

1

Coordenadores
Luiz Flávio Gomes
Flávio Daher

CURSO DE DIREITO PENAL

Parte Geral

arts. 1^o a 120

Luiz Flávio Gomes
Alice Bianchini
Flávio Daher

2ª edição • revista, atualizada e ampliada

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Veja as atualizações deste livro:
direitopenal.atualidadesdodireito.com.br



1

Coordenadores
Luiz Flávio Gomes
Flávio Daher

CURSO DE DIREITO PENAL

Parte Geral

arts. 1º a 120

Luiz Flávio Gomes
Alice Bianchini
Flávio Daher

2ª edição • revista, atualizada e ampliada

2016

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO PENAL: NOÇÕES GERAIS

1.1. CONTEÚDO E CONCEITO DE DIREITO PENAL


Quais as categorias essenciais do direito penal? Diz o art. 1º do Código Penal (CP) o seguinte: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Diz a mesma coisa, com redação diversa, a Constituição Federal (CF), no art. 5º, inc. XXXIX. Não há crime nem pena sem lei (princípio da legalidade). A lei é a fonte primordial das normas penais. A norma penal incriminadora (que incrimina uma conduta humana voluntária) possui dois preceitos: (a) o primário e o (b) secundário. O primário narra o delito (o fato proibido ou determinado – exemplo: “Matar alguém”, art. 121 do CP). O secundário cuida das consequências jurídicas do crime (no caso, reclusão de seis a vinte anos). O delito (de acordo com um ponto de vista não unânime) é composto de dois requisitos: (a) fato tridimensionalmente típico + antijurídico. O fato típico possui (consoante nosso posicionamento) três dimensões: formal + material + dolo ou culpa. No plano legislativo todo crime deve ser acompanhado de uma sanção penal, ou seja, de uma ameaça de pena, que chamamos de punibilidade (ou punibilidade em abstrato). O fundamento da pena é a culpabilidade (agente com capacidade de se motivar de acordo com a norma penal e de agir de forma diversa, conforme o direito). O fundamento da medida de segurança é a periculosidade. Tudo que acaba de ser descrito constitui a essência do direito penal, que conta, assim, com seis categorias penais cardeais: 1) lei/norma penal; 2) tipicidade; 3) antijuridicidade; 4) punibilidade (ameaça de pena); 5) culpabilidade/periculosidade; 6) pena/medida de segurança. Dominar o direito penal significa, antes de tudo, conhecer e distinguir com clareza essas seis categorias penais, que cumprem o papel (dogmático) de impor limites ao poder punitivo do Estado.

O direito penal, assim, constitui um setor do ordenamento jurídico composto:

- 1) Pelas **normas** que definem as **condutas criminosas**. Ex.: norma que define o furto (“Subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel” – CP, art. 155), a corrupção passiva (“Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” – CP, art. 317), a corrupção ativa (“Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” – CP, art. 333), a calúnia (“Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime” – CP, art. 138), o homicídio (“matar alguém” – CP, art. 121) etc.;

- 2) Pelas normas que definem as **consequências jurídicas** (pena privativa de liberdade, p. e.) para aqueles que violam as normas penais. Todos os crimes vêm acompanhados de uma consequência jurídico-penal (no furto, pena de 1 a 4 anos de reclusão, p. e.);
- 3) Pelas normas que regulam os **institutos jurídico-penais**. Ex.: normas que tratam da tentativa, do crime impossível, da prescrição, da responsabilidade penal, da legalidade do crime e da pena etc.;
- 4) Pelo conjunto de **princípios jurídicos** que orientam a aplicação e interpretação das normas penais². Ex.: princípio da intervenção mínima, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da insignificância etc.

