

DESCONSTRUINDO O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA ANÁLISE DA REALIDADE CRIMINAL BRASILEIRA

Ricardo Santos Gonçalves¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo demonstrar que a aplicação do princípio da insignificância, em especial nos crimes contra o patrimônio, não é uma medida adequada para a situação de criminalidade existente em nosso país, pois além de não possuir previsão legal, contribui para o aumento da sensação de impunidade na sociedade brasileira. Iremos tratar sobre a origem das penas e qual é sua função em uma sociedade, abordaremos também o polêmico direito penal do inimigo, apresentado por Jakobs (2005, p. 21-50), falaremos sobre o princípio da intervenção mínima, iremos abordar o sistema prisional brasileiro falido e apresentar sugestões, demonstraremos a teoria da janela quebrada e por fim apresentaremos nosso posicionamento contrário ao princípio da insignificância. Diante disso, o trabalho tem como fonte principal de informações sobre o assunto abordado o acervo bibliográfico e as obras que contribuíram de forma significativa para abordagem do tema foram a dissertação de mestrado “A terceira velocidade do direito penal: o Direito Penal do Inimigo”, de autoria de Alexandre Rocha Almeida de Moraes, a obra “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria, a polêmica obra “Direito penal do inimigo: noções e críticas” de autoria conjunta de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá e o artigo científico “O princípio da insignificância e a exclusão de tipicidade” da autora Júlia Aragão de Moraes. Pelo presente estudo podemos concluir que o princípio da insignificância não precisa ser aplicado, pois não possui previsão legal e temos no ordenamento jurídico outras alternativas para aplicação das penas.

Palavras-chave: insignificância, pena, inimigo.

Introdução

O objetivo deste artigo é abordar a aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos contra o patrimônio e, por consequência, o surgimento da sensação de impunidade que ocorre com a aplicação do referido princípio. A metodologia utilizada para a elaboração do artigo foi principalmente consulta bibliográfica e foram utilizadas também, publicações digitais de juristas que abordam o assunto em tela. A hipótese do nosso trabalho é: a aplicação do princípio da insignificância gera aumento da sensação de impunidade. Para alcançarmos um posicionamento concreto acerca da hipótese apresentada será necessário uma pesquisa mais profunda sobre o tema, em especial, a obtenção de dados estatísticos mediante uma pesquisa quantitativa.

¹ Bacharelado em Direito no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves

O princípio da insignificância foi inicialmente apresentado por Moraes (2012, *apud* Claus Roxin, 2000), tendo como base a expressão em latim *minimis non curat praetor*, que significa basicamente que o juiz não deve cuidar de questões mínimas. O referido princípio não possui previsão expressa no ordenamento jurídico, mas possui alguns requisitos que foram delimitados jurisprudencialmente através do HC 84412/SP pelo STF, o qual veremos adiante.

Para que nosso posicionamento seja compreendido, não necessariamente aceito, é necessário discorrermos sobre as penas, sua origem, sua finalidade. Para isso, iremos abordar a questão da proporcionalidade das penas em relação aos delitos, já existente em nosso ordenamento jurídico e a inexistência legal de inaplicabilidade de sanção em decorrência da proporção do delito cometido. Em continuidade, traremos à baila alternativas ao princípio da insignificância e, em seguida, um ponto de fundamental importância nesse trabalho, a questão da subjetividade da insignificância, pois, criar um parâmetro para definir o que é uma lesão significativa ao bem jurídico é algo que, ao nosso entendimento, não parece ser uma solução adequada para permitir a aplicação da lei de forma justa em nosso país.

No decorrer do trabalho, iremos abordar o princípio da intervenção mínima, o qual é um dos alicerces para tentar sustentar a validade do princípio da insignificância e iremos apresentar um posicionamento acerca da má interpretação daquele princípio. Outro ponto fundamental que será abordado no presente trabalho é a questão do sistema prisional, pois, para muitas pessoas, nosso posicionamento contrário ao princípio da insignificância, pode gerar a ideia equivocada de que queremos ver quem cometa qualquer delito ir para cadeia, porém, essa não é a nossa intenção. Por esse motivo, iremos abordar a situação da falência do sistema prisional brasileiro e apresentaremos sugestões que, são possíveis de serem aplicadas pelo Estado. Logo após abordarmos a questão do sistema prisional, iremos tratar sobre a educação como uma solução para combater a crescente criminalidade em nosso país, trataremos também sobre a possível crise do Direito Penal e iremos argumentar sobre a ineficiência da criação de normas emergenciais como solução para a crescente criminalidade brasileira.

Adiante, iremos tratar sobre o direito penal do inimigo, apresentado por Jakobs (2005), abordaremos a finalidade da pena apresentada pelo autor mencionado, trataremos sobre a medida de segurança para imputáveis, defendida

pelo ilustre jurista alemão, iremos apresentar uma crítica a esse pensamento do autor citado. A abordagem da obra de Jakobs (2005), se faz necessária como formar de esclarecer alguns leitores que irão ler nosso trabalho e conseqüentemente irão alegar que somos adeptos das teorias apresentadas pelo autor supra. Por fim, iremos discorrer sobre a teoria da janela quebrada e a política de tolerância zero, aplicadas inicialmente nos Estados Unidos da América, as quais servem de suporte para nosso posicionamento contrário ao princípio da insignificância.

