Universidade Católica de Brasília

Pró-Reitoria Acadêmica
Escola de Direito
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

A FALÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE À LUZ DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

Autor: Fellippe Ricardo Almeida Martins
Orientador: Prof. Esp. Marcelo Silva Calvet

Brasília - DF
2015

FELLIPPE RICARDO ALMEIDA MARTINS

A FALÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE À LUZ DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Marcelo Silva Calvet

Brasília
2015

Universidade Católica de Brasília

Monografia de autoria de Fellippe Ricardo Almeida Martins, intitulada “A FALÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE À LUZ DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS”, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Católica de Brasília, em ____ de _____ de 2015, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

_____

Prof. Esp. Marcelo Silva Calvet

Orientador

Direito – UCB

_____

Prof. _____

Direito – UCB

_____

Prof. _____

Direito – UCB

Brasília

2015

Aos meus pais e à meu irmão, cujo apoio se mostrou essencial a escolha do curso de direito.

A Maria Fátima Martins, Avó falecida que durante muito tempo despertou em mim o mais sincero sentimento de alegria e, hoje infelizmente deixa saudade.

AGRADECIMENTO

Inúmeras pessoas e instituições são importantes em nossas vidas, estes foram fundamentais para a concretização desse trabalho, a saber:

Alexandre Melo Diniz e **Paulo Victor Martins Braga**, amigos de infância, presentes em todos os momentos e que hoje tenho orgulho de saber que são advogados;

Dr. João Augusto de Lima, Subprocurador Consultivo do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, cujo os ensinamentos são de imensurável importância.

Dr. Tiago Vasconcelos, exímio advogado e amigo que me orientou tantas vezes quanto as causas e a advocacia.

Bruno Barbosa Melo, servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, ex-chefe e amigo. Sou grato pela lealdade e apoio constante.

Professores da Universidade Católica de Brasília – UCB, tão importantes para minha formação moral, ética e jurídica, destes destaco especialmente os (as) Doutores (as) Anderson Zacarias Lima, Antônio Carlos, Amaury Walquer, Dark Ane Mendes Teixeira, Douglas Ponciano da Silva, Fabricio Jonathas, Gaetan Isaac Maria Spielmann Moura, Gleyce Belarmino, Joel Arruda de Souza, José Eduardo Sabo Paes, José Neto, Marcelo Silva Calvet, Márcio Almeida, Marcelo Torelly, Neide Aparecida, Paulo Bosco, Paulo Henrique Perna Cordeiro, Raquel Bueno, Roberta Queiroz, Rodrigo Costa Ribeiro, Tiene Brandão dos Santos Oliveira.

Dr. Marcelo Silva Calvet, excelente advogado, professor, mestre e amigo que tanto me ajudou nesta monografia como orientador.

Advogados da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV, que comigo trabalharam, em especial ao **Dr. Otávio Luiz Rocha Ferreira dos Santos**, Advogado Coordenador da Coordenação Jurídica de Direito Financeiro, Tributário e Disciplinar – COJF e Presidente da Associação Nacional dos Procuradores de Empresas Públicas Federais - ANPEPF, que em tantas causas lutou a favor da advocacia pública e tanto me apoiou perante a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/DF.

A todos que sempre me ajudaram, os meus sinceros agradecimentos.

BARNAVE, A. Discurso na Constituinte: “A sociedade não vê nas punições que inflige o gozo bárbaro de fazer sofrer um ser humano; vê nelas a precaução necessária para prevenir crimes semelhantes, para afastar da sociedade os males que ameaçam atentar contra ela” (Archives parlementaires. T. XXVII, 6/06/1791, p. 9).

RESUMO

Referência: MARTINS, Fellippe Ricardo Almeida. **A Falência das Penas Privativas de Liberdade à Luz da Teoria das Janelas Quebradas.** 2015. 45 folhas. Monografia (Curso de Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.

A monografia em tela, surgiu diante da ineficácia estatal em gerir as penas prisionais, bem como, manter a ordem social no que tange a segurança pública. Neste norte, a falência das penas privativas de liberdade, vem da ineficácia do Estado em efetivar a finalidade primordial da pena que seria a ressocialização, por inúmeros fatores determinantes, dentre esses, o excesso de preso; a falência da pena de prisão é uma falência final que teve início na forma como o Estado aborda as condutas criminosas, ou seja, na origem, ora, no Brasil se aplica ideais de direito penal máximo quando se pensa em aumentar o rigor das normas penais sem maiores limites, o que pode aumentar também os delitos apenados com prisão e por conseguinte a massa carcerária, ademais, se aplica também direito penal mínimo quando se pensa no princípio de insignificância ou bagatela e princípio da intervenção mínima do Estado, o que aumenta o sentimento de impunidade e consequentemente o número de delitos que podem ser apenados com prisão; se aplica no Brasil o direito penal de emergência, que seria aquele que cria uma norma penal de forma urgente pelo clamor social e sem um estudo aprofundado para justamente sancionar uma conduta de forma exemplar, o que pode provocar o aumento da massa carcerária. A teoria das janelas quebradas é uma forma de abordagem diferente que age na origem do problema aplicando a política de “tolerância zero” quanto ao crime, logo, em contradição aos princípios supra, busca sancionar os crimes, principalmente os menos graves, de forma razoável, aplicando penas restritivas de direitos e/ou penas pecuniárias, ou seja, evitando a aplicação das penas prisionais. O objetivo da aplicação desta teoria é justamente evitar o cometimento de crimes mais graves que cominariam em prisão, o que agravaria ainda mais a situação das penas prisionais, desse modo, essa teoria mostraria que o Estado está presente na sociedade, retirando desta o sentimento de impunidade e, desmotivando condutas delituosas menos graves e consequentemente desmotivando também as mais graves, que poderiam resultar em prisão. Com a diminuição da massa carcerária pela aplicação da teoria das janelas quebradas em conjunto com as penas restritivas de direitos, e, penas de multa, se resolveria a situação de falência das penas privativas de liberdade, já que é mais fácil trabalhar a ressocialização de um grupo menor de presos do que exercer esse mesmo trabalho em um sistema prisional inchado de presos.

Palavras-Chave: Falência. Penas Privativas de Liberdade. Ressocialização. Direito Penal Máximo. Direito Penal Mínimo. Direito Penal de Urgência. Teoria das Janelas Quebradas. Tolerância Zero. Penas Restritivas de Direitos. Penas Pecuniárias.

ABSTRACT

The presented monograph came up because of the state inefficiency in managing the prison sentences, as well as maintains social order with respect to public safety. In the same way, the failure of custodial sentences comes from the inefficiency of the state in practice the primary purpose of the prison sentence, which should be the resocialization for many determining factors, among them, the excess of prisoners in the jails, the failure of the prison sentence is a final failure that begins with the way that the state deals the criminal conduct, so in the origin in Brazil applies the maximum ideals of penal law when they think about increasing the rigor of the criminal law without many limits, Which can also increase the crimes punished with arrests and the prisoners in the jails. Moreover, also applies minimum criminal law when considers the principle of insignificance or bagatelle and the principle of minimal state intervention, which increases the feeling of impunity and consequently the number of offenses that can be converted in prison sentences. In Brazil the criminal law of emergency is applied, which would be one that creates a criminal norm urgently by public outcry and without a detailed study to just punish conduct in an exemplary way, which can cause increased the mass prison. The broken windows theory is a form of different approach that acts in the original problem and applies the policy "Zero tolerance" regarding the crime, then, in contradiction to the above principles, tries to punish the crimes, especially the least serious, in a reasonable way, applying sentences of restriction rights or monetary penalties, so avoiding the application of prison sentences. The purpose of the application of this theory is just avoid the increase of the serious crimes that would be converted in prison that can make the situation in the prison worse, thus, this theory shows that the State is present in society to remove this feeling of impunity and discouraging the less serious criminal conduct and consequently also discouraging the most serious that could be result in prison. With the decrease of the prisoners in the jail for the application of the broken windows theory in cooperation with the restriction rights sentences and fines would be solved the situation of the fail of custodial sentences, because is more easy to work in a rehabilitation of a smaller group of prisoners than do the same work in a crowded prison system.