Dos elementos acima mencionados e que caracterizam o ramo repressivo do Direito, podemos extrair o conceito de direito penal, sintetizado da seguinte forma:

	Direito penal	É o conjunto de normas que definem as condutas criminosas, bem como as regras para a responsabilização penal de alguém pela violação dessas normas.
---	----------------------	---

O que foi dito acerca do direito penal, no entanto, não responde a várias e importantes questões, como por exemplo:

- a) Quais condutas devem ser consideradas crime?
- b) A qual agente podemos imputar a conduta criminosa?
- c) Quais critérios devem ser levados em consideração no momento da escolha das sanções penais (tipo e quantidade)?

É aqui que surge a necessidade de esclarecer que o conceito de direito penal engloba dois aspectos: seu conceito formal (apresentado anteriormente) e seu conceito material, por meio do qual se chega às respostas das interrogantes acima, já que cuida:

- a) dos *critérios* que levam uma determinada conduta a ser *criminalizada*;
- b) do que foi determinante para definir a *sanção penal* (tipo, quantidade, benefícios penais etc.);
- c) das características do autor da conduta que ensejam a *responsabilidade penal*, ou seja, aplicação da uma sanção penal pelo fato de ter praticado uma conduta considerada criminosa.

Cada uma dessas questões demanda respostas diversas, conforme a concepção político-filosófica acerca da finalidade do direito penal (que veremos mais adiante – item 1.4).

Por ora, convém assinalar a importância da **função limitadora** que o **direito penal** deve desempenhar. A partir da conformação constitucional e internacional desse ramo repressivo do Direito, podemos afirmar que ele possui uma função limitadora, no sentido de conter o poder punitivo do Estado (Zaffaroni). Tal concepção decorre dos estudos da

2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

criminologia que evidenciaram o caráter aflitivo do castigo (para os culpados, inocentes, processados, família dos envolvidos e toda a sociedade). É por tal razão que o direito penal “só deve ser usado como medida extrema, porque as suas sanções afetam o que de mais precioso há no ser humano: a liberdade, quando não a própria vida, como ainda sucede em muitos sistemas penais, e, indiretamente, pelo menos, também a honra, em razão da reprovação social que comporta a qualificação de um dado comportamento humano como criminoso”.³ (ver item 1.4).

De forma esquemática, podemos traçar o seguinte paralelo entre os dois tipos de conceitos de direito penal:

Conceito de direito penal	
Conceito formal	Conceito material
Estabelece o conjunto de normas que define as condutas criminosas, bem como as regras para a responsabilização penal de alguém que viola tais normas.	Estabelece os limites do poder punitivo do Estado (<i>caráter garantista*</i>), quando da sua tarefa de tutelar bens jurídicos relevantes em face de ofensas concretas, graves, intoleráveis e transcendentais (<i>caráter fragmentário*</i>), por meio de penas ou medidas de segurança, sempre que outros meios à disposição do Estado não sejam suficientes (<i>caráter subsidiário*</i>).

(*) As três exigências do direito penal (caráter garantista, fragmentário e subsidiário) decorrem da perspectiva de um direito penal mínimo e garantista, tema que será estudado no item 1.7.

As concepções do direito penal acima trazidas (formal e material) foram desenhadas a partir de orientações/conclusões extraídas, principalmente, da criminologia e da política criminal. São essas ciências que, estudando o complexo fenômeno criminal (com todos os seus componentes) e os instrumentos de controle da criminalidade (considerando as suas diversas nuances), trouxeram importantes contribuições para estabelecer os limites do poder punitivo, ou seja, do direito penal.

O Estado não pode criminalizar o que bem entender nem impor todo tipo de pena. Ele não pode prever, por exemplo, como crime, a conduta de quem não tira o chapéu diante do Presidente da República. Toda atividade estatal no campo penal está limitada. Esses limites decorrem de definições político-filosóficas, amparadas, necessariamente, nas leis, na Constituição Federal e nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. São eles que determinam o que o Estado pode ou não fazer ou o que deve fazer especificamente em relação ao seu poder de punir.