1 Origem das penas

Antes de adentrarmos ao conteúdo do trabalho em si, é importante lembrarmos que o objetivo deste artigo é abordar a aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos contra o patrimônio e, por consequência, o surgimento da sensação de impunidade que ocorre com a aplicação do referido princípio. A metodologia utilizada para a elaboração do artigo foi principalmente consulta bibliográfica e foram utilizadas também, publicações digitais de juristas que abordam o assunto em tela. A hipótese do nosso trabalho é: a aplicação do princípio da insignificância gera aumento da sensação de impunidade. Para alcançarmos um posicionamento concreto acerca da hipótese apresentada será necessário uma pesquisa mais profunda sobre o tema, em especial, a obtenção de dados estatísticos mediante uma pesquisa quantitativa. Após essa breve explicação sobre a elaboração do trabalho, iremos iniciar o desenvolvimento abordando a origem das penas.

A teoria da origem das penas, teve seu surgimento junto com a sociedade. Como já aprendemos os homens viviam separados e posteriormente juntaram-se, formando assim o que conhecemos por sociedade.

Obviamente, cada ser humano tem uma peculiaridade, um desejo, uma ambição, como forma dessa sociedade conviver pacificamente, foi necessário o surgimento de algum tipo de regulamento (leis), que servissem como balizas para que a sociedade, em tese, convivesse em harmonia. Nesse sentido, em virtude da diversidade inerente ao ser humano, alguns membros da sociedade acabavam não cumprindo aquilo que estava contido no regulamento que norteava a sociedade e por esse motivo foi necessário que a sociedade criasse mecanismos para coibir esses cidadãos. Daí surgem as penas e também a figura do soberano, que era aquele responsável em zelar pela harmonia da sociedade criando leis, as quais competiam a

figura de um magistrado sua aplicação, fazendo com que aqueles que descumprissem as leis vigentes fossem punidos mediante penas.

É de se perceber que a pena possui um caráter coercitivo junto a sociedade, ou seja, ela surge justamente para que os cidadãos possam respeitar as leis que regulam e mantêm a harmonia entre os membros da sociedade, com o intuito de evitar que essa sociedade seja dissipada e que os cidadãos voltem ao *status quo ante*, em que viviam isoladamente, uns contra os outros, em um verdadeiro estado de guerra.

Sendo assim, para que a pena de fato atinja esse caráter coercitivo é necessário que a sociedade possa compreender as leis, o que é algo que se torna restrito apenas a poucos membros da sociedade em virtude da linguagem utilizada na elaboração das leis.

Essa questão foi mencionada em um trecho da obra “Dos Delitos e Das Penas” de Cesare Beccaria (1764), em que o brilhante autor já mencionava essa questão que atualmente é muito discutida entre os operadores do direito, que é a linguagem rebuscada existente no mundo jurídico, que tem como consequência o não entendimento das leis por grande parte da população. Vejamos o pensamento de Beccaria (1764, p. 13):

Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão, que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis.

Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e, quanto mais homens houver que o lerem, tanto menos delitos haverá; pois não se pode duvidar que no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloquência das paixões.

2 Função da pena

A pena surgiu no passado como uma forma de coagir a atitude dos cidadãos de uma determinada sociedade que fossem contrárias as leis que estivessem em vigor. Portanto, ao imaginarmos uma situação em que um cidadão cometa um delito, especificamente contra o patrimônio e exista a previsão legal de uma pena para ser aplicada a este cidadão por ter violado um dispositivo legal e essa pena deixe de ser aplicada em decorrência do princípio da insignificância, entendemos que a justiça estará transmitindo uma sensação de impunidade para aquele infrator.

Como sabemos, a pena possui um caráter coercitivo, ela serve para educar o cidadão para que ele aja de acordo com as normas de uma sociedade, se a pena que era prevista deixa de ser aplicada, no nosso entendimento estará surtindo um efeito de impunidade na consciência daquele cidadão, que em tese estará sendo beneficiado pelo princípio da insignificância. Além dele, outros membros da sociedade que perceberem que o mesmo não foi punido por ter em tese cometido um delito insignificante, passariam também a absorver a ideia de impunidade, já que um dos integrantes da sociedade deixou de ser punido por praticar um ato que previa a aplicação de uma pena e esta pena deixou de ser aplicada.

Essa sensação de impunidade também será transmitida para o cidadão que figurava como vítima daquele delito e simplesmente irá ver o autor deixar de ser punido com base no princípio da insignificância. No nosso entendimento, isso irá gerar um gravíssimo golpe no caráter coercitivo da pena, que é sua finalidade precípua.