Keywords: Failure. Custodial Sentences. Resocialization. Maximum Ideals of Penal Law. Minimum Criminal Law. Criminal Law of Emergency. Broken Windows Theory. Zero tolerance. Restriction Rights. Monetary Penalties.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
2 ASPECTO HISTÓRICO, PRINCÍPIOS, TEORIAS E FINALIDADES DAS PENAS 12
2.1 ASPECTO HISTÓRICO 12
2.1.1 Noções introdutórias 12
2.1.2 As fases da evolução da vingança penal 12
2.1.3 As penas na idade antiga 13
2.1.4 As penas no direito penal romano 14
2.1.5 As penas na idade média 15
2.1.6 As penas na idade moderna 15
2.2 PRINCÍPIOS QUANTO AS PENAS 16
2.3 TEORIAS E FINALIDADES DAS PENAS 17
3 AS PENAS NO BRASIL 19
3.1 NOTAS INICIAIS 19
3.2 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 19
3.2.1 Regimes de cumprimento de pena 20
3.3 PENA RESTRITIVA DE DIREITOS 21
3.4 PENA PECUNIÁRIA 21
3.5 PENAS VEDADAS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 22
4 A FALÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE À LUZ DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS 23
4.1 A FALÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE 23
4.2 CONCEITO DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS 25
4.3 O DIREITO PENAL MÁXIMO E O DIREITO PENAL MÍNIMO 27
4.4 A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO 28
4.5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS 30
5 CONCLUSÃO 32
REFERÊNCIAS 36
ANEXO A – CÓDIGO PENAL BRASILEIRO 38
ANEXO B – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 40
ANEXO C – LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS 41
ANEXO D – JURISPRUDÊNCIA APLICANDO A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS 42

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analise reflexiva sobre a falência das penas privativas de liberdade à luz da teoria das janelas quebradas, na busca pela efetiva finalidade da pena que é a ressocialização. A discussão em comento é pertinente no âmbito das ciências jurídicas e está presente nas doutrinas que discorrem sobre direito criminal.

Destarte, o problema da pesquisa diz respeito a falência da penas prisionais, frente a ineficácia do Estado em efetivar a finalidade principal da pena que seria a ressocialização, diante disso, será exposto que esse problema é consequência de uma série de fatores determinantes que se originam na forma como o Estado aborda as condutas criminosas.

Outrossim, veremos que é possível resolver estes problemas que tiveram como resultado a falência das penas privativas de liberdade, aplicando a política de tolerância zero quanto aos crimes menores (teoria das janelas quebradas) em conjunto com as penas não prisionais, buscando, não só esvaziar o sistema carcerário para melhor efetivar as políticas criminais com os presos, como também evitar uma progressão criminal na sociedade, do crime menos grave, para o crime mais grave que poderia resultar em prisão.

Está pesquisa tem o objetivo de analisar os motivos que levaram as penas privativas de liberdade a falência, bem como a possível solução para este problema; ademais, a justificativa para escolha deste tema não se fecha apenas na problemática quanto da aplicação das penas privativas de liberdade, mas ao amor incondicional ao direito penal e suas ramificações, para tanto, neste estudo a metodologia utilizada é a indutiva.

Antes de adentrar ao mérito do trabalho, será exposto o aspecto histórico das penas, seus princípios, teorias e finalidades, bem como as penas aplicáveis no Brasil, sua forma de cumprimento e, as penas vedadas no Brasil.

Adentrando ao mérito, a discussão se finda na falência das penas privativas de liberdade à luz da teoria das janelas quebradas, assim é dissertado sobre os motivos finais e os motivos de origem que levaram as penas prisionais a falência, bem como o conceito da teoria das janelas quebradas, o direito penal máximo e o direito penal mínimo, a teoria das janelas quebradas frente ao princípio da insignificância ou bagatela e o princípio da intervenção mínima do Estado e, por fim, a aplicação desta teoria na prática.

Veremos que as penas prisionais devem ter caráter secundário as penas restritivas de direitos ou penas pecuniárias, já que a regra do direito penal é a liberdade do indivíduo que venha a delinquir, aplicando as penas prisionais apenas aos crimes mais graves; para tanto, esses indivíduos devem sim ser processados e julgados pelos seus atos e se considerados culpados, devem arcar com as consequências da pena, em respeito à sociedade, vítima e a própria vigência da norma penal, garantindo a estes indivíduos todos os direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais que assegurem o direito, de forma proporcional e adequada, em respeito à verdadeira justiça.

A proposta desta monografia é despertar o interesse ao tema e ao debate, visando uma formação intelectual baseada na justiça das sanções penais e eficácia destas.

2 ASPECTO HISTÓRICO, PRINCÍPIOS, TEORIAS E FINALIDADES DAS PENAS

2.1 ASPECTO HISTÓRICO

2.1.1 Noções introdutórias

Pode-se afirmar, segundo Cleber Masson, que a história da pena e por consequência a do direito penal, se confunde com a história da própria humanidade, já que em todos os tempos e raças, vislumbra-se a pena como uma influência na esfera do poder, da vontade e dos motivos do indivíduo que ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem.[1]

Neste sentido, Masson ensina que é correto reconhecer a existência da pena como um fato histórico primitivo, assim como considerar o direito penal a primeira e mais antiga camada da história da evolução do direito.[2]

De mais a mais, o direito de punir se deu com o próprio surgimento do Estado, antes deste marco na história, o que existia na verdade eram atos de ataque e defesa que, posteriormente, com o surgimento do Estado foram renunciados.[3]

2.1.2 As fases da evolução da vingança penal

A diversas fases da evolução da vingança penal ensinam que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas que especificam e definem cada um de seus estágios. A doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão das fases da vingança penal, qual seja, a vingança privada, vingança divina e vingança pública.[4]

A vingança divina, conforme disserta Cezar Roberto Bitencourt, foi resultado da grande influência exercida pela religião; nesta fase, com a repressão é que se buscava a satisfação da divindade ofendida pelo crime. Puniam-se com rigor e extrema

---

[1] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 53.
[2] Ibidem, p. 53.
[3] CUNHA, William Cristian de Sousa. **A falência do sistema prisional brasileiro. Segundo o Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: UniCEUB, 2012. p. 11.
[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 59.

crueldade pois esta sanção deveria estar de acordo com a grandeza do Deus ofendido.[5]

A vingança privada, conforme menciona Cleber Masson, surge posteriormente a vingança divina e, se deu principalmente em decorrência do crescimento dos povos e consequentemente a complexidade social. Nessa fase, a infração era encarada como uma violência não apenas a um indivíduo, mas ao grupo deste, o que gerava a vingança entre os grupos (justiça pelas próprias mãos). Esta fase foi marcada pela lei do mais forte, onde inexistia qualquer proporção entre o delito praticado por um membro de um grupo e a sanção imposta ao grupo inteiro deste delinquente.[6]

Cleber Masson disserta o seguinte: “tamanha era a desproporção da vingança que um crime praticado por um indivíduo não raras vezes atingia como retribuição crianças e pessoas doentes, integrantes do grupo do infrator. Recaía, inclusive, sobre animais ou coisas.”[7]

A vingança pública, em paráfrase de Cleber Masson, se deu com a evolução da política da sociedade e melhor organização comunitária, oportunidade em que o Estado trouxe para si o poder-dever de manter a ordem e segurança social, ou seja, o direito de punir através de seus agentes. A pena assume caráter público, o ofendido não tem necessidade de recorrer às suas próprias forças (vingança privada).[8]

Nesta fase a pena aplicada ainda era extremamente intimidatória, dominada pela crueldade e desumanidade, dentre essas destacam-se o esquartejamento, a roda, a fogueira, a decapitação, a forca, os castigos corporais e amputações, entre outras; no entanto estas penas eram aplicadas por uma terceira pessoa, no caso o Estado, representante da coletividade e em tese sem interesse na lide.[9]

2.1.3 As penas na idade antiga

No período da idade antiga, é importante citar o direito penal grego, já que na Grécia antiga, em seus primórdios, o crime e a pena era envolvida de sentimento religioso; destarte, na justiça ateniense as penas passaram a ser dotadas de certa

---

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 59-60.
[6] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 55.
[7] Ibidem, p. 55.
[8] Ibidem, p. 56-57.
[9] Ibidem, p. 57.