Todos esses aportes serão estudados na sequência. Antes, porém, há que se esclarecer uma questão que, por vezes, atormenta os estudiosos do direito penal: há diferença entre direito penal, ciência do direito penal, dogmática penal e poder punitivo?

3. SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português I: introdução e teoria da lei penal*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2010, p. 33.

1.2. DIREITO PENAL, CIÊNCIA PENAL (DOGMÁTICA PENAL) E PODER PUNITIVO

Direito penal, ciência penal e poder punitivo têm em comum o fato de que lidam com o fenômeno da criminalidade. Vejamos cada um deles:

Direito penal positivo ou positivado é o conjunto de normas penais em vigor que se impõem coercitivamente por meio de uma legislação escrita. A lei penal é a forma de exteriorização, materialização ou positivação do direito penal.

A **ciência penal**, também conhecida como **dogmática penal** (as duas locuções podem ser usadas indistintamente), tem por objetivo estudar, sistematizar e buscar aprimorar (criticar) as disposições legais assim como as opiniões científicas no campo do direito penal, sem perder de vista sua base referencial (sua fonte) que é o direito positivado (Constituição, tratados internacionais de direitos humanos e leis penais) e sua interpretação jurisprudencial.⁴ O direito penal (normas penais) é objeto de interpretação e valoração da ciência penal. Esta faz a interpretação e valoração desse objeto.

Poder punitivo, por último, é o poder do Estado de perseguir e, eventualmente, punir (quando presentes os requisitos legais) quem viola as normas incriminadoras do direito penal. O poder punitivo, como se vê, é exercido exclusivamente pelo Estado. Sempre que o poder punitivo é exercido fora dos limites impostos pelo Estado de Direito, surge o estado policialesco.

EXPLICANDO: 1) A expressão dogmática decorre do fato de a ciência penal contemplar a norma como dogma. Dogma significa “o que se pensa é verdade”. Isso evidencia o profundo respeito que o jurista deve ter pelas normas do direito vigente. De qualquer modo, não existem verdades (nem dogmas) absolutas (absolutos). Logo, a dogmática tem que se esforçar para não se perder em dogmatismos. 2) São considerados dogmas no sistema penal, dentre outros: a) a necessidade de anterioridade da lei que define os crimes e estabelece as penas; b) a retroatividade da lei mais benigna; c) a irretroatividade da lei penal nova mais grave; d) a inimputabilidade dos menores de 18 anos etc.

Função de garantia da dogmática. Quanto mais sistematizados estiverem os princípios e as regras que criam e governam as normas penais, mais se pode alcançar um direito penal efetivo, justo, equilibrado. Quanto mais ordenado e coerente o sistema penal, mais aumentam as garantias de decisões justas e não arbitrárias (Gimbernat), ou seja, decisões com consequências calculáveis. Isso porque “a eficácia do direito penal depende não somente da aplicação concreta de seus preceitos, como também da ordenação lógica de seus princípios e de suas regras. A dogmática, por meio da sua doutrina, organiza os

4. GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal: parte geral*. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 125.

institutos e os coordena em uma unidade superior que é o sistema”⁵, no caso, o sistema penal. A dogmática, em suma, deve cumprir seu papel de projetar a boa aplicação do direito, sem arbitrariedades e injustiças.

Tarefas da dogmática. Dito sistema deve ser construído por meio da tarefa dogmática que, apoiada no conhecimento da realidade criminal (trazida pela criminologia), estude e dê soluções úteis em prol dos objetivos do direito penal (valendo-se das lições da política criminal). São, assim, tarefas da dogmática penal (ou da ciência penal):

- conhecer o sentido dos conceitos jurídico-penais positivos (tarefa interpretativa);
- desenvolver seu conteúdo de modo sistemático (sistematização);
- buscar aprimorar (criticar) as disposições legais e as opiniões científicas no campo do direito penal, contando com os aportes teóricos da política criminal e da criminologia. “Aliás, é ingênuo pensar que a técnica jurídica seja bastante para se decidir justamente. Sim, porque a formação técnico-jurídica só pode oferecer, na melhor das hipóteses, isto: uma decisão técnica.”⁶ A crítica ao direito positivo é importante, seja em relação aos aspectos jurídicos, seja no que se refere à política criminal. É essa perspectiva que dá à ciência do direito o caráter essencialmente valorativo.

