

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RAPHAEL HERNANDES PARRA FILHO

**DIREITO PENAL DE MÍNIMA INTERVENÇÃO E MÁXIMA
EFICIÊNCIA: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

Marília
2014

RAPHAEL HERNANDES PARRA FILHO

**DIREITO PENAL DE MÍNIMA INTERVENÇÃO E MÁXIMA EFICIÊNCIA: A
CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.
Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica

Orientador: Prof. Dr. Jairo José Gênova.

Marília
2014

RAPHAEL HERNANDES PARRA FILHO

**DIREITO PENAL DE MÍNIMA INTERVENÇÃO E MÁXIMA EFICIÊNCIA: A
CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

Banca Examinadora

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr.

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, ____ de _____ de 2014.

À pessoa que mudou a trajetória da minha vida me convencendo a fazer Direito e, sobretudo, me ensinando a viver, ao senhor meu pai, te amo, sempre... *In memoriam.*

AGRADECIMENTOS

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para que este trabalho tornasse uma realidade e especialmente a minha linda namorada Sabrina e a minha querida Mãe Iolanda, pela inspiração e dedicação.

PARRA FILHO, Raphael Hernandes. **Direito Penal de mínima intervenção e máxima eficiência:** a construção do Direito penal à luz dos princípios constitucionais fundamentais. 2014. 101 f. Dissertação. (Mestrado em Direito)- Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é estimular uma reflexão sobre o Direito Penal Brasileiro, sobretudo a necessidade de uma descriminalização e maior eficiência. O Direito Penal precisa de um retrocesso. A frase soa estranha, mas é verdadeira. Os bens jurídicos essenciais para a sobrevivência social e do próprio Estado merecem uma tutela à altura da sua importância e buscam guarida, inexoravelmente, no Direito Penal. O presente estudo focaliza, isto é, utilizada como métodos, notadamente as consequências do crime – sanção – e a forma abstrata de construção destes. O Direito Penal tem que voltar a ser o último Direito da fila, tem que voltar a ser a *ultima ratio*, ou seja, Direito Penal Mínimo ou, melhor dizendo, Direito Penal De Mínima Intervenção. O estudo demonstra que é impossível construir ou reconstruir o Direito Penal, nos dias de hoje, sem ter como pano de fundo o Direito Constitucional e, especialmente, a alma deste, seus princípios fundamentais. Destarte, esta é a estrada que convidamos o leitor: primeiro, como adiantamos acima, vamos analisar a importância e a necessidade da pena. Em um segundo passo, vamos caminhar pelos Princípios Constitucionais Fundamentais e, notadamente através destes, propomos uma reconstrução da ciência penal ou, melhor dizendo, da arte do Direito Penal, sobretudo, de mãos dadas com aspectos atuais da Política Criminal. Por fim, através da Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, mostramos os dois lados, isto é, um Direito Penal Máximo, sobretudo, edificado sobre as teses da lei e ordem e de um Direito Penal puramente simbólico, desvirtuando a essência desta ciência importante e excepcional. Por outro lado, temos um Direito Penal Mínimo, notadamente não intervencionista e como *ultima ratio*, colocando a ciência criminal no seu devido lugar. Assim, concluímos que é necessário um equilíbrio, ou seja, um Direito Penal de Mínima Intervenção, mas, também, neste mínimo, um Direito Penal exceção, sério, extremamente rigoroso e, assim, de Máxima Eficiência.

Palavras-chaves: Política Criminal. Direito Penal. Mínima Intervenção. Máxima Eficiência.

PARRA FILHO, Raphael Hernandes. **Direito Penal de mínima intervenção e máxima eficiência:** a construção do Direito penal à luz dos princípios constitucionais fundamentais. 2014. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

The objective of this paper is to stimulate a reflection on the Brazilian Penal Law, especially the need for decriminalization and increased efficiency. Criminal law needs a kicker. The phrase sounds strange, but it's true. The essential legal assets for social and survival of the state itself deserve protection at the height of its importance and seek shelter inexorably in Criminal Law. This study focuses, ie used as methods, notably the consequences of crime - penalty - and the abstract form of construction of these. Criminal law has to go back to being the ultimate law of the queue, have to go back to being the ultima ratio, ie, Criminal Law Minimum or rather, Criminal Law Of Minimum Intervention. The study demonstrates that it is impossible to build or rebuild the Criminal Law, nowadays, without the backdrop of the Constitutional Law, and especially its soul, its fundamental principles. Thus, this is the road that invite the reader: first, as we advanced above, we analyze the importance and the necessity of punishment. In a second step, let us walk by the Fundamental Constitutional Principles and, notably through these, we propose a reconstruction of criminal science, or rather, the art of criminal law, especially in hand with current aspects of Criminal Policy. Finally, through the Critical Foundations of Legal Dogmatics, show both sides, ie a Criminal Law Maximum mainly built upon the theories of law and order and a criminal law purely symbolic, distorting the essence of this important science and exceptional. On the other hand, we have, especially non-interventionist and as ultima ratio Minimum Criminal Law, Criminal putting science in its rightful place. Thus, we conclude that a balance is needed, ie a Criminal Law of Minimum Intervention, but also, in this least one exception Criminal Law, serious, painstaking and thus Maximum Efficiency.

Keywords: Criminal Policy. Criminal Law. Minimal intervention. Maximum Efficiency.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| | |
| CAPÍTULO 1 - ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA..... | 13 |
| 1.1 Evolução histórica das ideias penais..... | 13 |
| 1.1.1 Período da vingança..... | 13 |
| 1.1.2 Período humanitário | 16 |
| 1.1.3 Escola clássica..... | 18 |
| 1.1.4 Escola positiva | 23 |
| 1.1.5 Escola crítica | 26 |
| 1.1.6 Escola moderna alemã..... | 27 |
| 1.1.7 Escola técnico-jurídica..... | 29 |
| 1.1.8 Escola correcionalista..... | 30 |
| 1.1.9 Escola constitucionalista | 31 |
| 1.2 Breves apontamentos sobre o Direito Penal no Brasil | 34 |
| | |
| CAPÍTULO 2 – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS | 38 |
| 2.1 Conceito de princípio..... | 38 |
| 2.1.1 Princípio da humanidade e princípio da dignidade da pessoa humana .. | 39 |
| 2.1.2 Princípio da legalidade e/ou reserva legal..... | 42 |
| 2.1.3 Princípio da intervenção mínima | 46 |
| 2.1.4 Princípio da ofensividade ou lesividade..... | 54 |
| 2.1.5 Princípio da insignificância | 56 |
| 2.1.6 Princípio da adequação social..... | 59 |
| 2.1.7 Princípio da proporcionalidade | 61 |
| | |
| CAPÍTULO 3 - DIREITO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS | |
| | 64 |
| 3.1 A Constituição de 1988 e a legislação penal vigente | 64 |
| 3.2 A origem da intervenção estatal na sociedade..... | 66 |
| 3.3 Evolução das principais formas de Estado..... | 67 |

| | |
|--|----|
| 3.3.1 Estado Democrático de Direito e o Direito Penal contemporâneo..... | 68 |
| 3.4 Direito Penal e a nova Política Criminal | 69 |
| 3.4.1 Abolicionismo penal..... | 73 |
| 3.4.2 Direito Penal Máximo | 75 |
| 3.4.3 Movimento de Lei e Ordem | 76 |
| 3.4.4 Direito Penal do Inimigo | 78 |
| 3.4.5 Função Simbólica do Direito Penal | 80 |
| 3.5 Direito Penal Mínimo ou Direito Penal de Mínima Intervenção | 81 |
| 3.5.1 As regras de Tóquio | 83 |
| 3.5.2 Descriminalização | 85 |
| 3.5.3 Despenalização ou penalização máxima? | 87 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 93 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 97 |

INTRODUÇÃO

O ser humano é, sem dúvida, um ser, eminentemente, social. Assim, a vida só foi sendo substituída pela vida em grupo, sobretudo, para a própria sobrevivência dos membros deste grupo.

De tal modo, passou-se a desfrutar dos benefícios da vida em sociedade, que, aliás, embora neste momento ainda primitiva, já traz no seu próprio significado sociológico seus aspectos positivos, do latim: *societas*, que denota "associação amistosa com outros", ou seja, é o conjunto de pessoas que compartilham propósitos, gostos, preocupações e costumes, e que interagem entre si constituindo uma comunidade.

Porém, como tudo, ou quase tudo na vida tem dois lados, conseqüentemente, o ser humano começou a sentir os males desta vida coletiva.

Ademais, se por um lado o agrupamento fortalecia as pessoas, sobretudo, com relação a ataques externos (em um primeiro momento de animais e posteriormente de outros grupos), por outro, surgiram, inevitavelmente, conflitos de interesses.

A vida em sociedade, sem dúvida, nasce como busca do bem-estar, mas frisa-se bem-estar social, coletivo, isto é, busca, especialmente, pelo interesse do grupo. Todavia, aquele bem-estar social transforma-se, em alguns aspectos, em um bem-estar individual, na busca pelo interesse particular.

Neste diapasão, nesta vida em sociedade, conhecemos uma das piores características do ser humano: o egoísmo.

Não há dúvida que possuímos uma natureza egoísta de autoproteção e proteção dos nossos pares mais próximos e, também e principalmente, de busca, desejo, pelo bem-estar pessoal, na sua maioria limitado pela moral, mas nem sempre.

É neste contexto histórico – convivência, necessidades, desejos, moral e limites – nasce um embrião de sociedade e, em um aspecto ainda mais remoto, a necessidade de um sistema organizado e sistemático, para solucionar referidos conflitos.

Assim, surge o Direito, sobretudo, como regra de convivência social.

Interessante destacarmos, sobretudo, consoante o objetivo principal do presente trabalho, que o sentido primordial da palavra “direito”, seu sentido ontológico é, sem dúvida, o “justo”.

Todos os institutos jurídicos, desde seu nascimento e sem exceção, têm como alvo e fundamento principal a busca do justo, mesmo que de forma implícita; e, este “justo”, esta justiça são encontrados, em um primeiro momento, na construção das regras jurídicas – leis –, mas, notadamente e fundamentalmente, na interpretação destas regras, através, essencialmente, dos Princípios Fundamentais e de uma boa dose de bom senso; construindo, assim, as normas jurídicas, o direito “vivo”, isto é, direito concreto.

Portanto, agora mais especificamente falando em Direito Penal, as regras de convivência social, o Direito e, hoje, os ordenamentos jurídicos penais, através de seus preceitos primários e secundários, estavam, estão e sempre estarão, direta e indiretamente, buscando a paz e a justiça social.

O presente trabalho pretende mergulhar no Direito Penal buscando a sua essência, sua finalidade principal, seus objetos jurídicos mais importantes.

Assim sendo, se, como vimos acima, o Direito nasceu para proteger a sociedade e o ser humano, diga-se, aliás, da própria sociedade e do próprio ser humano, o Direito Penal de onde ele veio, onde ele está e para onde ele vai?

Buscaremos, neste propósito, caminhar pela disciplina Penal.

Em uma primeira etapa será feito um estudo da origem da pena, sobretudo, a sua evolução, busca por alternativas para o preceito secundário do crime e – este é um dos pontos cruciais – a involução da pena, uma desumanização do castigo.