Beccaria (1764), já em tempos remotos visualizava a importância da aplicação de penas para os delitos pequenos, que hoje em dia podem estar sujeitos ao princípio da insignificância, por entender que a punição pelo Estado ao cidadão que comete um pequeno delito serve como exemplo para que esse cidadão não venha cometer delitos de maior gravidade, pois conforme nosso entendimento se o autor de um pequeno delito não sofre nenhuma sanção, ele estará sendo tomado por um sentimento de impunidade que poderá leva-lo a progredir na gravidade de novos delitos. Nessa linha Beccaria (1764, p. 40): “Ao contrário, a punição pública dos pequenos delitos mais comuns causar-lhe-á na alma uma impressão salutar que os afastará de grandes crimes, desviando-os primeiro dos que o são menos”.

3 Proporcionalidade das penas em relação aos delitos

Nosso ordenamento jurídico já traz uma diferenciação do “quantum” penal de acordo com o delito cometido. Por esse motivo, entendemos que a possibilidade de não ser aplicada nenhuma pena para um cidadão que cometa um delito, independentemente da proporção do mesmo, torna-se uma situação contrária ao próprio ordenamento penal, pois o legislador já buscou equilibrar a pena aplicada ao delito cometido e em nenhum momento trouxe de maneira expressa a possibilidade do próprio Estado deixar de aplicar algum tipo de pena com base na análise da significância do delito.

Além disso, o legislador ainda deixou expresso a possibilidade do próprio ofendido, em alguns casos, perdoar o seu ofensor deixando-o assim livre de uma sanção penal. Importante ressaltarmos que não somos contrários a hipótese do perdão do ofendido, que está previsto expressamente no Código Penal Brasileiro, por entendermos novamente que existem diversas hipóteses de penas alternativas para os casos mais leves que não seja a reclusão e até mesmo essa hipótese de o ofendido perdoar seu ofensor, cabendo frisar que não é o Estado que estará deixando de aplicar um sanção penal ao ofensor e sim o ofendido que estará abrindo mão dessa possibilidade.

4 Alternativas ao princípio da insignificância e sua inexistência legal

Desde os tempos mais remotos as penas já eram aplicadas com o intuito claro de inibir que outros cidadãos venham a cometer delitos. Obviamente, as penas devem ser proporcionais aos delitos cometidos, pois se não for dessa maneira estaremos diante de visualizar situações bizarras, como um cidadão que venha a cometer um furto de uma galinha ser condenado a reclusão por 30 anos. É claro que esse não é o objetivo das penas e muito menos do nosso posicionamento, se o nosso sistema jurídico já apresenta um escalonamento das penas de acordo com o delito cometido, não entendemos o motivo de deixar de ser aplicada a pena e ser aplicado o princípio da insignificância.

Existem diversas possibilidades de aplicação de penas em nosso ordenamento jurídico, mas não existe a previsão expressa à aplicação do princípio da insignificância. As leis não são universais, não são as mesmas para todos os países, elas devam ser adequadas à realidade de cada país.

No Brasil, infelizmente, vemos a criminalidade aumentar a cada ano, portanto, a ideia de deixar de aplicar uma sanção por mais branda que seja em prol do princípio da insignificância, para nós soa como algo incoerente no contexto social contemporâneo. Se a pena tem como função social inibir a prática de novos delitos pelos demais cidadãos de uma sociedade, a aplicação do princípio da insignificância simplesmente destrói essa função, pois não será aplicada pena alguma.

5 A subjetividade da insignificância

É mister esclarecermos que a sociedade não é homogênea, o ser humano por si só é diferente um do outro, nesse sentido é importante questionarmos o que é insignificante para você? Sem dúvida essa é uma questão fundamental para analisarmos, afinal em virtude das nossas diferenças e do próprio contexto social em que vivemos a insignificância poderá ter diversas mensurações. Por exemplo, um ladrão que furta uma galinha, para muitos, em um primeiro momento, parece ser uma conduta insignificante, mas é importante analisarmos todo o contexto relacionado ao crime. Para a vítima essa conduta pode ter um impacto muito grande em sua vida, como por exemplo se o animal em questão fosse o único que ela tivesse para utilizar como alimento para sua família naquele momento.

Imaginemos também a seguinte situação: um cidadão furta um refrigerante de um pequeno comércio de um bairro afastado da região central, em um primeiro momento alguns dirão que a conduta é insignificante, afinal uma lata de refrigerante não irá fazer nenhuma diferença para aquele comerciante. Porém, se o comércio em questão estiver passando por uma grave crise? Se os produtos estiverem escassos nas prateleiras em virtude dessa crise? Para o comerciante o furto daquele refrigerante, que para muitos é insignificante, estará gerando um prejuízo considerável.

Além dessas situações a serem refletidas, voltamos a mencionar a questão do exemplo para os demais cidadãos e para o próprio cidadão que comete o delito, pois ao perceber que furtou e não foi punido, essa sensação de impunidade poderá ser incentivo para que ele cometa novos delitos e até mesmo delitos mais graves e os outros integrantes da sociedade também perderão a confiança no Estado e como consequência poderão sentir-se incentivados a cometer delitos semelhantes por não haver punição.