EXEMPLIFICANDO: A questão da diminuição da maioria penal, hoje estabelecida em 18 anos, serve de exemplo. Muitos criticam esse limite e pretendem diminuí-lo. Outros formulam duras críticas contra a diminuição, porque essa medida seria puramente demagógica e eleitoreira, não cuidando das causas da delinquência. É sintomático que fundamentalmente são os políticos (que pouco ou nada entendem de criminologia e de política criminal) que sustentam a tese da diminuição da idade penal, buscando equiparar o menor (de 16 anos) ao maior (a partir dos 18 anos).

Natureza dupla da ciência penal. A ciência do direito penal, dentro dessa tríplice perspectiva (conhecer/interpretar, sistematizar e criticar), possui dupla natureza: é ciência teórica e prática, ao mesmo tempo. É teórica quando apreende o sentido dos conceitos jurídico-penais positivos e os sistematiza; é ciência prática quando fornece aos juristas os elementos necessários para a aplicação da lei,⁷ bem como para sua reformulação (função crítica da dogmática penal).

5. SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português I: introdução e teoria da lei penal*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2010, p. 240.

6. QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. XXI.

7. SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português I: introdução e teoria da lei penal*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2010, p. 182.

APROFUNDANDO: Não se pode olvidar que “o direito penal em vigor é comumente defeituoso, extremamente repressivo e reacionário, incorporando valores de duvidosa vigência, que servem à manutenção de preconceitos e privilégios.”* Por isso, é de suma importância a visão crítica da dogmática penal. Aliás, a tantas vezes proclamada neutralidade da dogmática “não serve senão para disfarçar atitudes ideológicas conservadoras ou quando menos não permite uma aproximação crítica dos problemas suscitados pelas normas vigentes.”** A investigação científica do penalista, assim, há que se fazer por meio de três dimensões: (a) interpretativa, (b) sistematizadora e (c) crítica das normas penais, sempre tratando de sugerir alteração ou criação de novas normas, por meio, principalmente, dessa última dimensão (crítica). A dogmática penal que apenas interpreta e sistematiza o direito penal vigente não revela nenhum comprometimento crítico fundado nos direitos fundamentais das pessoas estampados na Constituição e nos tratados internacionais. Trata-se de uma dogmática alinhada com a manutenção do “status quo”.

(*). FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

(**). SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português I: introdução e teoria da lei penal*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2010, p. 237.

1.3. DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL: MODELO TRIPARTIDO DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS (AS CIÊNCIAS INTEGRADAS DO DIREITO PENAL)