Posteriormente vamos, sem nos aprofundar, estudar as escolas penais, a evolução do direito de punir do Estado e, finalizando este primeiro momento, a história do Direito Penal no Brasil.

Após, já no segundo capítulo, e como forma de ponte para o núcleo deste estudo, serão abordados os Princípios Fundamentais Constitucionais que merecem maior destaque nesse novo enfoque dado ao Direito Penal e, notadamente à Política Criminal, sobretudo, com críticas e algumas poucas sugestões.

Adentrando um pouco nesta – Política Criminal – segundo Zaffaroni e Pierangeli, trata-se da ciência ou da arte (preferimos esta) de selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente e os caminhos para tal tutela – **frisa-se este pensamento dos citados autores é o coração deste estudo** (*grifo nosso*).

Nesta arte, juntamente com uma carga crítica, jurídica e, notadamente ideológica, características natas da Política Criminal, soma-se os Princípios Fundamentais Constitucionais, sobretudo, os umbilicalmente ligados ao Direito Penal e, também, alicerces da dignidade da pessoa humana, buscamos uma tentativa, modesta é claro, de visualizarmos a Ciência Criminal.

No Direito, especialmente no Direito Penal, encarado, ainda, sob o enfoque da *ultima ratio*, não temos o direito (o equívoco das palavras é proposital) de não considerar, substancialmente, a arte da Política Criminal e os Princípios Fundamentais Constitucionais. Àquela – política criminal –, especialmente, talvez, na construção do Direito Penal Legislação, isto é, direito penal objetivo; estes últimos – Princípios – essencialmente, no Direito vivo, interpretado e criado pelo Juiz no caso *sub judice*.

Neste contexto, e agora já no terceiro capítulo e núcleo do presente estudo, partiremos de uma análise através da Constituição, sobretudo para demonstrarmos que o Direito Penal está, ou pelo menos deveria estar, ligado aos Princípios Constitucionais Fundamentais.

Caminharemos pelas formas de intervenção Estatal, mostrando os reflexos e resultados na Política Criminal.

Faremos um contraponto proposital entre o abolicionismo penal e o Direito Penal de Eficiência Máxima, não se olvidando do reflexo de cada um seara da aplicação da pena.

Pois bem, até chegarmos, finalmente, nos dois pilares desse estudo: Direito Penal de Intervenção Mínima e Direito Penal de Eficiência Máxima.

No primeiro – Direito Penal Mínimo ou melhor dizendo Direito Penal de Intervenção Mínima – teremos como alvo principal o binômio: a nova tendência da Política Criminal, sobretudo de subsidiariedade e mínima intervenção e a forma de interpretar e criar o Direito Penal concreto através dos Princípios Penais Constitucionais.

Assim, ainda no primeiro enfoque, buscamos trazer uma abordagem atual da Política Criminal segundo, principalmente, a Escola Constitucionalista, que passa a combater o formalismo penal e começa a considerar a flexibilização desses mandamentos positivistas ao permitir uma interpretação respaldada (completando o binômio) pelos Princípios Fundamentais Constitucionais. Afinal, citado formalismo

penal, que predominou por muito tempo, hoje já não atende aos anseios da sociedade em que vivemos.

Dessa forma, o objetivo é incentivar uma reflexão sobre a necessidade de se limitar a presença do direito penal na vida da sociedade, ou seja, a busca pela sua essência de *ultima ratio*. De tal modo, somente quando um bem jurídico muito importante for ameaçado ou lesionado é que caberá ao direito penal intervir.

Todavia, agora já no segundo pilar – Direito Penal Máximo ou, melhor dizendo, Direito Penal de Máxima Eficiência – e, notadamente demonstrando que não é uma incoerência, pretendemos evidenciar que só é possível um Direito Penal Mínimo eficiente se este for, também, um Direito Penal Máximo e vice-versa, ou seja, a Mínima Intervenção e a Máxima Eficiência.

Destarte, quando defendemos que o Direito Penal volte a buscar sua essência, sobretudo, como *ultima ratio*, defendemos basicamente e resumidamente dois fatores: selecionar com critério o que será tutelado (somente o que for fundamental) depois de selecionado, depois de escolhido, depois de estarem sob tutela do Direito Penal, estes bens devem ser efetivamente protegidos, nem que para isto seja necessário tratar o ofensor como inimigo.

A frase cerne do presente estudo e, conseqüentemente, título deste estudo, sem dúvida, é: Direito Penal de Mínima Intervenção e de Máxima Eficiência.

Pretendemos cutucar a utilidade pública das leis, especialmente as leis penais. Será que sua vasta abrangência não é um dos sintomas da sua ineficiência? Por outro lado, será que não há bens – vida, dignidade sexual etc. -, que mereçam penas mais severas? Será que não há muitos benefícios após a condenação banalizando o Direito Criminal? Seria a junção do mínimo com o máximo a necessária transformação do Direito Penal, de obsoleto e com alto grau de impunidade, para um mais justo e eficiente?

CAPÍTULO 1 - ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA

1.1 Evolução histórica das ideias penais

As penas, isto é, a ameaça abstrata de punição e, se as regras forem violadas, a concretização delas (*ius puniendi*), surgiram, essencialmente, para manter, ou ao menos tentar manter, a ordem da, necessária, convivência em grupo.

Destarte, como já foi afirmado na Introdução, embora a vida em sociedade (ainda arcaica) trouxera vantagens, por outro lado também trouxe alguns problemas.

Inexoravelmente surgiram conflitos de interesses, apareceram litígios e, portanto, para que a sociedade, criada para proteção do indivíduo, não se autodestruísse e, conseqüentemente, aniquila-se seus membros, houve necessidade de estabelecer certas regras de convivência.

Portanto, podemos dizer que a sociedade, a vida em grupo, foi uma alternativa, bem sucedida diga-se, para a sobrevivência do ser humano e, por sua vez, as regras desta convivência, as primeiras leis, foram criadas por uma necessidade de sobrevivência da própria comunidade.

Neste contexto histórico nasce o Direito e, por conseguinte e posteriormente, o Direito Penal.

Diante dos conflitos de coexistência, que passaram a serem reguladas por essas primeiras leis, é que foram surgindo os períodos da evolução do direito penal, quais sejam o período da vingança, o período humanitário e o período científico.

Ademais, se as regras – criadas para a manutenção da ordem social – fossem seguidas, não haveria necessidade das conseqüências, isto é, dos castigos, das penas, mas, infelizmente, a punibilidade é necessária.

Assim, demonstraremos a seguir, de forma simplista é claro, a essência da evolução histórica das ideias penais. Referido alicerce será necessário para indagações e considerações futuras.

1.1.1 Período da vingança

Nesse período, descumpridas as regras, mais especificadamente, cometido um crime, ocorria a reação da vítima e, também, de todos do grupo.

No contexto da vingança privada observava-se o ofendido guerreando com seu ofensor, e impondo a ele o castigo que desejava ou, até mesmo e de forma extrema, eliminando a vida do transgressor ou abolindo esse do grupo.

A pena nada mais era do que vingança à agressão sofrida e, em geral, desproporcional a ofensa, ignorando-se por completo o senso de justiça e tampouco se avaliava a proporcionalidade do castigo.

Era uma forma primitiva do Direito Penal, pois ocorria uma verdadeira luta entre os envolvidos e imperava a lei do mais forte sem nenhuma preocupação em se fazer justiça. Aliás, embora essa – justiça – seja o alvo principal do que chamamos de Direito, esse, no seu momento embrionário, ignora seu fim principal.

Vale destacar, que era comum o duelo entre membros de grupos diferentes ou entre membros do mesmo grupo.

Neste período, e como já mencionado, não havia uma preocupação com a proporcionalidade da pena imposta ao ofensor, o que acabava ocasionando o enfraquecimento, ou até mesmo o extermínio, de muitos grupos devido aos duelos acirrados com vingança arbitrária e desproporcional.

A partir desse momento, por volta do século XXIII a.C, com destaque ao Código de Hamurabi, surge a pena de talião, um avanço na história da pena, que viria a estabelecer uma proporcionalidade, mas ainda com muita crueldade, entre a ofensa praticada e o castigo que seria imposto.

Segundo a pena de talião, sistema punitivo, o agressor sofreria o mesmo dano que causara a vítima. É dessa ideia que se extrai a afirmação ‘olho por olho, dente por dente e sangue por sangue’.

Entretanto, percebe-se, ainda que não se idealizava a pena com caráter mais humanitário e ressocializador.

Posteriormente, com a influência da religião na vida dos povos antigos surge a fase da vingança divina, ou seja, o mesmo pano de fundo – vingança –, mas com um novo fundamento: a religião.

Os povos antigos não conheciam leis escritas e as leis costumeiras eram passadas de pai para filho em forma de oração, e assim foi se consolidando a correlação entre a ideia de que a única lei conhecida e aceita era a religião.

A religiosidade predominou nesse período o que fez com que o Direito desses povos tivesse por base a religião e, também, o próprio Direito Penal.

Dessa forma, para o Direito Penal dos povos antigos, eram considerados delitos aqueles praticados contra a religião, ou seja, de natureza social.

Sendo assim, os crimes contra os deuses configuravam verdadeiras ofensas contra a sociedade.

A repressão dos crimes consistia em aplicação de penas cruéis e desumanas pelos sacerdotes e deveriam agradar aos deuses.

A respeito desse assunto destaca Noronha (1998, p. 21)

É direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais Códigos é o da Índia, de Manu (Mânava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos sudras, que nada valiam.

Portanto, a religião foi a característica do Direito dos povos desse período o que fazia com que a pena tivesse uma origem sagrada.

Apenas como um rodapé mental, atualmente atitudes terroristas são praticadas com pano de fundo religioso. Atos inimagináveis são fundados em purificação e crenças religiosas que ultrapassam o mais alto grau de fanatismo.

Por fim, com a evolução da organização social surge a fase da vingança pública.

A pena passa a ser mais dirigida, deixando de lado critérios irracionais do período da vingança divina.

Citado período deu maior segurança ao Estado, este ainda arcaico, protegendo o soberano da época. Todavia, as penas aplicadas ainda eram bem cruéis, embora, anotando como uma evolução, o Estado passa a ser o detentor exclusivo do direito de punir, ou seja, esse passa a ser a divindade do momento. Neste sentido leciona Isherhard. (2005, p. 33)

A transformação acontecida na pena foi a passagem de um período nitidamente religioso, em que se punia em nome de uma divindade sobrenatural, para um período eminentemente público, surgido com a instauração do direito escrito, onde a pena passa a ser codificada, havendo um sensível fortalecimento do vínculo jurídico e procedendo-se a inflicção do castigo em nome de outra divindade inaugurada, chamada Estado.

Nesta fase ainda havia uma mistura das ideias de punição e religião. Como afirmamos, as penas ainda eram bem cruéis (mutilações e penas capitais) e os soberanos – deuses do momento – executavam-nas em público como forma de demonstrarem seu poder absoluto.

Ao passar por um processo de evolução, a pena se desvinculou do caráter religioso e provocou a transformação da responsabilidade social, atribuída ao grupo, em responsabilidade individual, ou seja, do próprio autor do fato, o que contribuiu para o início da humanização das penas.