Não temos dúvidas que nosso pensamento é compartilhado por uma minoria e que muitos devem estar pensando que estamos sendo radicais em nossos exemplos, por isso peço que reflitam sobre uma outra situação hipotética: um cidadão, na época do verão, sentindo sede, entra em um supermercado que pertence a uma grande rede, como exemplo o Carrefour, e vem a furtar uma lata de cerveja para saciar sua sede. Será que essa conduta de fato é insignificante? Esse cidadão não poderia simplesmente pedir um copo de água em algum bar, ou no próprio supermercado, que

na maioria dos casos possui bebedouros e assim saciar sua sede? Peço para aqueles que discordam do nosso posicionamento que reflitam sobre essa situação.

6 Princípio da intervenção mínima

É importante destacarmos que, apesar de sermos contrários ao princípio da insignificância, somos favoráveis ao princípio da intervenção mínima, o qual ensina que o direito penal deve ser a “*ultima ratio*”, ou seja, o último mecanismo a ser utilizado. Para melhor compreensão da leitura, vejamos a ementa que originou o princípio da insignificância:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

(STF - HC: 84412 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/10/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963, grifo nosso)

A ideia principal da intervenção mínima, é que o direito penal só será acionado quando demais ramos do direito não forem suficientes para tutelar um

determinado bem jurídico, se houver outros ramos do direito que sejam capazes de resguardar algum bem jurídico e alcance o mesmo resultado que o direito penal, este não deverá ser acionado.

Um dos motivos fundamentais para a existência e aplicação desse princípio é que o direito penal, como o próprio nome já diz, irá conseqüentemente acarretar na aplicação de uma pena, que é sem dúvida uma medida extrema. Vejamos definições de alguns doutrinadores:

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*) (CAPEZ, 2012, p. 35).

Quer dizer que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores conseqüências. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator (NUCCI, 2014, p. 27-28).

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do direito não conseguem prevenir a conduta ilícita (JESUS, 2014, p. 16).

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade (BITENCOURT, 2012, p. 161).

O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância (GRECO, 2015, p. 97).

O Código Penal não desvaloriza o resultado e sim a conduta, por isso entendemos ser inviável a aplicação do princípio da insignificância. Compete ao legislador definir o que é crime ou não, se furtar um milhão de reais é crime, furtar uma lata de refrigerante também é, a diferença será na dosimetria da pena, devendo ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade e as variadas formas de penas passíveis de serem aplicadas.

A aplicação do princípio da insignificância torna o crime inexistente e isso é algo que não nos parece ser a melhor solução. Deixar de punir uma conduta que está prevista no ordenamento jurídico como um crime, passível de pena, é algo que está consequentemente tirando a credibilidade do ordenamento jurídico como um todo e logicamente desconstituindo o que entendemos por um Estado Democrático de Direito.

Entendemos que está ocorrendo uma má interpretação do princípio da intervenção mínima para servir de respaldo para a aplicabilidade do princípio da insignificância. O direito penal realmente deve ser visto como o último caminho a ser buscado para solucionar demandas da sociedade, mas a partir do momento que um fato que ocorre na sociedade se amolda nas condutas consideradas ilícitas pelo direito penal e um membro da sociedade recorre a esse direito, o Estado deverá dar a resposta de acordo com a previsão legal das normas. Isso não significa que todos devam ir para cadeia, conforme já mencionamos, o nosso ordenamento penal prevê diversas formas de penas e sendo assim, entendemos ser plenamente aplicável a pena que seja proporcional ao delito cometido, em respeito ao Estado Democrático de Direito e para que a sociedade continue a acreditar em nosso ordenamento jurídico.

7 Sistema prisional falido: sugestões

Quando nos posicionamos contrários ao princípio da insignificância, isso não significa que queremos ver todo cidadão que cometer uma infração penal ser submetido a uma pena de reclusão. Pelo contrário, somos sabedores de que o sistema prisional brasileiro está falido e não consegue oferecer condições dignas para que o detento busque a ressocialização.

Entendemos que na vida como um todo é muito fácil apresentar críticas, mas é difícil apresentar soluções para os problemas criticados. Portanto, por entendermos que o operador do direito também deve ser um cidadão que tenha como objetivo proporcionar a melhoria da sociedade em que está inserido, devendo buscar soluções para os problemas de nosso país, quando fizemos uma crítica ao sistema penitenciário nacional dizendo que o mesmo está falido, entendemos que é necessário apresentarmos uma sugestão para esse grande problema.

Sendo assim, pedimos a licença para expormos uma sugestão que entendemos ser perfeitamente possível de ser aplicada em nossa realidade. Considerando, que diversos detentos possuem aptidões para serviços em diversos segmentos, que um dos objetivos do sistema carcerário é promover a ressocialização do detento, que a manutenção de um presídio gera gastos altíssimos e na maioria absoluta dos casos retorno zero. Sugerimos a criação dos Centros Penitenciários de Produção Social (CPPS), que seriam complexos espalhados pelo Brasil, em que os detentos de fato pudessem produzir benefícios para a sociedade, como exemplo produção de móveis, de alimentos, entre outros.