humanidade, ao que, por exemplo, a absolvição do culpado se tornou medida justa a ser aplicada quando a sua eliminação fosse capaz de prejudicar os inocentes que dependiam dele para sobreviver.[10]

2.1.4 As penas no direito penal romano

No direito penal romano, brilhante mente, Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, destacam algumas de suas principais características, vejamos:

> [...] a afirmação do caráter público e social do Direito Penal; b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes; c) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado. O dolo – *animus* –, que significa a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito, tinha juridicamente o sentido de astúcia – *dolus malus* –, reforçada, a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho *dolus malus*, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça; d) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários; e) o reconhecimento de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade); f) a pena constitui uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; g) a distinção entre *crimina pública*, *delicta privada* e a previsão dos *delicta extraordinaria*; h) a consideração do concurso de pessoas, diferenciando a autoria e a participação. [11]

É evidente que neste período, o direito criminal evolui-o de forma significativa nas as argumentações em processo criminal, quanto a aplicação das normas penais assegurando sua vigência e mostrando a presença do Estado, imputabilidade, culpabilidade, excludentes, dolo, tentativa, legitima defesa, estado de necessidade, crimes públicos, crimes privados e concurso de pessoas, dentre outros.

Essas características do direito penal romano, estão presentes na contemporaneidade de forma mais evoluída, o que mostra o avanço do direito penal e a importância de seus períodos.

---

[10] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 57.
[11] PRADO & BITENCOURT, 1995 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 63.

2.1.5 As penas na idade média

Na idade média, quanto a aplicação das penas, destaca-se o direito penal germânico e o direito penal canônico.[12]

O direito penal germânico, na fala de Cleber Masson, era consuetudinário, concebido como uma ordem de paz, existiam crimes públicos e privados e inicialmente a presença da vingança privada como modalidade de sanção (morte, mutilação, etc), mais tarde foi influenciado pelo direito romano e pelo cristianismo, sendo adotadas a Lei do Talião e a composição, nesta época a pena de morte passou a poder ser substituída por um preço de paz – semelhante a fiança –, era o sistema de composição pecuniária que passou a substituir a vingança privada, com relação as provas acolhiam as ordálias ou juízos de deus.[13]

O direito penal canônico, na fala de Cleber Masson, é o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, sua primeira consolidação de normas e regras se deu por volta do ano de 1140, por decreto de Graciano. Sobre o tópico é importante mencionar o procedimento de inquisição, início de ofício, utilização de tortura e penas cruéis, bem como arbitrariedade do judiciário, o qual criava e extinguia a definição de crimes a bel-prazer e, executava penas diferentes para nobres e para plebeus. A jurisdição era dividida em dois grupos: em razão da pessoa (*ratione persona*) e em razão da matéria (*ratione materiae*).[14]

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o direito canônico contribuiu bastante para o surgimento da prisão moderna, principalmente com relação a reforma do agente que tenha delinquido, fato curioso é que a palavra “penitenciário” e “penitenciária” surgiu do vocábulo “penitência”, vinculado ao direito canônico.[15]

2.1.6 As penas na idade moderna

Na idade moderna é importante mencionar o período humanitário, onde a sociedade não mais suportava tal forma de agir do Estado que imputava ao criminoso

---

[12] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 59.
[13] Ibidem, p. 59.
[14] Ibidem, p. 60-61.
[15] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 66.

punição crudelíssima e arbitrária. Nesta época, Marquês de Beccaria[16], pugna de maneira universal pela abolição da pena de morte, o que foi posteriormente consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de mais a mais, nesse período é importante externar o predomínio da razão sobre questões espirituais, a ideia de que a pena sempre deve ser legalmente prevista, proporcional e, a necessidade das leis serem certas, claras e precisas.[17]

2.2 PRINCÍPIOS QUANTO AS PENAS

Quanto aos princípios aplicados as penas, a doutrina de Cleber Masson, ensina:

> **a) Princípio da reserva legal ou da estrita legalidade:** emana do brocardo *nulla poena sine lege*, ou seja, somente a lei pode cominar a pena [...]
> **b) Princípio da anterioridade:** a lei que comina a pena deve ser anterior ao fato que se pretende punir [...]
> **c) Princípio da personalidade, intransmissibilidade, intranscendência ou responsabilidade pessoal:** a pena não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a pessoa do condenado (CF, art. 5.º, XLV) [...]
> **d) Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade:** [...], e sustenta que a pena, se presentes os requisitos necessários para a condenação, não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida [...]
> **e) Princípio da intervenção mínima:** a pena é legítima unicamente nos casos estritamente necessários para a tutela de um bem jurídico penalmente reconhecido [...]
> **f) Princípio da humanidade ou humanização das penas:** a pena deve respeitar os direitos fundamentais do condenado enquanto ser humano [...]
> **g) Princípio da proporcionalidade:** a resposta penal deve ser justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito, bem como para prevenir novas infrações penais [...]
> **h) Princípio da individualização:** [...] segundo o qual se deve distribuir, a cada indivíduo, o que lhe cabe [...][18]

Nesta toada, o princípio da reserva legal ou da estrita legalidade nos mostra que apenas a lei pode direcionar a cominação da pena, no mesmo norte, o princípio da anterioridade vem no sentido de que a lei penal, para sua efetiva vigência e aplicação, deve ser anterior aos fatos ocorridos.

O princípio da personalidade, intransmissibilidade, intranscendência ou responsabilidade pessoal está no sentido de que a pena não deve ultrapassar a pessoa do condenado, já o princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade prevê que a pena deve ser aplicada e integralmente cumprida se presente todos os requisitos legais para sua cominação.

---

[16] BECCARIA, 1991 apud MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 62.
[17] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 62-63.
[18] Ibidem, p. 538-539.

O princípio da intervenção mínima ensina que a pena deve ser cominada apenas em situações estritamente necessárias, já que o Estado não deve intervir tanto nas relações sociais, o princípio da humanidade ou humanização das penas está relacionada com a aplicação das penas conforme os direitos fundamentais do condenado.

O princípio da proporcionalidade está ligado a justiça das penas, ora, essas devem ser proporcionais ao delito que fora cometido, sendo essas suficientes para demonstrar o grau de reprovação do ilícito, bem como prevenir novas infrações penais, o princípio da individualização está ligado a distribuição de pena a cada indivíduo na medida de sua participação, culpabilidade, entre outras características, previstas em legislação criminal supra.

2.3 TEORIAS E FINALIDADES DAS PENAS

Sobre as teorias das penas, três são as existentes no direito penal, quais sejam, a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista ou unificadora, onde cada uma nos mostra uma finalidade.[19]

A teoria absoluta, conforme disserta Fernando Capez, tem tão somente a finalidade de punir o autor da infração penal, logo a pena é a retribuição do mal injusto praticado pelo agente que veio a delinquir, pelo mal justo previsto na legislação vigente atinente a espécie (*punitur quia peccatum est*).[20]

A teoria relativa tem como finalidade o caráter preventivo da pena; a prevenção pode ser geral, quando é destinada ao controle da violência – à medida que busca diminuí-la e evita-la –, pode ser prevenção geral negativa, que tem o propósito de criar no espírito dos potenciais criminosos um contraestimulo que objetiva afastar o agente da prática do crime, pode ser prevenção geral positiva, buscando demonstrar a vigência da lei penal, pode ser prevenção especial negativa, quando busca intimidar o condenado buscando evitar a reincidência e, por fim a prevenção pode ser especial positiva, que se preocupa com a ressocialização do condenado.[21]

A teoria mista ou unificadora possui um tríplice aspecto, o de retribuição, o de prevenção geral e o de prevenção especial.[22] Importante mencionar que foi a teoria

---

[19] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 541-544.
[20] CAPEZ, Fernando**. Curso de direito penal:** Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 385.
[21] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 542-543.
[22] Ibidem, p. 544.

adotada pelo artigo 59 do Código Penal[23] (ver anexo A), posto que a parte final do *caput* deste artigo conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo desse modo a unificação da teoria absoluta que diz respeito a retribuição e a teoria relativa que tem como finalidade a prevenção geral e especial.[24]

[23] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2015.
[24] GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 102.