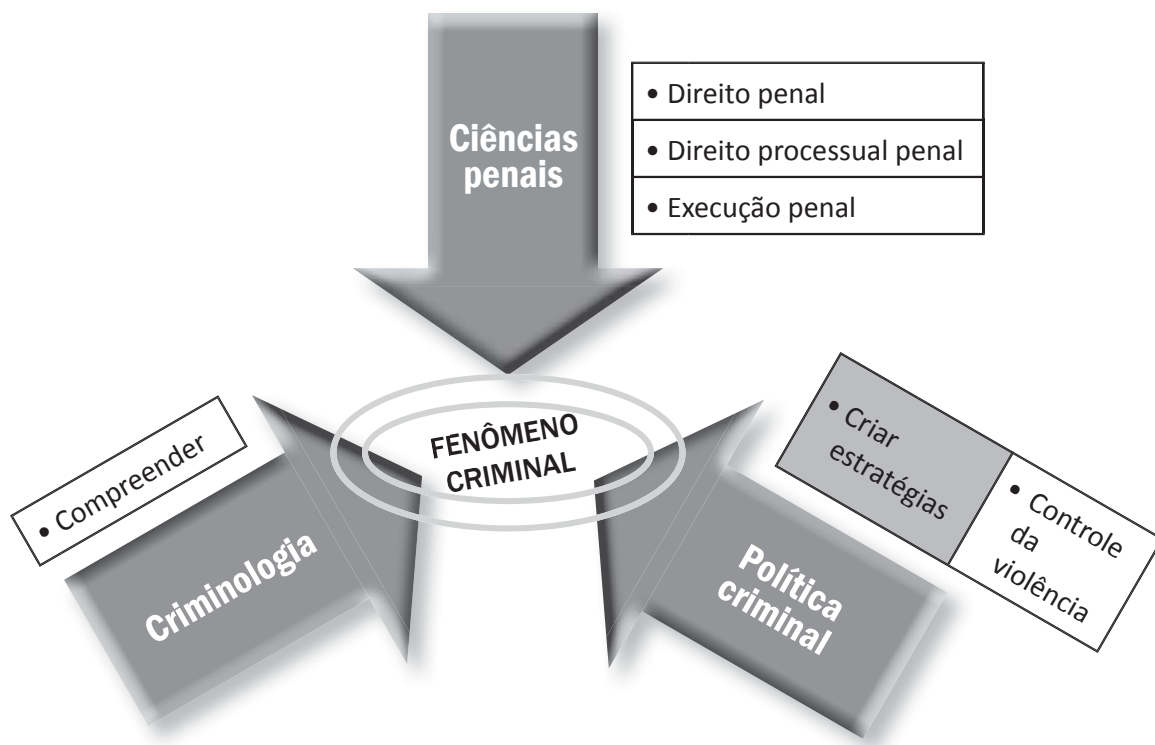
Existe entre o direito penal, a criminologia e a política criminal uma relação tridimensional (fato/valor/norma)? Há um enlace necessário e potencialmente muito fértil entre criminologia, política criminal e direito penal. A começar pelo fato de que se ocupam do crime do criminoso, da vítima, da sanção penal e do controle social, cada qual da sua maneira, a partir de uma dada perspectiva e com vistas a atingir determinado fim.

EXEMPLIFICANDO: O que fazer com o possuidor de drogas para uso pessoal? Incontáveis estudos criminológicos afirmam que o “usuário” não deveria nunca ser um problema do direito penal (o STF está julgando esse assunto e já conta com o voto do min. Gilmar Mendes pela descriminalização da posse de droga para uso pessoal). No campo da política criminal há correntes criminalizadoras (pena de prisão), despenalizadoras (sanção penal, sem pena de prisão), descriminalizadoras (não é um problema penal), liberalizantes (é um problema individual de cada pessoa, tanto quanto o álcool e o fumo), de redução de dano (é um problema de saúde pública, não penal) e terapêuticas (o tratamento obrigatório seria o melhor caminho). Do ponto de vista penal, a doutrina (a ciência penal) discute a natureza jurídica do art. 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que eliminou a pena de prisão ao “usuário” (prevendo somente penas alternativas). Isso significou descriminalização (retirou a conduta do campo do direito penal) ou somente de despenalização (eliminação da pena privativa de liberdade)? O tema foi desenvolvido no item 6.6.3.