Tudo que fosse produzido nesses complexos penitenciários seriam utilizados primeiramente para atender a demanda do próprio estabelecimento prisional, em seguida para atender a demanda das entidades públicas, como escolas, hospitais, instituições de segurança, entre outras. Além disso, como vivemos em um país que possui uma carga tributária extremamente elevada, entendemos que o governo poderia oferecer redução na carga tributária para as empresas que adquirissem produtos oriundos da mão de obra carcerária.

Além dessas possibilidades citadas, entendemos que os detentos que possuem conhecimentos na área de construção e que de acordo com o delito cometido e seu comportamento no estabelecimento prisional, poderiam ser levados para trabalhar em obras públicas, logicamente sob a vigilância do Estado e também em grandes obras de construtoras particulares, em que seria concedida redução na carga tributária para essas construtoras que utilizassem da mão de obra carcerária. No caso específico das construtoras, entendemos que seria extremamente eficaz e oportuno que fosse concedido esse benefício aos detentos que encontram-se no regime aberto, pois não seria necessário vigiá-los durante o dia e seria verificado junto a construtora a frequência do detento ao trabalho. É oportuno esclarecer, que no caso

dos detentos que não estejam no regime aberto e fossem trabalhar no ramo de construção de obras públicas, será necessário que haja um número mínimo de detentos a serem escalados no serviço, para que não torne inviável sua vigilância, pois seria extremamente oneroso para o Estado manter a vigilância de apenas dois detentos por exemplo.

Na nossa opinião, esse método seria capaz de tornar o sistema penitenciário sustentável a ponto de proporcionar condições dignas para o detento, evitando superlotação de presídios. É necessário também que as regras disciplinares do presídio sejam rígidas, afim de evitar a verdadeira farra que presenciamos através dos noticiários, em que os detentos tem tv por assinatura, jogam videogame e até mesmo fazem churrascos nas celas.

8 Educação: uma solução a longo prazo

É mister esclarecermos, que nosso posicionamento é contrário ao princípio da insignificância em virtude de uma análise da realidade social brasileira, conforme já dissemos, a legislação tem que ser adequada a realidade de cada país. No caso do Brasil, no presente momento estamos vivenciando uma situação caótica em que todos vivem em uma situação de insegurança. Portanto, a possibilidade de deixar de aplicar uma punição, que no nosso entendimento possui um caráter coercitivo para evitar novos delitos, irá agravar ainda mais a situação de desordem social que vivenciamos.

Não há dúvida, que a solução para a realidade brasileira é a educação, porém temos que ser realista quanto a essa solução, pois é fato que o investimento por parte do Estado em educação é algo que irá apresentar resultados significativos na sociedade a longo prazo, sendo que deverá haver uma continuidade nesses investimentos, algo que pode ser complicado em nosso país em virtude da qualidade dos nossos políticos, pois, segundo nosso entendimento, existe uma grande maioria de políticos que só pensam em obter o poder para beneficiar a si mesmo, deixando de lado os problemas que afligem a sociedade como um todo.

É importante salientar que, ao nosso entendimento, de acordo com a atual conjuntura política/social em que se encontra o Brasil, dificilmente veremos os políticos preocuparem-se em investir na educação da sociedade. Afinal, é notório que convencer pessoas menos instruídas com pequenas vantagens a votarem em determinado candidato, é muito mais simples do que convencer “cabeças pensantes”,

as quais irão analisar propostas coerentes na hora de exercer sua cidadania através do voto.

9 Crise do Direito Penal

Para muitas pessoas o direito penal está vivendo uma crise, em virtude de uma aparente ineficiência para resolver o problema da crescente criminalidade existente em nosso país.

É importante ressaltarmos que o direito penal não é e nunca será o instrumento capaz de resolver a criminalidade em nosso país, o que estamos vivenciando atualmente é uma desvirtuação de valores morais e éticos em nossa sociedade, que na nossa opinião está acarretando nesse crescimento da criminalidade brasileira. Obviamente, que a perda de valores morais e éticos em nossa sociedade, também não deve ser visto como único problema gerador do aumento da criminalidade. Devemos compreender que a realidade criminal brasileira é fruto de um conjunto de fatores, entre eles podemos citar a falta de investimentos em uma educação de qualidade, políticos de competência duvidosa que estão enraizados no poder há muito tempo e que preocupam-se apenas com seus interesses particulares ao invés de buscarem soluções para os graves problemas do nosso país, a inversão de valores entre o que é errado e o que é certo, falta de investimentos no sistema prisional, os quais estão superlotados e tornando-se verdadeiras escolas do crime, falta de investimentos em segurança pública, entre outros.

É mister enaltecermos, que sem sombra de dúvidas, o investimento na educação é o caminho mais adequado para mudar a realidade brasileira, mas sabemos que é uma solução que alcançará resultados significativos a longo prazo, por isso é necessário que esse investimento seja intensificado de imediato e seja em conjunto com outros investimentos, em especial no sistema prisional, para que possa ser dada condições dignas para que os detentos de fato consigam a ressocialização.