1.1.2 Período humanitário

O século XVIII é conhecido como Século das Luzes ou Iluminismo, período este representado por Voltaire, Montesquieu e Rousseau que combatiam os abusos da legislação penal da época e propunham a individualização da pena e a proporcionalidade da mesma.

As ideias dos pensadores supracitados visavam resgatar a dignidade humana defendendo um direito inerente a própria natureza humana chamado de jusnaturalismo.

O destaque desse período foi Beccaria que publicou um livro chamado ‘Dos delitos e das penas’ que se caracterizou pela sua reação liberal ao sistema penal desumano vigente na época.

Em sua obra – Beccaria – defendia o princípio da legalidade e da presunção da inocência além da preocupação com a recuperação do condenado.

Desse modo, a ação do poder público somente estaria legitimada caso houvesse uma lesão considerável ao bem jurídico tutelado.

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, e necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcionais aos delitos e ditadas pelas leis. (BECCARIA, 2000, p. 139)

Assim, o autor supracitado trouxe, já naquela época, um dos principais princípios do Direito Penal, aliás, do próprio Direito: o princípio da proporcionalidade; a pena, para ser imposta, precisa ser necessária e, também, proporcional ao mal causado.

Beccaria, discípulo de Rousseau e Montesquieu, afirmava que somente as leis podiam cominar penas e só o legislador poderia elaborá-las. Para ele, as leis deveriam ser claras e a interpretação das mesmas, pelos juízes, seriam um dos motivos para as injustiças da época.

Era a favor da publicidade dos julgamentos, era contrário a pena de morte e favorável a prisão perpétua e pregava a proporcionalidade entre pena a ser aplicada e o delito cometido.

Assim, deixava claro ideias incipientes de que as penas não deveriam ser aplicadas de forma desmedida, mas sim proporcional ao delito e como medida de justiça.

Embora a formação do Estado não estivesse totalmente sedimentada Beccaria trouxe um princípio que é, até hoje, senão o mais importante, um dos principais em termos de direito fundamental: Princípio do Estado de Direito, isto é, Princípio da Legalidade, da necessidade, imperiosa, da submissão à Lei.

O autor em comento chamou a atenção para a necessidade – para que haja um mínimo de justiça – ao respeito da legalidade. Assim, não há sociedade que sobreviva, não há Estado que se sustente, não haverá justiça, se não houver Estado de Direito, se não houver respeito à lei, se não houver subordinação ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, não podemos adotar o discurso Laxista, o qual afirma que o criminoso é vítima da sociedade, não havendo legitimidade moral na punição. Se de fato fosse, todas as condutas teriam justificativas socioeconômicas, tornando a vida em sociedade caótica. Nessa seara:

Neste diapasão, a mudança de mentalidade pela busca de uma fundamentação do direito de punir e pela legitimação das penas impulsionou uma nova dogmática penal originando concepções que se estruturaram em correntes de pensamentos denominadas escolas penais.

Cada escola adotou diferentes métodos e abordagens para o conhecimento e orientações na elaboração da disciplina de Direito Penal.

Será abordado, a seguir, pelas referidas Escolas, sem nos aprofundarmos, é claro, apenas com um intuito interpretativo e evolutivo do Direito Penal.

1.1.3 Escola Clássica

As ideias fundamentais do Iluminismo serviram de fundamento para a Escola Clássica que representava doutrinadores da época que defendiam a humanização da ciência penal.

Trata-se de uma doutrina de cunho liberal e humanitário, que defendia os direitos individuais e o princípio da reserva legal.

É possível, sem medo do equívoco, mais uma vez, afirmar a importância das ideias de Beccaria.

Não há dúvida que os pensadores desta Escola foram, inteligentemente, inspirados pelos seus ideais, entre outros, pelo princípio da legalidade e a proporcionalidade das penas.

Assim, esta escola foi um marco para a evolução do direito penal defendendo o indivíduo do arbítrio penal, ou seja, neste período começa a existir uma proteção ao indivíduo, ao agente, este, embora criminoso, precisa ter um mínimo de garantias fundamentais preservadas, notadamente o princípio da legalidade e a limitação contra o abuso e excesso de poder representado, antes, pela vingança privada e, posteriormente, pelo próprio Estado.

No que tange a origem da Escola em comento, citamos Marques (1997, p. 105)

Uma 'Escola Clássica', organizada como tal, jamais existiu. Esta denominação, aliás, surgiu com Ferri e foi adotada, inicialmente, pelos adeptos do positivismo, com intuito eminentemente pejorativo, no sentido de algo antigo, ultrapassado, para indicar os seus opositores e formuladores da doutrina penal anterior.

Também sobre a origem da Escola Clássica assim ensina Bettiol (1977, p. 18 apud PRADO, 2005, p. 84)

Tem origem na filosofia grega antiga, que sustentava ser o Direito afirmação da justiça, no contratualismo e, sobretudo no jusnaturalismo. Os sistemas contratual e natural estão acordes na necessidade de considerar o Direito Penal não tanto em função do Estado, quanto em função do indivíduo, que deve ser garantido contra toda intervenção estatal não predisposta pela lei e, conseqüentemente, contra toda limitação arbitrária da liberdade, exigência que hoje dispensa maiores comentários e explicações, mas que se apresentava como uma conquista capital em relação ao Estado absoluto até então dominante'.

Prado nos traz os dois principais pilares da Escola Clássica: proibição da intervenção Estatal não predisposta em lei (com certeza tendo como fonte Beccaria) e garantia contra a limitação da liberdade arbitrária.

Supracitados alicerces foram, são e serão, um dos principais pontos do Direito Penal, senão dizer do Direito como um todo.

Diga-se, ademais, que, aludidas colunas do Direito Penal foram transcritas no artigo 1º, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro): “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

E, posteriormente, e elevando sua importância, disciplinado na própria Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXXIX, ganhando status de cláusula pétrea.

Pois, bem, os clássicos acreditavam na vontade livre do indivíduo sendo que o mesmo podia escolher entre violar ou não a norma penal.

O repúdio à responsabilidade objetiva também é algo a se destacar na escola ora comentada.

O agente tem o livre arbítrio entre violar ou não as regras de conduta, se as violar será, inevitavelmente, responsabilizado, porém, esta sanção só poderá ser aplicada se houver culpa ou dolo, ou seja, não há que se falar em responsabilidade objetiva no âmbito penal.

Cabe ressaltar, proibição até hoje adotada como um dos pilares do Direito Penal mundial.

Quanto à responsabilidade assim ensina Leal (1998, p. 73)

Se o crime é ato de vontade livre, a responsabilidade é moral ou pessoal. O infrator que tem a liberdade de escolha, deve assumir o ônus da responsabilidade por sua conduta delituosa. Sendo o crime ato voluntário, não há que se falar em responsabilidade objetiva. A responsabilidade individual somente é admissível quando o ato criminoso é praticado voluntariamente. A responsabilidade moral impõe definitivamente o conceito de culpa subjetiva no âmbito do Direito Penal moderno.

Na escola clássica identifica-se um método dedutivo, onde o crime é um fato que viola a tutela do Estado e a pena é tida como meio para a proteção dos bens jurídicos tutelados penalmente. Portanto, a pena seria uma forma de retribuição pela culpabilidade do infrator.

Assim, crime e pena, segundo a Escola Clássica, caminham juntos, mas possuem objetivos diferentes.

Crime é, antes de tudo, um fato social que, por violar regras jurídicas de convivência, torna-se um fato jurídico, mais precisamente um fato jurídico penal; fato este que viola as regras de proteção, da sociedade e, notadamente do Estado.

Pena, por sua vez, é, substancialmente, uma ameaça, uma forma de proteção aos bens jurídicos, no caso do Direito Penal, bens jurídicos fundamentais.

Todavia, ressalta-se, pena também é a consequência do crime, isto é, a retribuição da conduta criminosa imposta ao agente.

Assim sendo, podemos resumidamente concluir: disciplinamos os crimes, pois sabemos que, infelizmente, estes são um fato social; caso o indivíduo, voluntariamente – dolo ou culpa – viole estas regras de conduta, nascerá um fato novo, agora jurídico, que lhe trará, inevitavelmente, consequências, sobretudo, a pena, retribuição a sua conduta penalmente relevante; esta – pena – antes uma ameaça, uma forma de controle social, agora, com a violação da regra, passa a ser uma consequência do crime, um castigo, buscando a retribuição e, quiçá, a ressocialização do infrator.

Na visão de Leal (1998, p. 73) destacam-se algumas características nessa escola

Do ponto de vista jusfilosófico, a Escola Clássica caracterizou-se por um posicionamento bem definido acerca de algumas questões fundamentais do Direito Penal: conceito de crime, exercício do poder punitivo, responsabilidade criminal e fundamento da pena.

Assim, podemos considerar que para essa escola como o ser humano era dotado de razão caberia a ele escolher ser criminoso ou não. E, na busca de combater o crime e manter a ordem social o Estado se empenharia para acabar com a criminalidade.

Ainda na escola clássica, é possível citar duas teorias que, ainda que contrapostas, contribuíram para o entendimento do verdadeiro sentido da aplicação da pena.

A primeira, denominada teoria da retribuição, tem como destaque Francesco Carrara¹, que dotado de uma lógica jurídica, expôs seu programa e sistematizou suas ideias de uma forma que se tornou um dos maiores penalistas da época.

¹ Francesco Carrara autor do monumental Programa Del corso di diretto criminale (1859).

Conforme leciona Bittencourt (2004, p. 55) “Para o mestre de Pisa, o crime era composto de uma força física e uma força moral, o que corresponderia, em termos atuais, ao elemento objetivo e ao elemento subjetivo”.

Na visão de Noronha (1998, p. 31) ao mencionar a ideias expostas nas obras de Carrara, relata que

Em suas obras, defende a concepção do delito como um ente jurídico, constituído por duas forças: a física e a moral; a primeira é o movimento corpóreo e o dano causado pelo crime; a segunda é a vontade livre e consciente do delincente.

Dessa forma, para Carrara e para todos os integrantes da escola clássica o delito era apenas a contradição a norma imposta pelo Estado, que resultava da conduta positiva ou negativo do indivíduo sendo ainda um fenômeno danoso a segurança dos cidadãos.

Em relação ao conceito jurídico do delito, leciona Martins (1974, p. 51)

No conceito jurídico de delito, encontra-se a fórmula a que aludia Carrara, aquela que seria capaz de conter em si mesma a força motriz de todos os preceitos, a verdade reguladora de toda ciência e o germe da solução de todos os problemas que o criminalista deve estudar. A essência do delito reside na violação de um direito. A sua noção independe tanto de critérios de utilidade política quanto de critérios inspirados em motivos religiosos, que Carrara denominou de manifestações de puro ascetismo. O seu conceito assume um sentido em função dos direitos protegidos pelo sistema jurídico-penal.

Como se percebe, para Carrara, a pena tinha finalidade iminentemente retributiva, com o intuito de impor um castigo ao criminoso.

Aliás, para o autor, a pena não tinha uma finalidade em si, era apenas a retribuição a uma infração cometida, ou seja, a pena é um mal como consequência, pelo mal da ação.