Ciência total ou integrada das ciências penais. Modernamente, não se admite que a criação, interpretação, sistematização, aplicação e revisão crítica (reforma) do direito penal possa se dar de forma isolada, sem receber as contribuições relevantes e necessárias advindas dos estudos elaborados pela criminologia e pela política criminal sobre o fenômeno criminal. A criminologia e a política criminal devem ser consultadas em todos esses momentos das ciências penais, que se completam com o processo penal e a execução penal. Franz von Liszt (1851-1919), da sua maneira (discutível), foi quem sistemática e originalmente concebeu a ciência total ou integrada do direito penal. Na sua configuração completa, ela possui então cinco momentos: empírico (criminologia), político (política criminal), sistemático (direito penal), processual (processo penal) e executivo (execução penal).

Os conhecimentos trazidos pela criminologia e pela política criminal, como já dito, prestam importante colaboração para que o direito penal possa traçar seus objetivos e instrumentalizar-se para atingi-los.

Esquemáticamente:



Veja-se, separadamente, cada uma das relações, a começar pela criminologia, já que é ela a responsável por toda a base científica do estudo do fenômeno criminal e das formas de controlá-lo. Sem que se conheça o objeto de estudo (fenômeno criminal) não se pode (a) interferir sobre ele, (b) prevenir a criminalidade ou, mesmo, (c) coibi-la.

1.3.1. Criminologia e direito penal

O direito penal sem a criminologia é cego e esta sem aquele carece de limites.

Jescheck⁸

A criminologia é a “ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no humano delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito”.⁹

Assim, são objeto de análise da criminologia: o delito, o delinquente, a vítima e o controle social, de modo que este último compreende o conjunto de instituições, estratégias e sanções (legais e/ou sociais), cuja função é promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas sociais. Eles podem ser formais (polícia, ministério público, poder judiciário etc.) ou informais (família, escola, trabalho, esporte, religião, mídia etc.) – ver item 1.5.

A criminologia, além de estudar os fatores do fenômeno criminal (genéticos, etiológicos, sociológicos, psicológicos etc.), também estuda as *leis* e outros fenômenos lesivos, mesmo quando não definidos como crime (é o caso, agora, do genocídio estatal estudado por Morrison, Zaffaroni etc.). Para a compreensão científica da justiça penal não basta apenas o conhecimento do direito penal “porquanto ele somente declara quais são as condutas proibidas e estabelece as penas e as medidas de segurança. É necessária a conjugação com outros dados fornecidos”¹⁰ pela criminologia.

A função da criminologia é de “explicar e prevenir o crime e intervir na pessoa do infrator e avaliar os diferentes modelos de resposta ao crime”.¹¹ A fim de cumprir com tal função, a experiência criminológica deve contribuir positivamente para a melhor solução dos conflitos e problemas penais.

Buscando atingir seu objetivo, a criminologia precisa se valer da observação e da experiência. Seu método, portanto, é o indutivo. Não se pode descobrir, p.ex., o que pensa e como são os criminosos e como a sociedade reage em relação ao crime, por meio

8. Apud SOUZA, Artur de Brito Gueiros da. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

9. GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: RT, 2010, p. 34.

10. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 156.

11. GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: RT, 2010, p. 34.

de pensamentos lógicos ou métodos especulativos. “Pelo contrário, o investigador tem de interrogar a própria vida e cingir-se rigorosamente aos fatos da experiência.”¹²

Nem sempre as soluções apresentadas pela criminologia para a contenção do crime passam pela utilização do direito penal, trazendo, nesses casos, portanto, indicação extrapenais.

ILUSTRANDO: Novamente, traz-se à baila a questão do usuário de drogas. A orientação majoritária da criminologia indica respostas extrapenais, voltadas principalmente para a área médica, por entender que elas atendem melhor ao problema, sendo capazes em determinados casos de fazer cessar a conduta (de ingerir drogas) – ver item 6.6.3.

A criminologia apresenta três modelos teóricos que tratam de explicar o comportamento criminoso: *biologia criminal*, *psicologia criminal* e *sociologia criminal*.