3 AS PENAS NO BRASIL

3.1 NOTAS INICIAIS

Na lei Hebraica costumavam classificar os crimes, não pelo ato em si, mas sim por sua forma de sanção, esses crimes eram puníveis com a morte ou, eliminação, banimento, flagelação, *lex talionis*, pagamento de multa e escravidão penal, o que mostrava nas penas, o seu caráter retributivo, exemplar e sua total ausência de humanidade.[25]

No Brasil a pena em tese é eivada de um caráter de humanização em que se busca a ressocialização, sendo aplicado para os tipos penais vigentes.

Estas penas, conforme ensina Fernando Capez, se classificam em três espécies: penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e, pecuniárias[26](multa). Há ainda a incidência de pena de morte que pode ocorrer em casos de guerra declarada, conforme preleciona o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988[27](ver anexo B).

3.2 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A pena privativa de liberdade é a pena que retira do condenado o seu direito de se locomover, em razão da prisão por tempo determinado.[28]

Neste sentido, Rogério Greco ensina que:

> As penas privativas de liberdade previstas pelo Código Penal para os crimes ou delitos são as de reclusão e detenção. Ressalta-se, contudo que a Lei das Contravenções Penais Também prevê sua pena privativa de liberdade, que é a prisão simples.[29]

---

[25] WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 70-71.
[26] CAPEZ, Fernando**. Curso de direito penal:** Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 386.
[27] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
[28] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 547.
[29] GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 104.

Assim, verifica-se que a legislação brasileira prevê várias modalidades de penas que privam a liberdade do agente delituoso, que deve se encaixar em algum tipo de regime de cumprimento de pena na forma da lei penal.

3.2.1 Regimes de cumprimento de pena

Os regimes de cumprimento de pena são aqueles previstos no artigo 33 e seguintes do Código Penal Brasileiro[30] (ver anexo A), ou seja, são esses o regime fechado, semi-aberto e aberto, onde a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, a pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, por fim a pena de prisão simples, prevista na Lei das Contravenções Penais (Decreto Lei nº 3.688/1941)[31] (ver anexo C) deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto.

A execução da pena em regime fechado será em estabelecimento de segurança máxima ou média, enquanto a execução da pena em regime semi-aberto será em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e, por fim, a execução da pena em regime aberto será em casa de albergado ou estabelecimento adequado, vide artigo 33, §1º, alínea “a”, “b” e “c” do Código Penal Brasileiro[32] (ver anexo A).

Ressalta-se as regras básicas quanto o enquadramento do sentenciado a pena privativa de liberdade a ser executada em forma progressiva do regime mais rigoroso para o menos rigoroso até a liberdade do agente, ressalvada a hipótese de transferência a regime mais rigoroso, ora, o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá cumpri-la em regime fechado, enquanto o condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e que não exceda a 8 (oito) anos deverá cumpri-la em regime semi-aberto, já o condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos deverá cumpri-la em regime aberto, conforme artigo 33, §2º, alínea “a”, “b” e “c” do Código Penal Brasileiro[33] (ver anexo A).

Não é de mais lembrar que o regime de cumprimento de pena é inicial, ou seja, o sentenciado irá passar por períodos de progressão de regime de cumprimento de

---

[30] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
[31] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das contravenções penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
[32] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
[33] Ibidem.

pena ou de regressão de regime, do regime mais rigoroso para o menos rigoroso, ou, vice versa, a depender de seu comportamento e tempo de prisão; não existe pena de caráter perpetuo no Brasil – artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988[34] (ver anexo B).

3.3 PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

A pena restritiva de direitos limita do condenado um ou mais direitos em substituição à pena privativa de liberdade.[35]

Rogério Greco, disserta que:

> As penas restritivas de direitos, de acordo com a nova redação dada ao art. 43 do Código Penal pela Lei nº 9.714/98 são: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana.[36]

Salta aos olhos que as penas restritivas de direitos são mais humanas do que as penas privativas de liberdade, já que não tolhem o direito de locomoção do condenado, que seria sua liberdade, no entanto, não significa impunidade, já que estás ainda são sanções penais previstas em legislação em vigor; destarte, a pena prisional tem caráter secundário a pena restritiva de direitos, já que a regra é a liberdade do agente que delinquiu, o que é consenso no mundo jurídico.

3.4 PENA PECUNIÁRIA

A pena de multa é aquela que incide sobre o patrimônio do condenado.[37]

Rogério Greco, ensina que: “A multa penal é de natureza pecuniária e o seu cálculo é elaborado considerando-se o sistema de dias-multa [...].”[38]

---

[34] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 25 out. 2015.
[35] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 548.
[36] GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 104.
[37] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 548.
[38] GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 104.

3.5 PENAS VEDADAS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A pena de morte – ressalvado exceção expressa da Constituição Federal –, a pena perpétua e a pena de trabalho forçado são proibidas pelo artigo 5.º, XLVII, “a” “b” e “c” da Constituição Federal do Brasil (1988)[39] (ver anexo B).

Outras modalidades de pena são as penas restritivas da liberdade e a pena corporal, onde a primeira pena restringe o direito de locomoção sem submeter o agente a privação de sua liberdade, exemplo disso é a pena de banimento que consiste em expulsar brasileiro do território nacional, a segunda pena viola a integridade física do sentenciado, exemplo dessas são as penas de açoite, mutilações e marcas de ferro quente – estas penas são vedadas pelo artigo 5.º, XLVII, “d” e “e” respectivamente, da Carta Magna Brasileira de 1988[40] (ver anexo B).[41]

---

[39] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.
[40] Ibidem.
[41] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 548.

4 A FALÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE À LUZ DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

4.1 A FALÊNCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Tendo conhecimento da história das penas, seus princípios, teorias e finalidades, bem como as penas aplicadas e vedadas no Brasil, partimos do pressuposto que essas penas devem ser justas. Mas o que vem a ser justiça? Para responder este questionamento, mostro a ideia de justiça na concepção mais moderna, externada na doutrina de Paulo Nader, ora, senão vejamos:

> Justiça *é síntese dos valores éticos*. Onde se pratica justiça, respeita-se a vida, a liberdade, a igualdade de oportunidade. Praticar justiça é praticar o bem nas relações sociais.[42]

Sabendo disso, o problema da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil se dá por diversos fatores, um desses a falta de justiça quanto ao direito penal brasileiro, que não obedece aos dispositivos legais e princípios de forma correta, assim não se consegue alcançar o objetivo primordial da pena que é a finalidade de ressocialização.

Sobre a pena privativa de liberdade, Von Hentig, disserta:

> A pena privativa de liberdade – assinala – não tem um longa história (...). Na segunda metade do século XVIII, o arco da pena de morte estava excessivamente tenso. Não tinha contido o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tampouco havia garantido a segurança das classes superiores. O pelourinho fracassava frequentemente em se tratando de delitos leves ou de casos dignos de graça, uma vez que a publicidade da execução dava lugar mais à compaixão e à simpatia do que ao horror. O desterro das cidades e as penas corporais tinham contribuído para o desenvolvimento de um banditismo sumamente perigoso, que se estendia com impetuosa rapidez quando as guerras e as revoluções haviam desacreditado e paralisado os velhos poderes. A pena privativa de liberdade foi a nova grande invenção social, intimidando sempre, corrigindo amiúde, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrota-lo, no mínimo, cerca-lo entre muros. A crise da pena de morte encontrou aí o seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupava o seu lugar, com exceção de alguns poucos casos mais graves. [43]

Von hentig, nos conta que a pena privativa de liberdade veio substituir a falida pena de morte que hoje é aplicada no Brasil em um caso muito específico da

---

[42] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 106.
[43] HENTING, 1967 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

Constituição Federal. Mas, não quer dizer que em todos os casos a pena que priva a liberdade é a melhor opção; em outro norte não quer dizer que essa pena é eficaz.

Neste ponto, a problemática deste trabalho, diz respeito as ideologias do “re”, ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Tais ideologias que, em tese, carecem de legitimação, serviriam, tão somente, para que não se caia em uma espécie de mero retribucionismo, sob pena de legitimar a conversão das prisões em campos de concentração.[44]

Mas, por que a finalidade de ressocialização da pena não é totalmente eficaz?