Em síntese, Carrara (apud BITENCOURT, 2004, p. 55-56) enunciava os princípios fundamentais de sua escola, como sendo os seguintes

1) crime é um ente jurídico – buscando encontrar uma fórmula para sintetizar o seu pensamento, afirmou que o crime não é um ente de fato, é um ente jurídico; não é uma ação, é uma infração. É ‘um ente jurídico, porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito. Mas o direito é congênito ao homem, porque foi dado por Deus à humanidade desde a sua criação, para que

aquela pudesse cumprir seus deveres na vida terrena; 2) livre-arbítrio como fundamento da punibilidade. A responsabilidade penal somente é admissível quando estiver embasada no livre-arbítrio, na culpa moral do cidadão. É indispensável a presença de uma vontade livre e consciente orientando a realização da conduta; 3) a pena como meio de tutela jurídica e retribuição da culpa moral. O primeiro objetivo da pena é a restauração da ordem externa da sociedade, que foi violada pelo crime, produto de uma vontade livre e consciente. E, como o crime tem sua essência na violação do direito, a sua repressão também, surgindo do direito, deverá ter como razão fundamental a tutela jurídica ou defesa do direito; 4) princípio da reserva legal. Como a função da lei é tutelar bens jurídicos selecionados pela sociedade, quem infringe a tutela social infringirá, claro, também a lei. Mas uma ação converte-se em crime somente quando se choca com uma lei.

De outro lado, verificam-se os seguidores da segunda teoria, a chamada teoria da prevenção, que sob a liderança de Beccaria, entendia que a pena deveria ter um fim de prevenção geral dos crimes.

Ainda, defendiam a soberania da lei, limitando os poderes dos juízes que apenas seriam meros executores das mesmas, ou seja, limitando seus poderes interpretativos, em outras palavras, deixando os aplicadores do direito engessados nos mandamentos legais, sem nenhuma margem de flexibilização na sua atividade interpretativa de criar o direito vivo.

Assim, conjugando essas duas teorias, os estudiosos clássicos dessa escola que, sob a orientação de Carrara, iniciaram um estudo analítico do crime, com a distinção de seus vários componentes.

E, ressalta-se, foi a partir desse estudo que começou a construção da Teoria Geral do delito, enfocando a vontade culpável.

Os clássicos afirmavam que a pena era uma medida repressiva que se aplicava ao autor de um delito que tivesse agido segundo sua vontade e entendimento.

Portanto, agora juntando as duas teorias supracitadas, era retributiva e deveria servir também de coação moral para deter possíveis infratores da lei, ou seja, em um primeiro momento deveria ser uma ameaça capaz de prevenir – caráter preventivo – caso está ameaça não fosse suficiente, isto é, caso o indivíduo violasse as regras, a pena passaria, agora sim, ter seu caráter retributivo.

Por fim, entendiam os seguidores dessa escola que o direito penal estava limitado entre a imputabilidade e a pena retributiva, com a culpa sendo fundamento básico (não à responsabilidade penal objetiva).

1.1.4 Escola positiva

No final do século XIX, o liberalismo exagerado no campo político e econômico vinha dominando a sociedade da época.

Devido ao capitalismo ilimitado as sociedades da Europa viveram uma situação social e jurídica desumana.

Com o passar do tempo as ideias iluministas foram sendo substituídas pela ciência, e assim para todos os fenômenos tinha uma explicação científica, inclusive para o crime.

Uma característica desse período, conhecido como científico ou criminológico, era a busca pelos motivos que levam o ser humano a delinquir.

Nesse contexto surge a Escola Positiva ou Positivista, fruto do desenvolvimento das ciências sociais.

Essa escola passou a enfatizar a necessidade de defender a sociedade da ação dos criminosos, priorizando os interesses sociais.

Assim, aproxima-se a ciência do Direito, especialmente o Direito Penal, das ciências sociais, sobretudo, a sociologia, antropologia, criminologia entre outras.

Os maiores expoentes desse período foram Cesar Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo.

Neste diapasão

A orientação positivista – de caráter unitário e cosmopolista – apresenta três grandes fases, tendo cada qual um aspecto predominante e um expoente máximo. São elas: a) fase antropológica: Cesar Lombroso (*L'uomo delinquente*, 1876); (fase sociológica: Enrico Ferri (*Sociologia criminale*, 1892); e c) fase jurídica: Rafael Garofalo (*Criminologia*, 1885). (PRADO, 2005, p. 86)

O fundador da Escola positivista biológica foi Cesare Lombroso que parte da ideia da existência de um criminoso nato, com anomalias próprias.

Assim, Lombroso estudava o delinquente do ponto de vista biológico. Para ele, certos indivíduos, devido a uma regressão semelhante aos seus antepassados, nascem criminosos, e outros, por sua vez, nascem loucos ou doentes.

O autor citado caracterizava o criminoso dotado de uma insensibilidade física e psíquica.

Cesar Lombroso, ainda, fundou a Antropologia Criminal na tentativa de explicar o comportamento antissocial do criminoso.

Os estudos de Lombroso sobre as causas biopsíquicas do crime contribuíram decisivamente no desenvolvimento da sociologia criminal, destacando os fatores antropológicos. Com isso iniciaram-se estudos diferentes sobre as causas do delito, transformando, inclusive, os conceitos tradicionais sobre a pena privativa de liberdade. Uma das contribuições mais importantes dos estudos de Lombroso – além da teoria do criminoso nato – foi trazer para as ciências criminais a observação do delinquente através do estudo indutivo-experimental. (BITENCOURT, 2004, p. 61)

Ademais (continuando nos pensamentos de Lombroso), traz a necessidade da interdisciplinaridade, ou seja, a ciência do Direito não pode e não deve ser estudada isoladamente. O crime não é um fato isolado.

Para entendermos o crime é necessário interpretarmos, também, o contexto social em que este foi praticado e, sobretudo, entender, através da antropologia, a natureza do criminoso. Sendo que, segundo o autor, existem sujeitos que são criminosos natos e estes possuem características marcantes.

Posteriormente, na fase sociológica, Enrico Ferri promoveu uma expansão dos três fatores influenciadores da ocorrência do delito, quais sejam, antropológicos, sociais e físicos e assim consolidou o nascimento definitivo da Sociologia Criminal.

Em sua teoria sustentou a inexistência do livre-arbítrio, onde a pena não se impunha pela capacidade de autodeterminação da pessoa, mas pelo fato de ser um membro da sociedade.

Ferri assumiu uma postura diferente em relação à recuperação do criminoso, pois acreditava na ressocialização da maioria dos delinquentes. Em síntese, se afirma que foi Ferri a diretriz sociológica no âmbito da política criminal da época.

Em seguida, na fase jurídica do positivismo, destaca-se Rafael Garofalo², precursor da antropologia e da sociologia no direito penal.

Na visão de Garofalo o homem era dotado de dois sentimentos, piedade e justiça e que o delito era uma lesão a esses sentimentos.

Como ocorre com todos os demais autores positivistas, deixa transparecer em sua obra a influência do darwinismo e das ideias de

² GAROFALO, Rafael. Criminologia: estudo de crime, suas causas e a teoria da repressão, 1885.

Herbert Spencer. Conseguiu, na verdade, dar uma sistematização jurídica à Escola Positiva, estabelecendo, basicamente, os seguintes princípios: a) a periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente; b) prevenção especial como fim da pena, que, aliás, é uma característica comum da corrente positivista; c) fundamentou o direito de punir sobre a teoria da Defesa Social, deixando, por isso, em segundo plano os objetivos reabilitadores; d) formulou uma definição sociológica do crime natural, uma vez que pretendia superar a noção jurídica. (BITENCOURT, 2004, p. 61)

Garofalo, embora radical em alguns dos seus pensamentos, trouxe contribuições significativas para a Escola Positiva, pois procurou modificar o sistema normativo de forma que as leis pudessem auxiliar efetivamente os juízes diante dos novos delitos que ocorriam advindos da evolução da sociedade.

Assim, conforme a periculosidade do delinquente maior deveria ser a responsabilização e, portanto, maior seria sua pena. Interessante que esta concepção é hoje adotada para os inimputáveis na responsabilização pela medida de segurança.

O autor, baseado no darwinismo social, não acreditava na readaptação do criminoso, pois entendia que o delinquente não era um ser normal e, inclusive, deixava evidente seu radicalismo ao se mostrar favorável a pena de morte. Portanto, a pena não tinha nenhuma função de reabilitação, era apenas uma ameaça como finalidade de prevenção e defesa social.

De todo o exposto, nota-se que para os positivistas o livre-arbítrio era uma atitude anticientífica, pois, se para tudo tinha uma explicação científica era inadmissível o crime resultar da vontade livre do homem, pois esta atitude, aparentemente, não tinha explicação.

No que tange a responsabilidade criminal defendiam os positivistas que se não havia liberdade do indivíduo para cometer um crime não haveria responsabilidade individual, mas sim responsabilidade social. A lei iria atribuir responsabilidade ao indivíduo.

Cabe ressaltar que, foi através dessa escola que surge a ideia de medida de segurança em substituição a pena criminal. Tal ideia se justifica devido à inexistência, para os positivistas, da culpabilidade, tendo em vista que excluíram a hipótese do delinquente cometer o crime por sua livre vontade.

Assim, tornou-se necessário uma medida de segurança que defendesse o grupo social e ao mesmo tempo recuperasse o delinquente.

A Escola Positivista teve grande repercussão e trouxe muitas contribuições para a ciência penal, sendo interessante destacar, entre outras, o nascimento da criminologia, uma melhor individualização da pena, conceito de periculosidade etc..

Por sua vez, os positivistas tentaram acreditar na possibilidade de se descobrir uma causa biológica para o fenômeno criminal.

E, também, num primeiro momento, os positivistas confundiram os campos do Direito Penal, da Política Criminal e da Criminologia, deixando de lado o aspecto jurídico e dando espaço apenas para aspectos antropológicos e sociológicos do crime. Entretanto, aos poucos os positivistas criaram espaço para essas disciplinas ficarem autônomas.

1.1.5 Escola crítica

Nessa escola reuniram-se penalistas com novas ideias, porém evitavam uma ruptura com as escolas anteriores, procurando a convivência com as mesmas.

Integram essa escola Manuel Carnevale, Bernardino Alimena e João Impallomeni.

Nas ideias apresentadas pelos seus representantes, em especial por Alimena, percebe-se que defendia que o fim da pena era a defesa social, ou seja, era permitido à sociedade apenas defender-se, dentro dos limites, sem o direito de impor a pena.

Observa-se que referida escola acolheu o princípio da responsabilidade moral, atribuindo a pena a função de coagir psicologicamente, ligada a ideia de moralmente e pedagogicamente evitar o crime.

Atrelado a esse pensamento, substitui o livre-arbítrio pelo determinismo psicológico, onde o que passou a ter importância não era o ato volitivo do agente, mas sim o efeito que as emoções e os sentimentos provocavam em cada um ao visualizarem moralmente que a pena era um instrumento que coagia psicologicamente e, assim, incutia em cada membro da sociedade o pensamento que deveriam enxergá-la como meio preventivo do crime.

Embora as escolas penais supracitadas pareçam, equivocadamente diga-se, não ter correlação direta com o presente trabalho, a próxima escola é evidente a importância e nexos com o presente estudo.

1.1.6 Escola moderna alemã

Ao se mencionar a Escola Moderna Alemã, a mais importante das escolas ecléticas, é imprescindível destacar a contribuição do Franz Von Liszt.