10 A ineficiência das normas emergenciais

Vale ressaltar que não somos defensores de uma reforma na legislação brasileira, pois entendemos que já existem normas suficientes para que o Estado consiga de fato melhorar a realidade social brasileira, sendo necessário apenas que o Estado de fato cumpra o que está previsto nas normas brasileiras, em especial

quanto aos direitos fundamentais, que na teoria estão bem elencados, porém na prática não estão garantidos como deveriam.

Cumpramos ressaltarmos novamente que essa é uma questão que dependerá da vontade dos políticos de nosso país e conforme já enfatizamos, não vemos uma perspectiva de um futuro promissor para o nosso país em relação à política, em especial no investimento na educação, que sem sombra de dúvida seria um esteio para uma mudança significativa da realidade social brasileira. Ficar criando normas atrás de normas para tentar remediar os problemas que vão surgindo no cotidiano da sociedade, não é a solução correta, isso é como se fosse uma operação “tampa buraco”, em que é jogado uma certa quantidade de massa asfáltica no buraco que foi aberto na rua em virtude do tráfego de veículos. Em um primeiro momento surtirá efeito, porém no decorrer do tempo o buraco reabrirá e aí o Estado irá tampar o buraco novamente e o mesmo irá reabrir no futuro, tornando-se um círculo vicioso.

Sem dúvida, a criação de normas imediatistas para apresentar uma resposta a sociedade não é a solução mais coerente a ser tomada pelo Estado, é necessário uma análise profunda para verificar a origem dos problemas e planejar uma solução que seja eficiente, mesmo que seja a longo prazo, como exemplo investimento na educação. Além disso, no Brasil atualmente vemos situações bizarras, em que normas são criadas sem ao menos uma análise sobre a legislação existente, criando assim situações de conflito, incoerência e contrariedade entre as normas.

11 O Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs

Quando apresentamos nosso posicionamento, muitos irão acreditar que temos uma posição radical e para aqueles que já tiveram o prazer de ler a obra “Direito Penal do Inimigo” elaborada pelo brilhante jurista alemão Gunther Jakobs, irão certamente dizer que somos adeptos a teoria do Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal Máximo. Sem dúvida estão corretos, pois de fato somos defensores do Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal Máximo, mesmo sabendo que somos uma minoria no mundo jurídico. Porém, é importante que seja feita uma análise profunda do intitulado e criticado Direito Penal do Inimigo, pois o título por si só aparenta a ideia de posicionamentos radicais e extremistas, o que de fato não é a verdade.

Quando você lê a obra de Jakobs (2005), é fácil perceber que essa conceituação de inimigo é simplesmente direcionada ao cidadão que infringe, de

modo contumaz, as leis que regulam a sociedade em que ele está inserido, ou seja, o infrator é de fato um inimigo da sociedade e como tal merece ser punido pela infração que cometeu. Assim, somos defensores desse pensamento, pois, conforme já dissemos, entendemos que a principal função da pena é a coerção e como consequência a inibição, fazendo com que os demais cidadãos de uma sociedade vejam naquele infrator que está sendo punido pelo Estado um exemplo para que compreendam que o Estado está de fato ativo e defensor dos bens jurídicos da sociedade, buscando manter a harmonia.

Desse modo, entendemos que os demais integrantes da sociedade irão refletir se o crime compensa, pois um Estado que é inerte e com leis que visam preservar primordialmente a liberdade, acabam deixando de preservar os demais bens jurídicos essenciais para a existência de uma sociedade pacífica e ordeira. O direito penal do inimigo, não deixará de respeitar os direitos fundamentais, deverá ser feita uma proporcionalidade entre o direito penal do inimigo e direito penal do cidadão, em que deverão ser sopesados os interesses da sociedade e os interesses do infrator que integra essa sociedade. A ideia apresentada por Jakobs (2005), segundo entendimento apresentado por Moraes (2006), tem como origem o funcionalismo penal exposto pelas ideias de Moraes (2006, apud Niklas Luhmann, 1998).

12 A finalidade da pena segundo Jakobs

Para Jakobs (2005) a pena tem como função a afirmação da norma, a afirmação do Direito em si, pois se não fosse dessa maneira a norma que fosse infringida deveria deixar de existir, mas essa não é a função da pena e sim demonstrar que o sistema jurídico ainda continua em vigor.

É um raciocínio simples, o autor ao infringir a norma está claramente apresentando um comportamento negativo a ela, como consequência a pena vem para apresentar uma negativa ao comportamento do autor, fazendo com que a norma continue prevalecendo, fortalecendo assim a confiança da sociedade na norma existente. Analisando essa visão, entendemos que a pena continuará exercendo sua função de coação e inibição.

13 Medida de segurança para imputáveis: crítica a visão de Jakobs

A polêmica toda que se dá em torno do Direito Penal do Inimigo de Jakobs (2005), é em virtude de uma aplicação de dois Direitos Penais, um seria o Direito Penal do Cidadão, o qual é aplicado somente aqueles membros da sociedade que cometeram um delito, porém estão propensos a ressocialização e outro que é o Direito Penal do Inimigo que seria aplicado aos infratores contumazes, os quais notadamente não possuem um sentimento de coletividade, não apresentam capacidade e vontade para conviver em sociedade, portanto, tornam-se inimigos desta. Esse é o ponto crucial que gera grande polêmica acerca do modelo apresentado por Jakobs (2005), pois para a grande maioria dos doutrinadores é inconcebível o tratamento diferenciado dos cidadãos infratores que fazem parte da mesma sociedade, ainda mais quando se cogita a possibilidade de aplicação de medidas de segurança para esses “inimigos” da sociedade, medidas essas que seriam aplicadas por tempo indeterminado, até o momento que o então “inimigo” estivesse apto a ser reintegrado na sociedade.