A saber, E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, em seu livro Direito Penal Brasileiro, dissertam:

> [...] Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupções, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisonização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo a impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventivista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que a prevenção especial não passa de um elemento do discurso.[45]

Nessa toada, entendesse que o caráter ressocializador da pena não é totalmente eficaz porque é deixado de lado no plano das ideias, na realidade a única finalidade que impera na pena é a retribuição, prevenção, entre outros, o caráter exemplar. Isto porque as políticas públicas criminais não estão sendo efetivas, já que as prisões são na verdade faculdades do crime, com celas lotadas, higiene precária, crimes internos, entre outros.

Por todo exposto, fica claro os motivos pelos quais a ressocialização não é regra, seja pelos problemas das prisões, ausência ou inaplicabilidade das políticas públicas criminais e, prisões irregulares, o que torna o sistema carcerário brasileiro inchado, dificultando desse modo qualquer tipo de ação que beneficie os presos e a sociedade.

Cleber Masson, ao citar a função social da pena, brilhantemente informa que:

> Não basta a retribuição pura e simples, pois, nada obstante a finalidade mista acolhida pelo sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma

---

[44] ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 126.
[45] Ibidem, p. 126.

> a pena em castigo e nada mais, A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social.[46]

Adiante, é possível afirmar que o problema da falência das penas privativas de liberdade quanto da ressocialização está na origem, na forma como o Estado aborda os agentes que vieram a delinquir, ora, no Brasil, além do direito penal mínimo – por exemplo quando o Estado deixa de agir, ou, em um julgamento criminal o réu é absolvido pelo princípio da insignificância ou bagatela e, ou princípio da intervenção mínima do Estado – e, do direito penal máximo – que seria o maior rigor na aplicação da pena sem muito limite –, aplica-se uma política de direito penal de emergência, no qual nasce uma legislação de urgência com base em uma situação especifica que se originou do clamor social, sem qualquer estudo sociológico, se preocupa apenas em reprimir.[47]

Esse direito penal de emergência se assemelha ao direito penal máximo que propaga a ideia de ser a solução de todos os problemas sociais, aplicando a maior severidade das leis e penas, o que acaba colaborando com o excesso de presos e prejudicando a principal finalidade da pena que é a ressocialização do preso.

A teoria das janelas quebradas seria uma abordagem diferenciada na origem que solucionaria não só o problema da criminalidade como também o problema das penas privativas de liberdade.

4.2 CONCEITO DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

A teoria das janelas quebradas foi mencionada na doutrina de Cleber Masson, *in litteris*:

> Em 1969, na Universidade de Stanford, nos Estados Unidos da América, Phillip Zimbardo (acompanhado de sua equipe) realizou uma experiência inédita no campo da psicologia social. Seu estudo consistiu em abandonar dois automóveis idênticos em vias públicas, um no Bronx, zona pobre e problemática de Nova York, e outra em Palo Alto, local rico e tranquilo da Califórnia. Carros iguais, mas populações, culturas e realidades sociais diversas.

---

[46] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 545.

[47] PANUCCI, João Augusto Arfeli. **O direito penal de emergência como meio de controle social.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30059/o-direito-penal-de-emergencia-como-meio-de-controle-social>. Acesso em: 31 maio 2015.

> O automóvel abandonado no Bronx foi rapidamente destruído pela ação de vândalos, e subtraíram-se vários dos seus componentes. Por sua vez, o carro deixado em Palo Alto permaneceu intacto. Conclui-se, em análise inicial, ser a pobreza um fator determinante da criminalidade.
> Os pesquisadores, então decidiram quebrar uma das janelas do automóvel que se encontrava íntegro. Rapidamente instalou-se idêntico processo ao ocorrido no Bronx, com a completa destruição do veículo. Logo percebeu-se não ser a pobreza, por si só, causa fomentadora de infrações penais, e sim a **sensação de impunidade**. De fato, uma janela quebrada em um automóvel transmite o sentimento de desinteresse, de deterioração, de despreocupação com as regras de convivência, com a ausência do Estado. E cada novo ataque reafirma e multiplica essa ideia, até que a prática de atos ilícitos se torna incontrolável.[48]

Assim, o nome desta teoria se originou do nome em inglês "*Broken Windows Theory*" que foi uma experiência inédita realizada por Phillip Zimbardo e sua equipe de pesquisadores no campo da psicologia social que teve como objetivo verificar qual era o fator determinante da criminalidade, ou seja, a causa fomentadora de infrações penais.

Corre dos relatos supracitados, em síntese, que os pesquisadores abandonaram dois automóveis em lugares distintos, um automóvel em bairro pobre e o outro em um bairro nobre, em poucos dias o automóvel abandonado no bairro pobre foi destruído pela ação de vândalos, ao passo que, o automóvel abandonado no bairro nobre continuou intacto.

De primeiro momento foi identificado que a causa fomentadora de infrações penais era a pobreza, ora, o veículo abandonado no bairro pobre foi destruído, enquanto o outro veículo abandonado no bairro nobre não o fora.

Ademais, de segundo momento, os pesquisadores resolveram quebrar a janela do veículo abandonado no bairro nobre, assim, rapidamente este carro fora destruído igual ao carro abandonado no bairro pobre. Percebeu-se que a pobreza não é o único fator determinante ao cometimento de crimes, mas sim a sensação de impunidade.

O nome desta teoria vem justamente da ação dos pesquisadores em quebrar a janela do veículo abandonado no bairro nobre.

Está teoria só foi desenvolvida no campo da criminologia em 1982 por James Q. Wilson e George L. Kelling, onde foi observado que a maior incidência de crimes e contravenções penais era justamente nos locais onde havia maior descuido e desordem, ali a criminalidade se instalava.[49]

---

[48] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 553-554.
[49] WILSON, 1982 apud MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 554.

Assim, ocorrendo pequenos delitos sem a imposição de sanções adequadas pelo Estado, abre espaço para o cometimento de crimes mais graves.[50] Em sentido contrário, a sanção adequada destes pequenos delitos iria inibir a prática de crimes menos e mais graves, o que solucionaria o problema de criminalidade nas ruas e o excesso de presos.

É importante mencionar que esta teoria foi aplicada inicialmente em 1980, no metrô de Nova York que a época, tomado pela criminalidade, havia se convertido no ponto mais perigoso da cidade, porém, em pouco tempo após a implementação da política de tolerância zero da teoria das janelas quebradas, combatendo às pequenas infrações, limpando a sujeira das estações, combatendo o uso de álcool por parte dos usuários e o não pagamento de passagens, houve uma profunda melhora que converteu o metro em um lugar limpo e seguro.[51]

4.3 O DIREITO PENAL MÁXIMO E O DIREITO PENAL MÍNIMO

O direito penal máximo e o direito penal mínimo – este último também conhecido como garantismo penal –, é externado na doutrina de Guilherme Nucci, que disserta:

> **Direito penal máximo:** é um método de aplicação do Direito Penal, cuja finalidade é punir a infração mínima a fim de não se tornar algo mais grave, sem que haja maiores freios ou limites para a aplicação de penas.
> **Garantismo penal:** é um sistema equilibrado de aplicação da norma penal, reservando o seu campo de atuação para as infrações penais mais graves, abolindo-se tipos penais que contemplem crimes de menor potencial ofensivo, mas sempre com o respeito ao devido processo legal e seus corolários. [52]

A aplicação pura e simples do direito penal máximo iria tão somente aumentar a massa carcerária brasileira, piorando ainda mais a situação das penas prisionais, daí surge a falência destas; em contradição, a aplicação do direito penal mínimo (garantismo penal) não iria diminuir a incidência dos crimes mais graves, ao passo que iria aumentar a sensação de impunidade com relação aos crimes menos graves por parte da sociedade, incentivando o cometimento de crimes mais graves.

---

[50] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 554.
[51] Ibidem, p. 554.
[52] NUCCI, Guilerme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 401.

A correntes que entendem que o direito penal mínimo é o caminho para o abolicionismo penal, e defendem fielmente esta ideia; ademais, apesar de solucionar os problemas da falência das penas prisionais, já que estas não mais seriam impostas, haveria de imediato a falência do direito penal e da sociedade, já que a sensação de distanciamento do Estado iria provocar o efeito inverso a solução, piorando ainda mais os indicies de criminalidade que não mais seria sancionada através da persecução criminal.