Biologia criminal	Busca descobrir “no humano delinquente, em alguma parte de seu corpo, o fator diferencial que explique a conduta delitativa, a qual seria consequência de alguma patologia, disfunção ou transtorno orgânico” (explicações antropológicas, biotipológicas, endocrinológicas, genéticas, neurofisiológicas etc.).*
Psicologia criminal	Busca-se, diversamente, uma explicação do fato delitivo no mundo anímico do homem, nos processos psíquicos anormais (psicopatologias) ou em vivências subconscientes com origem em passado remoto do indivíduo; ou entende-se que o comportamento criminal é aprendido por meio de exemplos (negativos) – teorias psicológicas da aprendizagem.*
Sociologia criminal	O fato delitivo é contemplado como um fenômeno social, existindo, no entanto, diversos marcos teóricos: ecológico, estrutural funcionalista, internacionalista, subcultural etc.*

(*) Cf. GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: RT, 2012.

Dois outros importantes ramos da criminologia devem ser destacados: penologia e vitimologia.

Penologia	Estuda fundamentalmente as penas e medidas de segurança que devem ser adotadas e o modo de execução de cada uma, a fim de atingir o objetivo a que foram concebidas (prevenção e repressão dos delitos – sobre os fins das penas ver item 17.2.).
Vitimologia	“A partir do momento em que o Estado monopolizou a reação penal, isto é, desde que se proibiu às vítimas castigar os agentes dos crimes de que são ofendidos, a vítima foi quase esquecida pelo direito penal que se orientava sobretudo para o delinquente.”* O estudo da vítima dos fatos criminosos passou a integrar o objeto de estudo da criminologia só mais recentemente (o I Simpósio Internacional de Vitimologia ocorreu em Jerusalém, em 1973).

(*) SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português I: introdução e teoria da lei penal*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2010, p. 188.

12. DOTTEI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 158.

A vertente mais atual da vitimologia leva em consideração uma perspectiva humanitária orientada para a ajuda das vítimas (assistência jurídica, psicológica, econômica), de suas relações com o delinquente (principalmente nos casos de violência doméstica contra filhos ou esposas), de sua participação na composição dos conflitos (mediação, por exemplo), do papel que desempenharam na gênese do crime (a autocolocação da vítima em risco, por exemplo, passou a ser estudada na categoria dogmática imputação objetiva – ver itens 6.5 e 6.6.). O próprio Código Penal, em seu art. 59, traz o comportamento da vítima como uma das circunstâncias que o magistrado deve levar em consideração no momento da cominação concreta da pena (circunstância judicial – art. 59).

1.3.2. Política criminal e direito penal

A política criminal representa o conjunto de medidas e critérios de caráter jurídico, social, educacional, econômico ou de índole similar, estabelecidos por poderes públicos para prevenir e reagir frente ao fenômeno criminal, com o fim de manter sob limites toleráveis os índices de criminalidade.

EXEMPLIFICANDO: A Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – estabelece em seu art. 8º as diretrizes a serem seguidas pelas políticas que visam coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Qualquer ação que não leve em consideração tais diretrizes deverá ser objeto de intervenção estatal. O art. 27 determina que o Ministério Público deve “fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas (inc. II). Importante acrescentar que a Lei Maria da Penha é uma das poucas legislações brasileiras gestadas após intenso diálogo entre a sociedade, o Estado e os organismos não governamentais que se preocupam com a questão da violência contra a mulher, nas quais discussões criminológicas e de política criminal foram tratadas com bastante profundidade. O resultado de todo este envolvimento: nossa LMP é considerada, pela ONU, uma das três mais avançadas do mundo.*

(*). Relatório da Unifem, *Progresso das mulheres no mundo – 2008/2009*. Íntegra do documento disponível em: <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/00000395.pdf>.

A política criminal não se vale exclusivamente de instrumentos penais. Aliás, para alguns fenômenos criminais o melhor controle (prevenção) passa por ações sociais.