Em 1882, Von Liszt trouxe inúmeras ideias na reforma do direito penal, com mudanças na política criminal e, especialmente, revolucionando o direito penal positivo.

Com notável experiência promoveu a reestruturação da disciplina direito penal, e passou a admitir a fusão, hoje necessária e inevitável, com a Criminologia e a Política Criminal.

Com base na ideia originária do positivismo, Von Liszt incrementou esse pensamento e pregava, principalmente, dois pontos fundamentais na seara penal.

Primeiro este ramo do direito devia se orientar pelo fim a que se destina, ou seja, a finalidade do Direito Penal deve ser construída antes mesmo da construção do próprio Direito. Não há como estudarmos, ou mesmo que edificarmos o Direito Penal, sem antes sabermos qual é sua finalidade, ou talvez, quais são suas finalidades.

Segundo, a pena justa era aquela que era necessária, isto é, se a não há necessidade de pena, não a que se falar em necessidade de Direito Penal.

A partir daí iniciou a reforma do sistema penal alemão.

Assim – e este ponto é essencial para o núcleo do presente trabalho –, é necessário, antes de qualquer coisa, fazer a seguinte pergunta: qual é a finalidade do Direito Penal? Para que serve este ramo do Direito? A resposta a este questão trouxe consequências importantes no pensamento da Escola Alemã e, frisa-se, trará consequências não menos fundamentais na base deste singelo estudo.

Sem nos olvidar, por óbvio, da segunda, e não menos importante consideração de Liszt: a pena somente será justa, quando ela for necessária. Talvez, precipitadamente, podemos fazer o seguinte raciocínio: só há direito penal quando há ameaça de pena, portanto, se essa última não é necessária, será que o Direito Penal, neste caso, também não seria prescindível?

Trata-se, evidentemente, de apenas uma provocação (com a sua devida localização evolutiva) que será, por certo, tratada com mais vagar em momento oportuno.

Prosseguindo no caminhar, superficial evidentemente, pela Escola Alemã, citado autor substituiu a normalidade, que deveria conduzir o indivíduo, pelo livre-arbítrio.

Considerava, sem dúvida, em relação à pena, sua finalidade retributiva, porém dava mais importância para a prevenção especial, ou seja, a ameaça era muito mais importante que a consequência.

Ainda, incluiu nas ciências penais a Criminologia e a Penologia (criada por ele). A primeira explicaria as causas do delito e a segunda as causas e efeitos da pena

Assim leciona Bitencourt (2004, p. 67) ao destacar os avanços dessa escola

Enfim, as principais características da moderna escola alemã podem ser sintetizadas nas seguintes: a) adoção do método lógico-abstrato e indutivo-experimental – o primeiro para o direito penal e o segundo para as demais ciências criminais. Prega a necessidade de distinguir o Direito Penal das demais ciências criminais, tais como a Criminologia, Sociologia, etc.; b) distinção entre imputáveis e imputáveis – o fundamento dessa distinção, contudo, não é o livre-arbítrio, mas a normalidade de determinação do indivíduo. Para o imputável a resposta penal é a pena, e para o perigoso, a medida de segurança, consagrando o chamado duplo-binário; c) o crime é concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico – embora considere o crime um fato jurídico, não desconhece que, ao mesmo tempo, é um fenômeno humano e social, constituindo uma realidade fenomênica; d) função finalística da pena – a sanção retributiva dos clássicos é substituída pela pena finalística, devendo ajustar-se à própria natureza do delinquente. Mesmo sem perder o caráter retributivo, prioriza a finalidade preventiva, particularmente a prevenção especial; e) eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração – representa o início da busca incessante de alternativas às penas privativas de liberdade de curta duração, começando efetivamente a desenvolver uma verdadeira política criminal liberal.

Cabe ressaltar, sobretudo, o último pensamento supramencionado – “eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração” – assim sendo, não é, apenas, o desenvolvimento da política criminal liberal, mas, a busca por alternativas de punição e, quem sabe, já neste momento, um embrião do Direito Penal de Intervenção Mínima, ou seja, a necessidade de tirar da tutela penal questões que poderiam estar na proteção de outro ramo do direito.

Portanto, se a retribuição – pena – é demasiadamente ínfima, há um indício, ao menos aparente, de uma quase desnecessidade desta reprimenda, será, então que, não sendo a sanção tão necessária, a ponto de ser irrisória, será que o Direito Penal, no caso, é necessário?

Assim, segundo Bitencourt (2004) analisar, preliminarmente, se a pena é necessária, além de trazer uma justificativa para a mesma – pena – trará, evidentemente, um fundamento para o próprio Direito Penal.

Por fim, a escola moderna alemã ficou conhecida como escola de política criminal, com destaque para Adolphe Prins e Von Hammel que juntamente a Von Liszt criaram em 1888 a União Internacional de Direito Penal que perdurou até a Primeira Guerra Mundial que em 1924 passou a ser Associação Internacional de Direito Penal destinada a estudos de temas da ciência penal.

1.1.7 Escola técnico-jurídica

Diante da confusão metodológica criada pelos positivistas, surge com o importante discurso proferido por Arturo Rocco sobre as novas orientações do método de estudo do direito penal, a escola técnico-jurídica.

Rocco, em 1905, na Universidade de Sassari, defendeu que o direito é uma ciência autônoma e que por isso o método que deveria adotar deveria ser o técnico-jurídico com objeto e fins próprios não podendo ser confundida com outras ciências políticas.

Pode-se citar como as principais características da escola Técnico-Jurídica: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação a uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva – deve ser aplicável aos inimputáveis; d) responsabilidade moral (vontade livre); e) método técnico-jurídico; e f) recusa o emprego da filosofia no campo penal. (BITENCOURT, 2004, p. 68)

Por derradeiro, a escola técnico-jurídica foi uma verdadeira mudança metodológica, tendo em vista que aponta o crime como fenômeno jurídico, o verdadeiro objeto do direito penal, distanciando-se dos aspectos antropológico e sociológico do crime apontados pelos positivistas.

Nota-se, já encerrando a curta abordagem a referida Escola, uma necessidade, visível e evidente, em frisar, reforçar o aspecto autônomo da disciplina Penal.

1.1.8 Escola correccionalista

Durante a primeira metade do século XIX, na Alemanha em 1839, com Karl Roder surge a escola correccionalista.

Na Espanha, onde os principais seguidores cultuaram o correccionalismo espanhol, destacam-se Guiner de los Ríos, Alfredo Calderón, Concepción Arenal, Rafael Salillas e Pedro Dorado Montero.

Para muitos autores essa escola inspirou-se na escola clássica.

No entendimento dos estudiosos dessa corrente sua maior característica era focar na correção, buscando a cura do delinquente como fim único da pena.

Para citados pensadores a pena era direcionada para o homem real que foi responsável por determinado crime e não ao homem em abstrato.

Tinha por base uma doutrina cristã e levava em conta a moral e o direito natural.

O delinquente seria um ser diferente e incapaz de viver em sociedade, sendo uma ameaça para o convívio social, não importando sua condição de imputável ou não.

Ademais, referida escola não dava importância ao livre-arbítrio e a sanção penal era vista como um benefício para censurar o criminoso.

Como o delinquente era visto como aquele que tinha uma anomalia de vontade então a pena passava a ter uma função curativa – daí a denominação: correccionalista, de correção – do qual o mesmo tinha o direito de exigir sua execução e não o dever de cumpri-la.

E nesse ínterim, entra o papel do Estado de assistir aqueles incapazes de gerir sua vontade, saneando o meio social e, por fim, cabendo ao juiz o papel de médico popular.

Portanto, o criminoso é um doente e o Estado tem o dever de curá-lo, usando o juiz como um “médico”.

Assim, essa escola caracterizou-se como um movimento idealista que enfocou a moral e o direito natural, onde o mais importante não era a punição do delito, mas a cura do criminoso.

1.1.9 Escola Constitucionalista

Com o advento da Constituição de 1988, os princípios constitucionais oriundos de um Estado Democrático de Direito é que vão orientar desde a elaboração da norma penal até a sua eficácia e aplicação no mundo jurídico.

Considerando que o Direito Penal é um meio de controle social através do qual o Estado exerce o seu poder de punir, é inevitável que através desses meios coativos ocorram ameaças a direitos fundamentais das pessoas.

Como se pode perceber neste tópico desse trabalho relacionado às escolas penais clássicas houve, em regra (talvez, frisa-se, Beccaria seja a principal exceção de discernimento, com um pensamento a frente do seu tempo) e, durante toda a evolução do Direito Penal, um arbitrário poder de punir do Estado, que provocou sérias lesões a direitos fundamentais dos indivíduos.

Diante desse fato, surge com a proclamação da Constituição de 1988, uma nova concepção de Política criminal que será constitucional e irá limitar e balizar o poder punitivo do Estado.

Nesse sentido observa Gomes (2003, p. 33)

Em outras palavras, o que se impõe hoje é conceber a Política criminal como Política criminal constitucional e o Direito penal como Direito penal constitucional. Por quê? Porque a Constituição traça (explícita ou implicitamente) os limites do poder punitivo, sobretudo por meio dos princípios informadores da política e do Direito criminal.

Assim, surge a escola constitucionalista com o objetivo de proporcionar a elaboração e a interpretação da norma penal em conjunto com os princípios constitucionais no Direito Penal.

Portanto, referida Escola usa o Direito Constitucional – através dos seus princípios fundamentais penais – como uma espécie de ponte, ou seja, depois de responder qual a finalidade do Direito Penal e, sobretudo, depois de ter certeza que este mesmo direito é necessário, utiliza-se dos Princípios Constitucionais, notadamente os voltados para o Direito Penal, para construção e interpretação deste.

Dentre os princípios que merecem especial atenção e que deverão ser considerados pelo legislador, quando da elaboração da norma penal, e pelo juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto citam-se o princípio da dignidade da pessoa humana,

princípio da legalidade, princípio da lesividade, princípio da insignificância, princípio da humanidade, princípio da adequação social e princípio da proporcionalidade, que serão analisados no segundo capítulo desse trabalho.

A necessidade de usar esses princípios como norteadores da nova tendência do Direito Penal é com o intuito de que as normas penais sejam elaboradas, interpretadas e aplicadas de acordo com a Constituição, ou seja, parte-se desta – Lei Maior – para a construção de um Direito Penal material, estático e, notadamente para a criação de um Direito Penal vivo, a norma penal propriamente dita, ou seja, o Direito Penal do caso concreto.

Isso sem falarmos na possibilidade e necessidade, porque não, de utilizarmos supracitados princípios no Direito Penal instrumental, ou seja, no Processo Penal, sobretudo, o princípio da razoabilidade.

Sendo assim, seguindo esta nova tendência do Direito Penal, é inconcebível entender e interpretar formalisticamente o delito, ou seja, editando-se excessivamente normas penais incriminadoras e impondo penas a todos os delitos sem considerar se o mesmo merece destaque no âmbito penal.

A edição de inúmeras normas penais conjugada com penas cada vez mais severas, sem nenhum filtro, atende apenas um clamor momentâneo da sociedade, mas com efeitos futuros catastróficos.