Sobre o abolicionismo penal, Guilherme Nucci ensina:

> ***Abolicionismo penal:*** é um movimento cuja finalidade e alterar a concepção atual do Direito Penal, demonstrando que o caminho é a descriminalização e a despenalização máximas, evitando-se encarcerar pessoas a pretexto de castigá-las ou promover a sua recuperação.[53]

Ademais, se afastando destas correntes quanto a pena e a abordagem do agente que delinquiu, é interessante a linha de raciocínio da teoria das janelas quebradas, que solucionaria o problema da falência das penas privativas de liberdade, já que seria uma abordagem diferenciada na origem do delito.

Inicialmente, a teoria das janelas quebradas se parece um pouco com o direito penal máximo, mas, se diverge desse quanto a aplicação e os resultados, já que apesar de aplicar a política de “tolerância zero”, essa tolerância zero é quanto ao crime e não ao criminoso.

4.4 A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO

A teoria das janelas quebradas, quanto aos pequenos delitos, visa a imposição de sanções adequadas pelo Estado, para que não se abra espaço para o cometimento de crimes mais graves, em *contrario sensu*, há no Brasil a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela e também do princípio da intervenção mínima do Estado.

O princípio da insignificância ou bagatela, como discorre Fernando Capez, é:

> [...] originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista a sua

[53] NUCCI, Guilerme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 401.

> utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal.[54]

Neste sentido, muitos juízes entendem pela exclusão da tipicidade quando se aplica este princípio, o Supremo Tribunal Federal – STF tem o entendimento de que apesar da ausência de previsão legal deste princípio, algumas circunstâncias tornam possível a sua aplicação correta, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e, a inexpressividade da lesão jurídica provocada.[55]

O julgado abaixo entendeu pela aplicação deste princípio, vejamos:

> PENAL – FURTO SIMPLES – QUATRO CREMES CORPORAIS – DUAS CAIXAS DE CHOCOLATE – PROVAS – LESIVIDADE MÍNIMA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICABILIDADE.
> I. As provas são insuficientes para comprovar o furto dos cremes corporais. Impossível a condenação.
> II. As peculiaridades do caso concreto autorizam o reconhecimento da insignificância em relação à subtração das caixas de chocolate. O direito de punir torna-se flagrantemente desproporcional em face do valor ínfimo do bem e da lesão provocada, o que justifica a não intervenção do Estado.
> III. Apelo provido.
> (Acórdão n.897562, 20140810080274APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Relator Designado:SANDRA DE SANTIS, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 24/09/2015, Publicado no DJE: 06/10/2015. Pág.: 99)[56]

Na presente decisão, um dos entendimentos que se findou foi justamente o da não intervenção estatal através do princípio da insignificância ou bagatela.

O princípio da intervenção mínima do Estado ensina que a pena é devida unicamente nos casos estritamente necessários para a proteção do bem jurídico penalmente tutelado[57], ao que o Estado deve intervir nas relações humanas o mínimo o possível; este princípio também exclui a tipicidade da conduta.

O julgado abaixo em encarte entendeu por sua aplicação, vejamos:

---

[54] CAPEZ, Fernando**. Curso de direito penal:** parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 29.

[55] BRASIL, Supremo Tribunal Federal (1º Turma). HC 94.439/RS, 2009 apud CAPEZ, Fernando**. Curso de direito penal:** parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. p. 29-30.

[56] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1º Turma Criminal). Apelação Criminal nº 20140810080274-DF (Processo número: 0007876-25.2014.8.07.0008 – acórdão nº 897562). Apelante: Welton Luiz Pereira de Oliveira. Apelada: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador George Lopes. Brasília/DF, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://goo.gl/8D19wD>. Acesso em: 10 out. 2015.

[57] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 539.

> APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.
> I – Ausentes as elementares penais, configura mero ilícito civil o descumprimento de contrato de prestação de serviço, não ensejando a condenação penal.
> II – O direito penal só deve tutelar as condutas que atentem de forma grave aos bens jurídicos protegidos, sob pena de deturpar sua verdadeira função de ultima ratio, conforme preceitua o princípio da fragmentariedade e intervenção mínima.
> III – Recurso conhecido e provido.
> (Acórdão n.897600, 20040111031620APR, Relator: NILSONI DE FREITAS, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 01/10/2015, Publicado no DJE: 06/10/2015. Pág.: 140)[58]

Assim sendo, é evidente que ambos os princípios já mencionados entram em conflito com a teoria da janelas quebradas, já que estes princípios afastam o Estado da tutela dos bens jurídicos na forma do entendimento dos tribunais, e, a teoria das janelas quebradas preza pela maior presença do Estado nos eventuais litígios penais que surgirem na sociedade, bem como o processo penal e, se for o caso, a condenação de forma equilibrada do réu.

4.5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

A aplicação correta da teoria das janelas quebradas no Brasil, iria buscar a sanção de todas as pessoas que viessem a delinquir, principalmente em crimes menos graves independente de seu grau de reprovabilidade, de forma proporcional, aplicando principalmente as penas não prisionais, até porque a regra é sempre a liberdade, a prisão é medida de exceção.

Não mais se aplicaria os princípios da insignificância ou bagatela e, o princípio da intervenção mínima do Estado, sendo assim, por óbvio o Estado inicialmente iria, em alguns processos, ter mais despesas processuais do que os valores dos bens jurídicos feridos, ademais, a longo prazo o resultado seria benéfico, já que sancionando os crimes menores, além de mostrar a presença do Estado e ausência de impunidade, iria desmotivar o cometimento de crimes mais graves que poderiam resultar em prisão, diminuindo o número de presos e o gastos monetários com estes.

---

[58] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3º Turma Criminal). Apelação Criminal nº 20040111031620-DF (Processo número: 0052256-09.2004.8.07.0001 – acórdão nº 897600). Apelante: Antonio Rodrigues Caixeta. Apelada: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargadora Nilsoni de Freitas. Brasília/DF, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <http://goo.gl/QiP6QR>. Acesso em: 10 out. 2015.

A longo prazo, a aplicação correta da teoria das janelas quebradas se baseia na ideia de prevenção, logo, iria não só diminuir a incidência criminal como também, por consequência diminuir o número de réus que vão presos todos os dias, diminuindo a massa carcerária e possibilitando ao Estado, finalmente, a aplicação mais efetiva das políticas criminais de ressocialização, já que é muito mais fácil trabalhar com um grupo reduzido de presos do que com um grupo imenso.

Existe decisão de recurso em sentido estrito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aplica a teoria das janelas quebradas, vejamos a ementa:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO REJEIÇÃO DE DENÚNCIA ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DISSENSO JURISPRUDENCIAL QUE NÃO AUTORIZA O ACOLHIMENTO DA TESE ADOTADA CONTRAPOSIÇÃO DO POSICIONAMENTO PELA ADOÇÃO DA TEORIA DA JANELA QUEBRADA PRETENSÃO MINISTERIAL ACOLHIDA E DETERMINAÇÃO PARA SEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL EM SEUS ULTERIORES TERMOS RECURSO PROVIDO.
>
> (Relator(a): Euvaldo Chaib; Comarca: Birigüi; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 22/02/2011; Data de registro: 28/02/2011)[59]

A uma, o presente julgado é tão interessante que se faz necessário encartar a este trabalho os argumentos do inteiro teor citados em voto do relator (ver anexo D).

A duas, o julgado supra é exemplo concreto da aplicação da teoria das janelas quebradas na luta contra a impunidade, o que não significa que desse processo deve resultar condenação a pena de prisão, mas a uma outra pena que não seja privativa de liberdade.

Os adeptos dessa linha de pensamento da teoria das janelas quebradas defendem que a política de tolerância zero não diz respeito a pessoa do criminoso, mas sim ao próprio delito[60], assim, sua aplicação se mostra dentro da razoabilidade processual e social.

---

[59] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (4º Câmara de Direito Criminal). Recurso em Sentido Estrito nº 0018910-29.2009.8.26.0077-SP (Processo número: 077.01.2009.018910-6/000000-000). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Delmiro Francisco Nogueira. Relator: Desembargador Euvaldo Chaib. São Paulo/SP, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4974808&cdForo=0>. Acesso em: 02 abr. 2015.