EXEMPLIFICANDO: Um bom exemplo de estratégia de política criminal não penal (extrapenal) estudada pela criminologia são os programas instituídos em alguns municípios em que bares que vendem bebidas alcoólicas são proibidos de funcionar a partir de determinado horário ou, em alguns casos, não é permitida a venda de tais bebidas. Os resultados em relação à diminuição de crimes decorrentes de excesso de ingestão de álcool (acidentes de trânsito, briga em bares, violência doméstica etc.) são muito positivos e atingidos em curto prazo. Trata-se, neste caso, de uma intervenção extrapenal eficaz, sempre preferível às opções penais, já que estas, devido ao elevado “custo social” e efeitos nocivos, devem ser sempre subsidiárias, de acordo com o princípio da intervenção mínima – ver item 1.7.1.

Cada sistema jurídico-penal corresponde a uma determinada opção político-criminal. É nesse terreno que se defrontam as diferentes correntes de opinião acerca do papel que o direito penal (e a pena) desempenha em determinado contexto. Atualmente, sobrevivem três grandes concepções sobre política criminal:

- *Minimalista-garantista*: propõe uma intervenção comedida e equilibrada do sistema penal, já que a intervenção penal traz uma série de consequências severas para os indivíduos – para os acusados, os condenados, os inocentes condenados injustamente, os inocentes inocentados durante o processo, para a família do condenado etc.;
- *Punitivista*: o sistema criminal deve intervir o máximo possível, principalmente por entender que a ameaça da pena afasta o cometimento do crime;
- *Abolicionista*: o mal da pena é maior do que o mal que o crime acarreta e, portanto, não se justifica um mal que nenhum bem traz à sociedade, abrindo, assim, caminho para soluções diversas do sistema penal.

Política punitivista. A política criminal *punitivista*, ancorada em duas vertentes (neopunitivismo, que confia no sistema penal para punir os crimes clássicos como furto, roubo, homicídio etc., e o direito penal da sociedade de risco, que confia na solução penal para punir os crimes dos poderosos), possui duas concepções: (a) a da “severidade da pena” (nas leis) e (b) a da “certeza do castigo” (o mais suave possível). Muitos países só conseguem cumprir a primeira, sem nunca alcançar a segunda (é o caso do Brasil, onde as penas são severas, mas muito incertas). Beccaria (em 1764) deplorava a severidade da pena (injusta) e defendeu a certeza do castigo (o mais suave possível) como instrumento de prevenção da delinquência, aliando-a a medidas extrapenais (iluminação das ruas, mais juízes, medidas socioeconômicas e educativas etc.). Beccaria, como se vê, tem a paternidade do sistema minimalista-garantista.

Política minimalista-garantista. De conformidade com o sistema punitivo moldado pela Constituição (por conta dos princípios, direitos e garantias de cunho criminal nela previstos) pode-se afirmar que a política criminal (desenhada na Carta Maior brasileira) é preponderantemente de cunho minimalista-garantista, sendo certo que em algumas passagens da nossa Lei Maior são encontradas normas de cunho punitivista (ex.: previsão dos crimes hediondos, por exemplo – CF, art. 5º, inc. XLIII). Na prática, a política criminal brasileira segue o pior modelo punitivista, centrado apenas na “severidade da pena” (nas leis), sem absolutamente quase nenhuma “certeza do castigo”. Cuida-se de uma política populista, que ilude a população sem nunca apresentar eficácia preventiva (nisso reside uma das explicações para o aumento contínuo da criminalidade).

Política acientífica. A criminologia, como visto no item 1.3.1., dá a receita do que pode ou não ser usado no controle da criminalidade (controle social); tendo em vista os três modelos de política criminal acima apresentados, sua recomendação dirige-se para o primeiro modelo (minimalista-garantista). Nossa legislação, no entanto, é acentuadamente punitivista, o que demonstra que o legislador está se valendo da política criminal acientífica (mera práxis sem teoria), quando deveria fazer uso da política criminal