A partir dessa teoria constitucionalista a pena já não seria aplicada de forma direta sem considerar as garantias constitucionais que permeiam essa órbita penal.

É notório que ao considerarmos os princípios constitucionais tanto na elaboração das leis como na aplicação das penas para solucionar um conflito, outros meios de solução de conflitos começam a aparecer. E, a partir daí, é que começa a surgir uma tendência minimalista da política criminal, ou seja, referidos princípios além de servir de “ponte” na construção de um Direito Penal mais proporcional, serve também como filtro na sua edificação.

Ressalta-se, que essa proposta minimalista tem origem no Direito Penal Mínimo e que, apesar de ainda encontrar resistência entre os operadores do direito, é o caminho que se abre para essa nova realidade de uma sociedade sedenta de maior garantia de seus direitos fundamentais.

Indubitavelmente, não haverá, apenas, uma redução da área de atuação do Direito Penal, e sim, e também, ocorrerá uma flexibilização do formalismo penal, ou seja, deixariam de existir postulados fechados para a resolução de conflitos, e

passaria a admitir meios já existentes em outras esferas do Direito para que possam também atuar orientados pelos princípios constitucionais fundamentais.

Sem falar na possibilidade, aliás, na necessidade de Descriminalização, sobretudo através da utilização dos Princípios da adequação social e insignificância.

Assim, há dois alvos evidentes nesta nova e importante Escola, que tem como seu principal defensor no Brasil o jurista Luiz Flávio Gomes: primeiro, há outros ramos do Direito que, também, podem tutelar bens (tão ou com mais eficiência) que outrora são tutelados pelo Direito Penal; segundo, juiz bom é legalista, constitucionalista e “amante” dos princípios fundamentais.

Essa proposta do Direito Penal Mínimo, oriunda da teoria constitucionalista que enaltece os princípios constitucionais e que atribui a eles seu verdadeiro papel de garantidores de um Estado democrático de direito será aprofundada no terceiro capítulo desse trabalho.

Assim, no núcleo do presente trabalho pretendemos demonstrar que Direito Penal Mínimo Máximo não é uma contrassenso, pelo contrário é, talvez, a saída para colocarmos o Direito Penal no seu devido lugar.

1.2 Breves apontamentos sobre o Direito Penal no Brasil

É a partir da independência do Brasil que a história do Direito Penal Brasileiro começa a ser escrita, concomitantemente, com a própria história do Brasil.

Os verdadeiros brasileiros – os índios – viveram uma fase de vingança privada e, diga-se, tiveram seus costumes e tradições completamente ignorados pelos colonizadores europeus.

O direito português predominou de forma absoluta, ignorando qualquer preocupação de adaptação de suas normas a realidade socioeconômica e cultural da colônia e pode-se dizer que se apresentou em três fases distintas: período colonial, imperial e republicano.

Na primeira fase – período colonial – podemos citar, entre outras, as Ordenações Afonsinas (1446 a 1521) e Manuelinas (1521 a 1603) que foram pouco utilizadas devido a vida socioeconômica da colônia ser iniciante.

Como se verifica ao longo da história da evolução da legislação penal foram as Ordenações Filipinas (1603 a 1830) que mereceram maior destaque.

No período colonial, as Ordenações Filipinas, também integrantes do período colonial, promulgadas em 1603 pelo rei espanhol Felipe II, foram aplicadas por mais de dois séculos no Brasil.

Foi neste período que as colônias se desenvolveram economicamente e surgiram os primeiros centros urbanos.

Referidas Ordenações em comento era o código penal da época, pois continham normas penais que previam os crimes e fixavam penas cruéis impondo ao infrator castigos e ao mesmo tempo intimidando os demais indivíduos.

Referidas ordenações vigoraram até 1830 quando surgiu o primeiro código criminal.

Posteriormente, chegamos ao período imperial e, com ele o Código Penal de 1830.

Com independência do Brasil seguiu-se a dificuldade de substituição de uma legislação pela outra, o que fez com que o imperador da época Pedro I determinasse que as normas jurídicas das ordenações Filipinas continuassem em vigor naquilo que não tivessem sido revogadas por outras leis após a independência.

No que tange ao direito repressivo este somente foi mantido até o advento do Código Criminal.

Com o advento da Constituição de 1824 vieram algumas normas humanizadoras que aboliram as penas cruéis e incorporaram alguns princípios importantes, entre eles: a lei não retroagirá; igualdade de todos perante a lei e nenhuma pena passará da pessoa do condenado etc.

As ideias de democracia latentes mostravam que o povo brasileiro estava carente de uma legislação penal apropriada e assim e finalmente, em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado o Código criminal do império brasileiro.

Em sua obra, Fragoso (2003, p. 72) ensina que

Foi o primeiro CP autônomo da América Latina. Sofreu a influência das idéias que então dominavam na Europa, ou seja, dos princípios liberais do Iluminismo e do utilitarismo, e sobretudo da obra de Bentham, cujas ideias repercutem em várias soluções do Código. As influências legislativas mais importantes foram as do CP francês de 1810, e do Código napolitano de 1819, mas sem ser nosso código realmente obra independente, pode-se dizer que há nele originalidade em algumas disposições, a par de inegável superioridade técnica. Entre as características mais interessantes do Código estão: (a) a exclusão da pena de morte para os crimes políticos; (b) a imprescritibilidade das penas (inspirada no Código

bávaro de 1813); (c) a reparação do dano causado pelo delito, estabelecida pelo próprio juiz criminal (disposição alterada por lei de 03.12.1841, que revogou o art. 31 do Código, transferindo tal indenização para o juízo cível); (d) o ter considerado agravante o ajuste prévio entre duas ou mais pessoas, para a prática do crime; (e) a responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa, antecipando-se a lei belga (20.07.1831), que divulgou o critério, conhecido como sistema belga.

Nota-se, sem sombra de dúvida, alguma evolução, sobretudo, no que se refere à reparação do dano causado pelo delito; a agravante do ajuste prévio para cometer o delito e, especialmente, a responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa.

Todavia, no que refere as penas, ainda havia excesso, consoante leciona Leal (1998, p. 81)

O Código criminal de 1830, como não poderia deixar de ser, filiou-se à Escola Clássica e adotou os princípios da responsabilidade moral e da legalidade e afirmou a crença no livre arbítrio: ‘crime é toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais (art. 2º, § 1º): ‘Não haverá criminoso ou delinquente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar’ (art. 3º). As penas adotadas foram as seguintes: morte na forca (art. 38); galés (art. 44); prisão com trabalho e prisão simples (art. 46 e 47); banimento, degredo (arts. 50 e 52) e multa (art. 55).

Contudo, apesar das ideias da democracia liberal ainda havia uma sociedade com resquícios de escravidão.

Tal situação acabava refletindo no Direito Penal da época que era aplicado de forma diferenciada conforme a classe social a que pertencia determinado indivíduo, ou seja, se era da burguesia, pobre ou escravo. Cabe aqui, desculpem-me, uma pergunta: será que citado resquício da escravidão ainda perdura? Será que apenas não ocorrera uma extensão dos sujeitos a serem discriminados, antes era um “P” só, agora são três “Ps”? Apenas como reflexão.

Assim, em 1888, com a abolição da escravatura, várias disposições do Código foram afetadas o que ensejou uma revisão na legislação penal.

Passamos, então, ao período republicano e o Código Penal de 1890.

Assim, com a proclamação da república, tornou-se necessário a elaboração de um novo sistema jurídico para reger a vida do povo brasileiro.

Áfinal, os elementos republicanos já trazem uma necessidade, ao menos teórica, em abolirmos as tendências do período imperial no direito brasileiro, mais especificamente, no direito penal pátrio.

O código penal de 1890 adotou os pensamentos da Escola Clássica, aboliu a pena de morte e adotou sanções tais como reclusão, prisão com trabalho obrigatório, banimento, interdição, etc..

É imperioso mencionarmos a tendência classista do código penal republicano, rechaçando, de sobremaneira, as ideias consolidadas da escola positiva.

Nota-se que se tratou de um código elaborado sem considerar os avanços doutrinários da escola positiva e demais exemplos dados por códigos estrangeiros.

Portanto, muitas críticas abalaram a sua eficácia e no decorrer dos anos o Código Penal de 1890 sofreu alterações e complementações de leis especiais, o que levou o desembargador Vicente Piragibe a compilar e organizar as diversas leis penais que resultaram na Consolidação da lei penais (Decreto nº 22.213 de 1932).

Pois bem, com o nascimento de um Estado Novo, em 1º de janeiro de 1942 entra em vigor um novo Código Penal, que ainda é nossa legislação penal fundamental.

Sua origem foi no projeto de Alcântara Machado, que representava uma legislação bem eclética, com pensamentos das escolas clássica e positiva.

O projeto foi submetido a uma comissão revisora constituída por renomados juristas que promoveram alterações e transformaram-no no terceiro código penal brasileiro

É importante lembrar, que embora elaborado durante um regime ditatorial (Estado Novo), o código de 1940 incorpora as bases de um direito punitivo democrático e liberal.

Porém, apesar de, em tese democrático, o diploma penal vigente, modificado ou, melhor dizendo, retalhado por inúmeras leis posteriores, encontra-se, sem dúvida desatualizado e, notadamente inchado.

Mudança substancial no Código Penal ora vigente é, sem dúvida, foi com a promulgação da Lei nº 7.209/84

Com a supracitada lei surgiram as primeiras ideias de mínima intervenção do Estado por meio da redução da aplicação de penas privativas de liberdade e substituição das mesmas por medidas alternativas.

Assim, em 27 de novembro de 1980, por meio da portaria nº 1.043 o governo federal nomeou uma comissão presidida por Francisco de Assis Toledo, e integrada por Renê Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Hélio Fonseca, Francisco Serrano Neves e Miguel Reale Junior com o fim de elaborar um anteprojeto da Parte Geral do Código de 1940.

As principais alterações introduzidas pela lei, segundo Martins (1974, p. 173) foram

[...] arrependimento posterior como causa de redução da pena (art. 16); definição dos casos em que a omissão pode ser causa relevante, na hipótese dos crimes omissivos impróprios (art. 13, § 1º); reconhecimento do erro sobre a ilicitude do fato como causa excludente da culpabilidade (art. 21, caput, 2ª hipótese); adoção das penas restritivas de direitos, como substitutivas à pena privativa de liberdade de curta duração (arts. 43 a 48); instituição do sistema do dia-multa, com valores vinculados ao do salário mínimo, para cálculo da pena pecuniária (art. 49 a 52) e, finalmente, a extinção do duplo binário, no caso de medida de segurança que, pela nova lei, somente é aplicável ao inimputável por doença mental (arts. 96 a 99).

Como se percebe, essa lei foi fruto de um moderno pensamento humanista com objetivo de criar novas medidas penais para crimes de pequena relevância, evitando a prisão dos infratores por curto período de tempo.

Portanto, a citada Lei já demonstra uma tendência em evitar penas privativas de liberdade para delitos de menor expressão, buscando, a princípio, causa de redução de pena e, também, penas alternativas.

Trata-se, evidentemente, do primeiro passo para a despenalização e, entendemos, de um singelo aceno para a descriminalização.

CAPÍTULO 2 - DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

2.1 Conceito de princípio

Primeiramente, necessário se faz trazer e analisar, mesmo que superficialmente, o conceito de princípio.