[60] MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1. p. 554.

5 CONCLUSÃO

Identifica-se que o direito de punir se deu com o surgimento do próprio Estado, antes deste marco histórico, na verdade, existiam atos de ataque e defesa, no mesmo sentido a história da pena e da própria humanidade se confundem já que em todas as raças se vislumbra a pena como influência na esfera do poder e na vontade do indivíduo que veio a delinquir; assim é correto reconhecer a pena como fato histórico primitivo.

As penas na verdade passaram por algumas fases de vingança, onde se tem a tríplice divisão das vinganças penais, a saber: a vingança divina resultou da influência exercida pela religião onde se buscava a satisfação da divindade ofendida pelo crime; a vingança privada, que surgiu posteriormente a vingança divina onde a infração era encarada como violência não apenas ao indivíduo, mas ao grupo deste, que seria a justiça pelas próprias mãos; por fim, a vingança pública, formada com o avanço da sociedade em que o Estado trouxe para si o poder-dever de punir, ainda com penas cruéis e desumanas.

Adiante, alguns períodos foram importantes para a formação moderna da pena, a idade antiga por exemplo, ao que se ressalta o direito penal grego, as penas eram envolvidas de sentimento religioso, já na justiça ateniense as penas passaram a ter um caráter de humanidade com a aplicação da absolvição em alguns casos específicos.

O direito penal romano já trouxe outros avanços significativos quanto a aplicação da pena, como por exemplo as argumentações em processo criminal, imputabilidade, culpabilidade, excludentes, dolo, tentativa, legitima defesa, estado de necessidade, crimes públicos, crimes privados e concurso de pessoas.

A idade média, com o direito penal germânico que se destacou, sendo consuetudinário com crimes de âmbito público e privado, inicialmente seguindo ideais de vingança privada foi influenciado pelo direito romano e pelo cristianismo, sendo adotadas a Lei do Talião e a composição, onde com relação as provas ainda se aplicavam as ordálias; o direito canônico que, mesmo com a inquisição onde as penas eram cruéis e diferentes para nobres e plebeus, foi muito importante para o surgimento da prisão moderna e a reforma do agente.

A idade moderna onde passou a vigorar o período humanitário objetivando afastar as penas cruéis e arbitrarias, houve o predomínio da razão sobre as questões

espirituais, a ideia de que a pena sempre deve ser legalmente prevista, proporcional e, a necessidade das leis serem certas, claras e precisas.

Este estudo mostra que a história foi de imensa importância para a formação das penas na contemporaneidade, dessa história muitos são os princípios do direito penal e processo penal que se aplicam as penas, justamente com o intuito de deixa-las mais humanas, ora, ao menos no Brasil a pena de morte por exemplo não é mais aplicada como regra, a pena prisional veio a substituir essa que já estava ultrapassada quanto aos princípios, falida.

Sobre as teorias das penas, existem três, cada uma com sua finalidade expressa: a teoria absoluta com a finalidade de punir; a teoria relativa com finalidade de prevenção que pode ser geral quando destinada ao controle da violência, pode ser prevenção geral negativa quanto busca criar um contraestimulo em potenciais criminosos, pode ser prevenção geral positiva quando busca demonstrar a vigência da lei penal, prevenção especial negativa, buscando intimidar o condenado e evitar a reincidência, e, prevenção especial positiva que se preocupa com a ressocialização; a última teoria seria a mista ou unificadora que reuni as finalidades das outras teorias, esta é aplicada no Brasil.

As penas aplicadas no Brasil de regra são as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias, onde cada uma visa a sanção de um tipo de conduta na medida de sua gravidade e na forma legal; quanto as penas privativas de liberdade, objeto de estudo neste trabalho monográfico à luz da teoria das janelas quebradas, foi pensada no sentido de promover a ressocialização do agente que veio a delinquir, quando se fala em regimes prisionais e sua forma de cumprimento, bem como a forma de progressão de regime, buscando a reintegração social destes indivíduos em cárcere.

Até a atualidade, todos os períodos e avanços do direito penal se mostraram importantes a aplicação da pena no Brasil, já que como discorrido neste trabalho, foi essa história que não só formou a aplicação moderna da pena, como também afastou, ou, ao menos tornou medida de exceção a aplicação de outras penas que seriam consideradas desumanas.

Neste pensamento, sabendo que a pena prisional mais moderna veio a substituir a falida pena de morte, bem como promover a ressocialização do indivíduo e por consequência sua reinserção social, graças a não aplicação de penas de caráter

perpetuo, e sim a progressão de regime, o questionamento que se faz é: como as penas prisionais faliram?

O presente questionamento é ousado, e sua resposta bastante extensa. Na verdade a falência das penas privativas de liberdade se dá em razão da pouca eficácia desta em promover a finalidade principal da pena que seria a ressocialização do preso, mas, isso se dá por uma série de fatores determinantes, como a lotação das prisões, falta de higiene, violência interna, dentre outros, que por sua vez são gerados pela forma como o Estado aborda do individuou que veio a delinquir, ou seja, na origem.

O Estado trabalha com o direito penal máximo ao que tange a condutas mais reprováveis, que seria a aplicação da pena sem muitos limites, mais grave do que isso é a tendência do Estado em aplica o direito penal de emergência – que se assemelha ao direito penal máximo –, que seria o nascimento de uma legislação criminal de urgência, sem muito estudo, advinda do clamor social, pressão da mídia, entre outros para promover maior rigor as condutas criminosas, logo, essa forma de abordagem aumenta o número de presos, piora a higiene das prisões, aumenta a violência nos presídios, o que prejudica a ressocialização dos presos.

Em outro norte, o Estado se mostra afastado da sociedade quanto aos crimes menores, mas quando trabalha, muitas vezes o faz com o direito penal mínimo aplicando o princípio da insignificância ou bagatela e o princípio da intervenção mínima do Estado, o que gera na população um sentimento de impunidade, afastamento estatal, desinteresse do Estado em manter a ordem social, o que segundo a teoria das janelas quebradas provoca um aumento da criminalidade de forma progressiva, dos crimes mais leves que deveriam resultar em penas restritivas de direitos ou pecuniárias, aos crimes mais graves que resultariam em prisão.

Neste sentido, o Estado ao aplicar o direito penal máximo (direito penal de emergência) acaba por aumentar o rigor das penas e o número de presos, ao passo que, ao aplicar o direito penal mínimo, aumenta o sentimento de impunidade, agindo como se incentivasse crimes mais graves que resultaria em prisão, ou seja, o Estado se sabota na origem do problema, aumentando o número de presos, o que interfere a finalidade da pena quanto a ressocialização que fica apenas no mundo das ideais, não é posta efetivamente em prática.

Desta problemática nasceu a ideia da aplicação da teoria das janelas quebradas que busca a sanção razoável de crimes menos graves que antes eram ignorados ou absolvidos pelo Estado, retirando da sociedade o sentimento de

afastamento e impunidade, mostrando que agora o Estado está presente e tem interesse em manter a ordem social e a paz, o que desincentivaria o cometimento de crimes menos graves e, por consequência o cometimento de crimes mais graves que resultariam em prisão.

Se aplicada no Brasil em conjunto com as penas restritivas de direitos e as penas pecuniárias, iria não somente resolver o problema da criminalidade nas ruas, como também o problema da falência das penas privativas de liberdade sobre a ótica da ressocialização, já que diminuiria o número de crimes e o número de presos, por consequência diminuiria a violência nos presídios, falta de higiene, entre outros, o que facilitaria ao Estado promover a ressocialização através de políticas criminais efetivas.

É evidente que haveria prejuízo financeiro ao Estado em processos criminais cujo bem jurídico tutelado é mais barato do que as custas processuais, no entanto, a longo prazo esta forma de abordagem seria benéfica, frente aos prejuízos que o Estado já tem com o mantimento de uma massa carcerária imensa. A diminuição da massa carcerária através da aplicação desta teoria se mostra providencial para a ressocialização, ao passo que a presença do Estado iria inibir a pratica de novos crimes menos graves e até os crimes mais graves que poderiam resultar em prisão, desafogando dessa forma todo o sistema prisional.