Analisando sob esse prisma, é importante frisarmos que de fato a ideia de aplicação de medidas de segurança não é algo que pareça ser razoável e eficaz para a realidade brasileira. Ainda mais quando já temos em nosso ordenamento jurídico essa possibilidade prevista para aqueles infratores que são imputáveis, os quais são submetidos a uma avaliação específica para constatar sua imputabilidade ou não. Portanto, a hipótese de aplicar medida de segurança para um cidadão imputável, nos parece não ser a medida adequada, pois estaríamos entrando no campo da subjetividade para fazer a análise de quem é ou não “inimigo” da sociedade e merecedor de ser submetido a medida de segurança, algo que ao nosso ver poderá provocar grandes injustiças.

O Direito Penal Brasileiro já está positivado, o momento agora é de obtermos a aplicação dele de fato, com foco na ressocialização do infrator e na promoção da sensação de justiça perante a sociedade. Neste diapasão, entendemos que a partir do momento que a sociedade perceba que as penas previstas no ordenamento jurídico pátrio estão sendo aplicadas de fato, essas estarão alcançando êxito na sua função intimidadora, a qual acreditamos ser de fundamental importância para uma mudança na realidade criminal brasileira e deste modo o sentimento de justiça estará sendo enraizado no seio da sociedade.

14 A teoria da janela quebrada e a política de tolerância zero

Essa teoria que teve origem nos Estados Unidos e faz a seguinte argumentação: se em um determinado local, uma janela de uma casa, por exemplo, fosse quebrada e não ocorresse o conserto da janela, outras pessoas que passarem no local ao verem que a janela continua quebrada irão deduzir que ninguém está preocupado com aquele imóvel e conseqüentemente virão a quebrar as outras janelas e assim irão progredir nos delitos, pois irão perceber que não há lei naquele local, sendo assim irá transmitir o sentimento de impunidade.

Esse exemplo se aplica aos pequenos delitos praticados que não são punidos, essa é sem dúvida, ao nosso entendimento, a principal ideia que essa teoria tenta transmitir. O imóvel é o ordenamento jurídico, se ele sofre uma lesão, por menor que seja, e não há uma resposta (conserto) do Estado, isso acarretará na transmissão de um sentimento de impunidade, de um Estado ineficiente e inoperante que não está preocupado em manter a ordem através de suas leis. A teoria da janela quebrada, serve como arrimo para nosso posicionamento acerca do princípio da insignificância, pois, entendemos que a partir do momento que o Estado deixar de punir, independentemente do tipo de punição (reclusão, prestação de serviço, restrição de direitos, etc), com amparo no princípio da insignificância, estará transmitindo a sensação de impunidade à sociedade e tolerância com a desordem. Apesar de nosso posicionamento ser minoritário entre os operadores do direito brasileiro, existe no judiciário decisões que se alinham ao nosso entendimento, conforme ementa a seguir:

EMENTA - CRIME DE FURTO QUALIFICADO POR FRAUDE - PRISÃO EM FLAGRANTE - CONDENAÇÃO - RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO COM APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU O RECONHECIMENTO DE FURTO DE USO - DESPROVIMENTO DO RECURSO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO POR NÃO TER O ACÓRDÃO ANALISADO A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - QUESTÃO SEQUER VENTILADA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO - SE TODAS AS TESES DEFENSIVAS FORAM ANALISADAS E A APELAÇÃO DESPROVIDA NÃO EXISTE OMISSÃO - EMBARGOS QUE PRETENDEM NOVO JULGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

(TJ-RJ - APL: 16419658920118190004 RJ 1641965-89.2011.8.19.0004, Relator: DES. FATIMA MARIA CLEMENTE, Data de Julgamento: 11/12/2012, QUARTA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/04/2013 14:46)

Neste raciocínio, o infrator que deixou de ser punido pelo Estado, estará internalizando o sentimento de impunidade e conseqüentemente poderá progredir na prática delituosa, vindo a cometer delitos de maior gravidade em face daqueles

pequenos que não foram punidos. Com base nessa teoria, surgiu a política de tolerância zero que foi adotada com eficiência na cidade de Nova York pelo então prefeito Rudolf Giuliani, o qual através de uma política de segurança pública rigorosa, conseguiu reduzir drasticamente os índices de criminalidade da cidade americana.