Interessante que, em um primeiro momento, o termo *princípio* nos traz a ideia de início, de começo e, diga-se, referida noção não é errônea, mas seu sentido jurídico vai além deste significado inicial e terminológico.

Segundo Mello (2000, p. 47-48) a definição de princípio seria

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Nota-se, no conceito acima, a importância dos princípios. Se as leis são o corpo de um sistema jurídico como um todo, não seria equívoco dizer que os princípios são a alma deste mesmo sistema.

Princípio guia, esclarece, ilumina, direciona, não só o intérprete no momento, em regra, solitário da criação da norma concreta, mas também o legislador, em regra, coletivamente na elaboração da lei, da regra jurídica abstratamente considerada.

Destarte, não podemos nos olvidar de diferenciarmos os princípios das regras jurídicas, embora, consoante dissemos acima, àqueles servem para elaboração destas.

Ainda, dentro da distinção entre princípios e regras, não poderíamos nos olvidar de citarmos os ensinamentos de Humberto Ávila em sua clássica obra Teoria dos Princípios. Afirma o autor diferenciando regras de princípios

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos os princípios

são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. (ÁVILA, 2012, p. 85)

Nota-se, através dos conceitos supracitados, uma dupla finalidade dos princípios, ou seja, esses atuam prévia e posteriormente na construção do Direito.

Primeiramente, serão utilizados na construção das regras jurídicas, sobretudo, valorando e ligando fato e norma; posteriormente, serão utilizados, também, como forma de interpretação e construção do Direito concreto, ferramentas dos juízes.

Quando o operador do direito está debruçado na arte da hermenêutica jurídica ele deve socorrer-se dos princípios, sobretudo, se sua estrada interpretativa encontra uma bifurcação de valores, uma controvérsia.

Assim, neste diapasão, não lhe resta, em regra, alternativa, senão buscar a solução nos princípios, que sempre serão o melhor caminho.

Deste modo, temos o emissor, isto é, o legislador, com a sua mensagem, ou seja, a lei, as regras jurídicas de convivência social; necessário se faz, quase sempre, uma interpretação da referida mensagem – atividade da hermenêutica –, que utiliza diversos métodos de interpretação para chegar à norma jurídica. Dentre estes métodos, a utilização dos princípios, além de eficaz, traz, sem dúvida, uma norma com mais autoridade jurídica.

Após essa análise de conceito de princípio, passemos aos princípios fundamentais constitucionais que nos propusemos a analisar nesse capítulo.

2.1.1 Princípio da humanidade e princípio da dignidade da pessoa humana

No campo internacional desse princípio observa-se que o mesmo reside na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em relação ao princípio da humanidade no ordenamento jurídico brasileiro esclarece Nucci (2005, p. 43)

Adotou a Constituição Federal o princípio da humanidade das penas, significando que o Estado, através da utilização das regras de Direito Penal, deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção

penal, buscando o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinquiram, até porque uma das finalidades da pena é a sua ressocialização.

Assim, no plano interno, vários são os dispositivos constitucionais que destacam esse princípio sendo possível percebê-lo na vedação constitucional da tortura e do tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa (art. 5º, III), na proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, do banimento e de penas cruéis (art. 5º, XLVII), no respeito e proteção à figura do preso (art. 5º, XLVIII, XLIX e L) e ainda normas disciplinadoras da prisão processual (art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI).

Durante o Iluminismo as penas cruéis que se baseavam na utilização da pena de morte e penas corporais como a tortura, açoites, etc. foram incansavelmente combatidas por seus seguidores liderados por Beccaria.

Após o Iluminismo e a Revolução Francesa começaram a aparecer legislações liberais e as penas corporais passaram a ser substituídas pelas penas privativas de liberdade, incorporando-se ideias humanitárias e constituindo o início de um novo sistema punitivo penal.

Assim, com o processo evolutivo por que tem passado o direito penal a humanização das penas criminais é tema sempre atual e que requer muita atenção. Verifica-se que com essa evolução a pena privativa de liberdade, apesar de presentes pensamentos humanitários, já não atende a ressocialização do delinquente.

Dessa forma, apesar da dificuldade de verificarmos na prática um sistema penitenciário brasileiro mais humanitário é inegável que referido princípio deveria ser observado tanto na pena que restringe a liberdade como naquelas alternativas que vieram a substituir a prisão.

Humanizar a pena, sem dúvida, é trazer, efetivamente, a possibilidade de ressocialização (um dos objetivos da reprimenda penal).

Pena desumana, sistema penitenciário falido, sobretudo, pela lotação, não individualização, adequação, preparação adequada de funcionário etc. traz, com mais certeza ainda, mais e mais crimes.

O cristianismo foi o momento histórico em que um ser humano passou a ser considerado como dotado de valor em si mesmo, possuidor de direitos e, portando, de dignidade.

É sabido que todo ser humano tem uma dignidade humana própria que deve ser reconhecida e não atribuída.

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. (PRADO, 2005, p. 143)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, referido princípio foi expresso no seu art. 1º, III, e é considerado o alicerce, a fonte, o embrião, de onde emanam os demais princípios, sobretudo, os cinco principais: vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança.

É um princípio que garante a defesa da dignidade do ser humano e o protege de ações arbitrárias por parte do Estado.

É, portanto, a base da 1ª geração dos Direitos Fundamentais, dito como a raiz de todos os outros Direitos e Garantias Fundamentais.

Nesse sentido, Bonfim (2004, p. 117) esclarece que “A invocação à dignidade impede a promulgação de leis discriminatórias, que, por exemplo, criem tipos excessivamente abertos ou reservem cominações de penas indeterminadas”.

Esse princípio é um postulado fundamental do Estado de Direito democrático e deve imperar em todo ordenamento jurídico sendo um limite à intervenção jurídica.

Notamos, portanto, uma ligação, intrínseca, entre o princípio em comento – dignidade da pessoa humana – e o próximo – princípio da legalidade –, ambos são âncoras a ânsia do Estado, ou seja, são limitadores de poder, não basta o limite legal, a barreira da lei, essa, também, tem que ser justa, digna.

Todavia, embora o princípio em questão seja, sem dúvida, um dos mais importantes, também, como todos os outros, não é absoluto, isto é, em situações excepcionais, em uma colisão de direitos, ambos fundamentais, pode ser relativizado.

Quanto à ocorrência de colisão de direitos explica o renomado autor

Todavia, poderíamos questionar, por fim: o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto? Tratando da polêmica questão da “colisão de direitos”, responde-o, negativa e superiormente, Pereira de Farias: conquanto seja a dignidade um valor inerente a cada pessoa e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais, o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto no sentido de que prevalecer incondicionalmente sobre os princípios opostos em qualquer situação. Ele está sujeito também à lei de colisão de direitos e, sob determinadas circunstâncias, poderá não prevalecer sobre princípios colidentes. São as condições do caso concreto que irão indicar a precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana. (FARIAS, 1996, p. 52 apud BOMFIM, 2004, p. 64-65)

Assim, é o caso concreto, é o direito “vivo”, o direito como norma jurídica, que irá dizer, fundamentadamente, qual princípio é o mais importante, naquela situação, claro.

Como o próprio nome nos demonstra o alvo, o foco é a pessoa humana, essa é a preocupação principal. Trata-se o ser humano não como objeto ou instrumento de direito, mas sim como sujeito de direito.

Porém, não podemos (infelizmente isto ainda acontece) atrelar o conceito de dignidade ao *status* do ser humano. Todo homem, independentemente da sua posição social, tem direito a uma vida digna, na sua amplitude e, sobretudo, sem preconceitos ou favoritismos.

Ademais, de acordo com os ensinamentos de Kant, esta dignidade da pessoa humana necessita ser vista, isto é imprescindível, em dois aspectos principais: a pessoa individualizada, isto é, sua personalidade e características particulares e, também, a pessoa vista dentro de um ponto de vista coletivo, isto é, a dignidade “das pessoas humanas”.

Por fim, trata-se de um princípio atrelado a ordem jurídica e toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser considerada inconstitucional, sobretudo, reforçando esse entendimento, no aspecto sistemático que o Direito deve ser visto na lei e em seu conteúdo principiológico.

2.1.2 Princípio da legalidade e/ou reserva legal

Tendo em vista a existência do poder punitivo do Estado, reprimindo os delitos e intervindo nos direitos fundamentais da pessoa humana, fez-se necessário

à busca de um princípio que controlasse esse poder e impusesse limites evitando qualquer arbitrariedade.

E, é nesse contexto, que surge o princípio da legalidade. Sua previsão encontra-se expressa na Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXIX, que assim dispõe: “não haverá crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1988)

A origem desse princípio remonta à Magna Carta Inglesa, de 1215, editada pelo Rei João Sem Terra. Assim, apenas *an passan*, citado monarca, para que não fosse deposto, aceitou atender as determinações impostas pela sociedade da época e editou a que seria a primeira Constituição escrita e sistematizada que temos notícia; resposta ao Absolutismo vigente.

Porém, foi com a Revolução Francesa que referido princípio ganhou força e tomou corpo de forma efetiva, sobretudo, ao se adequar ao exigido pelo Direito Penal deste citado período.

Cumprir observar, que o princípio da legalidade foi previsto em todos os códigos penais brasileiros, desde o código de 1830 até a reforma do código de 1940.

Como bem observa Greco (2011, p. 96)

Na primeira parte do art. 7º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já se afirmava: ‘Ninguém pode ser acusado, detido, ou preso, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas’.

A respeito da importância e significado do direito penal, explica Telles (1998, p. 58)

É o mais importante dos princípios do direito penal, a base, a viga mestra, o pilar que sustenta toda a ordem jurídico-penal. Seu significado é claro e límpido. Só pode alguém receber uma resposta penal, uma pena criminal, se o fato que praticou estivesse, anteriormente, proibido por uma lei sob a ameaça da pena. O homem só pode sofrer a pena criminal – ser privado de sua liberdade, em regra – se tiver realizado um comportamento previamente definido como crime, por uma lei em vigor. Por mais imoral que seja uma conduta humana, a ela só corresponderá uma sanção penal se, antes de sua prática, tiver entrado em vigor uma lei considerando-a crime.

Dessa forma, através desse princípio, fica estabelecido que somente a lei ordinária, aprovada no Congresso Nacional e com as observâncias das regras que

regem o processo legislativo é que pode definir crimes e cominar penas, ou seja, trata-se do povo punindo o povo.

O titular do poder, em regra indiretamente, através dos seus representantes ou, excepcionalmente e de forma direta, pelos meios disciplinados na Lei Maior (Plebiscito, Referendo e iniciativa popular), editará as leis e suas respectivas sanções, sob pena de essas serem inválidas e, conseqüentemente não recepcionadas (se editadas antes) ou inconstitucionais (se editadas depois).

No entendimento de Prado (2005, p. 140) “isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal)”.