Neste compasso, entende-se que a aplicação da teoria das janelas quebradas ensinaria a sociedade que o crime não mais compensa, diminuindo os crimes e os presos, a longo prazo sairia mais barato para o Estado e de fato solucionaria o problema da falência das penas privativas de liberdade, dando ao Estado, finalmente, a oportunidade de trabalhar uma política criminal descente que venha a ressocializar os presos.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, 1991 apud MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (1º Turma). HC 94.439/RS, 2009 apud CAPEZ, Fernando**. Curso de direito penal:** parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

CAPEZ, Fernando**. Curso de direito penal:** Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HENTING, 1967 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilerme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO & BITENCOURT, 1995 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

WILSON, 1982 apud MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

CUNHA, William Cristian de Sousa. **A falência do sistema prisional brasileiro. Segundo o Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: UniCEUB, 2012.

PANUCCI, João Augusto Arfeli. **O direito penal de emergência como meio de controle social.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30059/o-direito-penal-de-emergencia-como-meio-de-controle-social>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das contravenções penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1º Turma Criminal). Apelação Criminal nº 20140810080274-DF (Processo número: 0007876-25.2014.8.07.0008 – acórdão nº 897562). Apelante: Welton Luiz Pereira de Oliveira. Apelada: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador George Lopes. Brasília/DF, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://goo.gl/8D19wD>.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3º Turma Criminal). Apelação Criminal nº 20040111031620-DF (Processo número: 0052256-09.2004.8.07.0001 – acórdão nº 897600). Apelante: Antonio Rodrigues Caixeta. Apelada: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargadora Nilsoni de Freitas. Brasília/DF, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <http://goo.gl/QiP6QR>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (4º Câmara de Direito Criminal). Recurso em Sentido Estrito nº 0018910-29.2009.8.26.0077-SP (Processo número: 077.01.2009.018910-6/000000-000). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Delmiro Francisco Nogueira. Relator: Desembargador Euvaldo Chaib. São Paulo/SP, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4974808&cdForo=0>.

ANEXO A – CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

CAPÍTULO III
DA APLICAÇÃO DA PENA
Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

SEÇÃO I
DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE
Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

ANEXO B – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
b) de caráter perpétuo;
c) de trabalhos forçados;
d) de banimento;
e) cruéis;

ANEXO C – LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

ANEXO D – JURISPRUDÊNCIA APLICANDO A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Número do Registro: 2011.0000014206

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0018910-29.2009.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo recorrido DELMIRO FRANCISCO NOGUEIRA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso ministerial, para o fim de receber a denúncia e, na forma do art. 399, e seguintes, do Código de Processo Penal, determinar o prosseguimento da ação penal até seus ulteriores termos. V.U. ", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e EDUARDO BRAGA.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2011.

Euvaldo Chaib

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 17085

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0018910-29.2009.8.26.0077

Comarca: BIRIGÜI - (Processo nº 077.01.2009.018910-6/000000-000)

Juízo de Origem: 2ª Vara Criminal

Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Delmiro Francisco Nogueira

Relator

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO REJEIÇÃO DE DENÚNCIA ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DISSENSO JURISPRUDENCIAL QUE NÃO AUTORIZA O ACOLHIMENTO DA TESE ADOTADA CONTRAPOSIÇÃO DO POSICIONAMENTO PELA ADOÇÃO DA TEORIA DA JANELA QUEBRADA PRETENSÃO MINISTERIAL ACOLHIDA E DETERMINAÇÃO PARA SEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL EM SEUS ULTERIORES TERMOS RECURSO PROVIDO.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão do r. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de BIRIGUI, da lavra do eminente Juiz de Direito, *Dr. Marcelo Yukio Misaka*, que rejeitou a denúncia do recorrido DELMIRO FRANCISCO NOGUEIRA como incurso nas sanções do art.155, "*caput*", c.c. o art. 14, "*caput*", inciso II, ambos do Código Penal (fls. 36/38).

O recorrido foi denunciado porque tentou subtrair objetos descritos na denúncia avaliados em R$ 39,10 (trinta e nove reais e dez centavos).

Pleiteia o recorrente seja a decisão reformada, repudiando-se a tese da insignificância da conduta e, por conseguinte, seguindo a ação penal até seus ulteriores termos (fls. 48/54).

O recurso foi respondido às fls. 89/93 tendo sido mantida a decisão por r. despacho de fls. 93. O douto Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Peixoto Camargo, opina pelo provimento do recurso (fls. 98/101).

É o relatório.

A r. decisão verberada tem estribo em dissenso jurisprudencial e, destarte, há que ser reformada porque não é agasalhada pelo art. 395, do Código de Processo Penal.

Pede-se vênia para discorrer sobre a insignificância da conduta, tese recepcionada pela decisão invectivada. Com efeito, o princípio da insignificância, também conhecido por princípio da criminalidade de bagatela, é oriundo do Direito Privado Romano (*de minimus non curat praetor* – os Tribunais não devem se ocupar com o mínimo) e, nos anos 70, o ilustre CLAUS ROXIN incorporou tal princípio ao Direito Penal.

O princípio da insignificância não tem previsão normativa. É construção jurisprudencial aplicável quando o valor subtraído não tenha qualquer repercussão no patrimônio da vítima ou possa ser tido como de valor irrisório, de sorte que a conduta do réu é tolerável. O fato nasce típico, mas se afasta a reprovação da conduta, de sorte que a **bagatela é imprópria**, vez que o fato nasceu com relevância penal, mas nele não incidirá pena porque tal se mostraria desnecessária, consagrando-se, destarte, o princípio da irrelevância penal do fato.

A causa supra legal – *porque não prevista em lei* – há que ser reconhecida pelo aplicador do direito com prudência. Destarte, como se olvidar da "*Teoria das janelas quebradas no Direito Penal*". Ora, tal orientação vem se disseminando, sendo ligada à criminologia, ciência auxiliar do Direito Penal, e que o socorre para identificação de fatores conducentes à prática de crime. E em que consistiu tal experiência guindada à alçada de teoria auxiliar do Direito Penal?

Com efeito, o estudo foi desenvolvido para verificar se pobreza é fator estimulante ao crime. Destarte, dois automotores foram colocados em bairros distintos, um de classe abastada e outro em periferia pobre. Aqui houve danificação imediata, com pronta subtração de peças e acessórios. Ao outro nada ocorreu, de sorte que a inicial conclusão advinda do estudo desenvolvido foi no sentido de que pobreza, de fato, é fator estimulante ao crime.

O estudo aqui não estagnou e por tal razão é que se tornou teoria que ganha relevância. O veículo do bairro abastado, em complemento à pesquisa, teve então seus vidros quebrados para se apurar a consequência. E, apurou-se, que no bairro de classe econômica alta, quando o veículo foi deixado com a janela quebrada, ocorreu também a subtração de peças e objetos em seu interior.

Daí segue a inelutável conclusão: não é só pobreza fator conducente à criminalidade, ou seja, à prática de infrações penais, mas também impunidade – e sua crença – quando se está diante de crimes de pequena gravidade. A este teor, com a

devida vênia, há que se repudiar a recorrente aplicação do princípio da insignificância para inúmeros fatos típicos porque, desta forma, estimula-se a reiteração criminosa.

Portanto, ainda que o delito não tenha gravidade exacerbada, há que se punir, sob pena de estimular crimes mais graves. Em suma, delitos mais graves – *e condutas criminosas mais gravosas* – surgem em sociedades em que crimes pequenos ou menores não são punidos. De feito, nada obstante se deva reconhecer existência de flagrante divergência que alimenta o entendimento aqui expendido, é caso de prosseguimento da ação penal, mormente porque a coisa subtraída é uma utilidade para seu proprietário, mesmo quando de menor expressão econômica.

Por fim, anota-se que o entendimento aqui adotado veio a ocorrer também no julgamento do Recurso no Sentido Estrito n° 112365130-00 por esta Colenda Câmara (Voto n° 10.543).

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso ministerial, para o fim de receber a denúncia e, na forma do art. 399, e seguintes, do Código de Processo Penal, determinar o prosseguimento da ação penal até seus ulteriores termos.

EUVALDO CHAIB

Relator