n. 163, São Paulo, jun. 2006. p. 5).

³³ NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. "A repressão ao crime e o antiterrorismo". *Boletim do IBCCRIM*, n. 128, São Paulo, jul. 2003, p. 2.

ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.³⁴

Os exemplos de punições anteriores ou a gravidade da pena não se têm mostrado eficazes para inibir novos comportamentos delituosos. Basta citarmos crimes de grande repercussão que se repetem anualmente, independentemente da gravidade da pena aplicada no caso anterior. Sobre a questão, Louk Hulsman, ao ser indagado sobre as utopias do abolicionismo, assim expressou: “a minha utopia não é maior que a do sistema penal”.³⁵

CONCLUSÕES

Por todo o exposto, verifica-se que a reflexão sobre mecanismos de aprimoramento do sistema penal se faz necessária e urgente, para ensejar o seu próprio fortalecimento, reservando a aplicação do Direito Penal para os casos em que a intervenção se faça realmente necessária.

A abordagem acerca do Direito Mínimo, nessa ordem de ideias, não implica pregar o abolicionismo, mas, sim, trazer o questionamento, na criação das leis e na aplicação ao caso concreto, para os pontos fundamentais que devem nortear a sua aplicação: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

A criação desmedida de novos tipos penais e o agravamento das penas não têm contribuído para o alcance de qualquer ideal de prevenção de novos delitos ou inibição da reincidência. Muito Direito Penal, de fato, corresponde a Direito Penal nenhum.

Portanto, impõe-se: o respeito aos postulados da subsidiariedade e da fragmentariedade; a aferição do efetivo abalo ao bem

³⁴ BATISTA, Nilo; ZAFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 631.

³⁵ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997, p. 151.

jurídico; a ampliação das possibilidades de transação penal e suspensão condicional do processo, independentemente da pena prevista em abstrato, para as hipóteses de lesão ínfima ao bem jurídico, tentativa e crimes de perigo abstrato; repensar o sistema penitenciário atual, em termos estruturais e quanto à finalidade; entre outros.

O combate à impunidade demanda, assim, temperamento na definição dos rumos do Direito Penal, a fim de que a sua ampliação desmedida não comprometa a sua efetividade e, conseqüentemente, não afaste o respeito da população aos seus ditames.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. "O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa". *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. *Boletim do IBCCRIM*, n. 163, São Paulo, jun. 2006. p. 5.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. "O que sobrou do abolicionismo? Homenagem póstuma a Louk Hulsman". Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 15 abr. 2009.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997.

MARQUES, Bráulio A mídia como filtro do fato social. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Ensaíos em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível? – Conversações Abolicionistas*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. "A repressão ao crime e o antiterrorismo". *Boletim do IBCCRIM*, n. 128, São Paulo, jul. 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALADINO, Carolina Freitas. "Política criminal: Direito Penal Mínimo x Direito Penal Máximo". *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. t. I. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosh, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.