15 Conclusão

Temos a certeza que muitos que analisarem nosso estudo, irão dizer que nós queremos a punição simplesmente, fato este que sem dúvida não é nossa intenção. A hipótese do nosso trabalho é: a aplicação do princípio da insignificância gera aumento da sensação de impunidade. Para alcançarmos um posicionamento concreto acerca da hipótese apresentada será necessário uma pesquisa mais profunda sobre o tema, em especial, a obtenção de dados estatísticos mediante uma pesquisa quantitativa. Partindo daquele entendimento, temos convicção que o leitor que observar nossos estudos, irá perceber que de fato a sensação de impunidade aumenta, porque, em alguns casos, o infrator deixa de sofrer qualquer sanção estatal, com base na aplicação do princípio da insignificância, o qual, conforme já mencionamos, não possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio. O sentimento de impunidade afeta principalmente quem foi vítima de algum delito e vê o infrator deixar de ser punido, mas esse sentimento também atinge o infrator, de maneira favorável, e reflete nos demais membros da sociedade, que não estejam diretamente ligados ao delito ocorrido, mas que venham a tomar conhecimento do desfecho. Somos defensores de que qualquer cidadão que figure em um processo criminal seja julgado sob a égide do devido processo legal e que também prevaleça a máxima *in dubio pro reu*. Ou seja, mesmo que nós sejamos defensores de que seja aplicada uma punição para aquele que infrinja determinada lei, isso não significa que queremos ver qualquer cidadão simplesmente ser punido.

Se durante o processo, independentemente da gravidade do fato, surgir alguma dúvida com relação à responsabilidade pela prática do delito, somos defensores que o réu seja inocentado. Preferimos ver um culpado solto ao invés de ver um inocente ser cerceado de um direito fundamental que é a liberdade.

Não estamos aqui defendendo a tese de que todos que cometam algum crime tenham que ir para a cadeia, até mesmo porque sabemos claramente que em nosso

País o sistema penitenciário é falido, não sendo capaz de cumprir sua função primordial, que é a busca da ressocialização do detento.

Temos no ordenamento jurídico diversas alternativas além da reclusão. Por esse motivo, entendemos que a pena não necessariamente precise deixar de ser aplicada utilizando-se o princípio da insignificância, até mesmo, porque devemos refletir sobre essa insignificância. Afinal, trata-se de algo subjetivo, não existe uma fórmula matemática para defini-la. Portanto, aquela lesão ao direito que possa aparentar ser insignificante ao judiciário, pode não ser insignificante para aquele que teve o direito lesado e que busca uma resposta perante o judiciário em face dessa lesão sofrida.

Somos conscientes de que ao tratarmos sobre o princípio da insignificância, apresentando um posicionamento contrário a esse, estamos apresentando um posicionamento extremamente polêmico face a tendência majoritária defensora de um Direito Penal Mínimo, em que se defende com extremo vigor a questão do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. É forçoso constatarmos que de fato a intervenção mínima é algo salutar para o Direito Penal, porém de todo o pensamento que apresentamos, é de suma importância a reflexão acerca da adequação do Direito Penal à realidade contemporânea de cada Estado.

No caso do Brasil, as normas penais existentes não possuem credibilidade perante à sociedade, aumentando de maneira absurda a sensação de insegurança. Como já dissemos, entendemos que a solução para a crise de segurança vivenciada em nosso país é sem dúvida o investimento na educação da sociedade, porém sabemos que mesmo que haja investimento maciço em educação, o resultado no âmbito da criminalidade só apresentará efeitos positivos a longo prazo. Sendo assim, defendemos a adoção de uma política criminal mais rigorosa, para tentar conter o aumento da criminalidade mediante a aplicação de fato das normas penais, em especial com relação as penas, pois entendemos que elas possuem um caráter educativo perante a sociedade, quando são aplicadas de fato.

Importante frisarmos que a solução de fato irá depender de um planejamento a longo prazo, com investimentos conjuntos na educação e no sistema prisional brasileiro, para que de fato a função de ressocializar o detento seja eficiente e não apenas algo que esteja descrito no papel, sendo que atualmente o sistema prisional brasileiro deixa de ressocializar o detento e para piorar acaba aprimorando seu

conhecimento criminoso, tornando-se uma verdadeira “faculdade do crime”. Temos a esperança de que um dia nosso sistema prisional se torne próximo ao da Holanda, o qual possui um alto índice de ressocialização do detento e um índice mínimo de reincidência criminal, fato este que está culminando, inclusive, com uma redução drástica da população carcerária holandesa, o que acarretou no fechamento de diversos presídios, os quais estão sendo transformados em outras coisas, como, por exemplo, hotéis.

Referências:

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. – Rio de Janeiro: Raven, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (coord.). *Direito penal esquematizado: parte geral*. 3. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, volume 1*. 17. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio; CALLEGARI, André Luís (org. e trad.); GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNIOR, Cícero José Franzen. *Direito Penal do inimigo*. Disponível em <<http://monografias.brasilecola.com/direito/direito-penal-inimigo.htm#>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. Ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal: 'o Direito Penal do Inimigo'*. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

MORAES, Júlia Aragão de. *O princípio da insignificância e a exclusão da tipicidade*. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/juliaaragaomoraes.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Louise Trigo da. *Algumas reflexões sobre o direito penal máximo*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13103>. Acesso em: 16 dez. 2016.