Imprescindível acrescentar o enfoque do doutrinador Franco quanto ao caráter material do princípio da legalidade onde destaca que esse princípio da legalidade impede a definição de crimes que

Retratem atitudes internas, que se refiram a valores puramente morais, que incriminem simples estados ou condições existenciais, que não comprometam interesses básicos da sociedade, que mencionem atos materiais não lesivos de nenhum bem jurídico, que se apoiem mais de uma vez no mesmo pressuposto fático ou que tratem igualmente situações desiguais ou desigualmente situações iguais, fundando no puro arbítrio as razões da igualdade ou da desigualdade. (FRANCO, 1995. p. 24 apud TELLES, 1998, p. 59)

Nota-se (e isso se refere ao núcleo do presente trabalho), no teor da citação acima, a abrangência do princípio ora em comento.

Assim, quando o legislador (“povo”) edita uma lei, escolhe uma conduta para ser considerada crime, alguns critérios, essenciais diga-se, devem ser observados: preliminarmente, não é possível, nunca, haver punição de pensamentos, isto é, atitudes internas não são puníveis (isso pertence à consciência, à moral).

Segundo, e mais importante, a lei, mais especificamente, a lei penal, apenas deve se preocupar com o que for mais básico, mais primário, mais fundamental, para a sobrevivência social; só deve estar reservado à lei penal a essência dos bens jurídicos a serem tutelados.

Ou seja, para que exista tipicidade penal é necessário que haja, também, uma lesão ao bem jurídico tutelado.

Se a norma tem a sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibições as condutas que não afetam o bem jurídico. Consequentemente, para que uma conduta seja penalmente típica e necessário que tenha afetado o bem jurídico”. (PIERANGELI; ZAFFORONI, 2009, p. 483)

Portanto, antes da proteção em sim, precisamos definir quais bens jurídicos merecem esta proteção.

Talvez, diga-se, esta etapa de selecionar os bens que necessitam de proteção penal seja tão, ou mais importante, que a própria tutela.

Pois bem, o princípio além de limitar o Poder, é o princípio basilar do Estado de Direito, ou seja, todos, inclusive o próprio Estado, estão submetidos ao ordenamento jurídico; ninguém, sobretudo, o Estado, pode se sobrepor aos limites da lei; mesmo alegando defesa do interesse público ou a busca do bem comum.

Ainda, assegura o art. 5º, inciso XL da Constituição Federal a irretroatividade da lei penal, salvo se em benefício do réu. Dessa forma, ninguém será punido se ao tempo da ação ou omissão a conduta não era prevista como um tipo penal.

A lei limita, assegura e traz, notadamente segurança jurídica.

Conforme ensina Bitencourt (2004, p. 10)

O princípio da legalidade ou reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do direito penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando muitas vezes, de simples ‘fachada formal’ de determinados Estados.

E, ainda, continua o autor em outra passagem

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2004, p. 10)

Diga-se, ademais, que, o princípio da legalidade é, como já foi dito, um princípio do Direito, citado, de forma expressa, senão em todos, em quase todos os ramos do Direito, tamanha é sua importância.

É evidente que, quando invadimos o campo da disciplina do Direito Penal, tal princípio tem uma importância ainda maior, especialmente, pelas consequências que um ilícito penal causa ao ser humano.

Assim, as leis são pequenas caixas e os fatos para se tornarem jurídicos (fatos jurídicos), isto é, para terem relevância para o Direito precisam, devem, se encaixar, perfeitamente, nas suas devidas caixas. Quando o encaixe não é perfeito, este fato é lícito, e, portanto, em regra, não tem relevância jurídica.

Portanto, conforme citamos acima, há duas espécies de legalidade a considerarmos: formal e material.

Ambas possuem um significado substancial no presente estudo.

A primeira – formal -, diz respeito à construção do Direito Penal Mínimo, no seu aspecto preliminar, ou seja, a criação das regras jurídicas. Protegendo bens jurídicos fundamentais e, sobretudo, com penas à altura.

A segunda – material - é uma atividade posterior, isto é, trata-se da subsunção do caso concreto à lei; tarefa que não pode estar engessada, simplesmente, a aspectos puramente formais, mas, notadamente a uma interpretação casuística, flexível e, em busca da verdadeira pacificação social.

No presente estudo focamos, notadamente a legalidade formal, isto é, a criação das regras jurídicas penais.

Este momento, a origem das leis penais precisa ser feita, como veremos, com cuidado e excepcionalmente.

Sem contar, também veremos, a necessidade de retirar da lei, de descriminalizar delitos que já não merecem a tutela deste ramo do Direito subsidiário.

Portanto, este fundamental princípio – idealizado por Beccaria – necessita ser encarado sob os dois aspectos supracitados. Ademais, legalidade formal e legalidade material, quando devidamente interpretadas, tendo os Princípios Constitucionais como pano de fundo, culminam, sem dúvida, em uma legalidade justa.

2.1.3 Princípio da intervenção mínima

A origem do princípio da intervenção mínima foi marcada no final do século XVIII com o movimento iluminista.

Os pensadores daquela época, em especial John Locke e Montesquieu já se posicionavam a favor da intervenção mínima do Estado na sociedade e defendiam que o governo, tão somente, devia proteger os direitos basilares, fundamentais (vida, liberdade e propriedade) dos homens.

Sabe-se que a pena significa a máxima intervenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos, assim o Estado só está autorizado a utilizar-se da gravíssima sanção de natureza penal quando inexistir a possibilidade de uma proteção eficiente com outros mecanismos não penais. Caso os bens jurídicos possam ser protegidos por sanções menos gravosas – esta deve ser a primeira opção – o legislador deverá fazê-lo, pois, a sanção penal sempre impõe uma série de restrições aos direitos fundamentais dos indivíduos. É por esta razão que o Estado possui outros mecanismos que visam, também, a busca pela coexistência pacífica em sociedade. (TOAZAA, 2012, p. 42)

O Direito Penal, portanto, não é a única solução para resolver, sobretudo, o lado egoísta do ser humano; é, na verdade, uma das soluções para, quiçá, tentar diminuir estas relevantes características ruins que possuímos.

Diga-se, ademais, que, a solução, isto é, a tutela penal, além de ser apenas mais uma, deve ser a última da “fila”.

Assim, só protegemos o bem jurídico na seara penal quando a proteção não for viável através dos outros ramos do Direito.

Neste diapasão, a ciência penal deve cuidar de bens jurídicos extremamente relevantes. Quando os bens jurídicos puderem ser protegidos por outros ramos do Direito, por exemplo, Civil e/ou Administrativo, estes devem fazê-los.

Ademais, quando menos bens jurídicos o Direito Penal tutelar, mais excepcional será esta seara do Direito e, também e conseqüentemente, mais eficiente será esta tutela e a busca pela justiça.

A missão do direito penal é a missão de todo o direito: possibilitar a vivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência, resolver, enfim, conflitos de interesses de modo pacífico, segundo normas e processo previamente conhecidos. Não obstante seja esta a sua missão, de cujo demais ramos somente se distingue pelo maior rigor das sanções que adota para fazer em face dos comportamentos declarados criminosos, o direito penal, porque preso ainda, fortemente, à idéia de retribuição, responde aos conflitos de forma sensivelmente menos racional que os demais ramos. Não sem razão, tem-se afirmado que a justiça criminal “decide” conflitos, mas não os “resolve”. (QUEIROZ, 2008, p. 130)

Assim, atua o princípio da intervenção mínima na esfera do Poder Legislativo limitando-o e restringindo-o.

Ficando ele autorizado a legislar somente quando a intervenção do Direito Penal for indispensável para a proteção do bem jurídico, reprimindo com eficácia a conduta, não há que se perquirir a atuação do Direito Penal. “A intervenção penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* – ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E [...] só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia”. (PRADO, 2011, p. 171)

A seleção dos bens jurídicos requer, antes de mais nada, um estudo, profundo diga-se, dos próprios bens a serem tutelados.

Não podemos partir para um estudo criminológico da sanção sem antes entendermos e sabermos o que merece ser tutelado pelo Direito Penal.

Assim, o Direito Penal Mínimo, um dos dois corações do presente estudo, requer, em uma primeira e essencial etapa, um estudo dos bens jurídicos que merecem e necessitam de proteção penal.

Destarte, esta primeira etapa, a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, isto é, aqueles que, realmente, merecem proteção no Direito Penal, é, sem dúvida, outro estudo, em um momento oportuno.

Neste sentido

Saber quais bens jurídicos devem ser protegidos sob ameaça de pena, ou seja, quais devem ser os critérios da criminalização, é uma questão empírica e não filosófica. Devem ser protegidos penalmente os bens de maior valor. Convém, no entanto, ter presente o *princípio da intervenção mínima*, que decorre do caráter subsidiário do direito penal. Só deve o Estado intervir com sanção jurídico penal quando não existam outros remédios jurídicos, ou seja, quando não bastarem as sanções jurídicas do direito privado. A pena é a *ultima ratio* do sistema. (FRAGOSO, 1993, p. 279)

O nosso ordenamento jurídico não prevê expressamente o princípio da intervenção mínima, mas sua influência é notória e condizente com um Estado Democrático de Direito. Aliás, visualizamos isso consoante a abrangência do Princípio analisando anteriormente, isto é, Legalidade.

É com muita sabedoria que ensina Mello ao dizer o que esse princípio representa em nosso ordenamento jurídico

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2005, p. 902 apud ROBERTI, 2001, p. 70)

O princípio da intervenção mínima possui dois elementos importantes que merecem destaque: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Importante ressaltar que esses elementos caracterizam, sobremaneira, a essência do Direito Penal Mínimo, alma do presente estudo e que será analisado no terceiro capítulo.

Direito Penal é um fragmento de um todo. Este ramo jurídico não pode e não deve querer “abraçar” todos os bens jurídicos.

Há outros ramos do Direito que podem e devem tutelar determinados bens que não necessitam, sobretudo, pela sua menor importância, serem protegidos pelo Direito Penal.

A fragmentariedade significa que somente bens relevantes merecem a tutela penal e apenas lesões inaceitáveis ao convívio social devem ser reprimidos pelo direito penal.

No que concerne ao caráter subsidiário do direito penal, o mesmo só será acionado quando o conflito não puder ser resolvido por outros ramos do direito.

Observa-se, que a subsidiariedade limita o poder de punir do Estado, induzindo o Poder Público a ter cautela ao utilizar o direito penal tendo em vista que há outros meios eficazes que também atendem ao clamor social.

Nota-se que os princípios supracitados soam como semelhantes, mas a diferença e, notadamente a importância de ambos para esclarecer a intervenção mínima é evidente; aliás, os dois se completam.

Ser fragmentário é dizer, de forma simplista, que o Direito Penal é um pedaço de um todo. Não há só ele (Direito Penal) para tutelar os bens jurídicos. Ele é apenas uma das formas de proteção.

E, conseqüentemente, o pedaço, o fragmento, Direito Penal está no “final da fila”. É subsidiário. Primeiro precisamos fazer diversos questionamentos para só depois concluirmos se aquela conduta precisa estar sob a tutela penal.

Assim, o bem tutelado é de extrema importância? O bem tutelado é fundamental? É possível que este bem seja tutelado por outros ramos do Direito?

Feita os questionamentos acima, se concluirmos que é necessário o Direito Penal para proteger o bem, surge aí um segundo ponto essencial ao presente trabalho: bom já que nós concluímos que inevitavelmente é necessário a tutela penal para a proteção desse bem jurídico, referida proteção tem que ser a altura do bem protegido, ou seja, o bem foi classificado como extremamente importante, portanto, a repressão deve ser a altura da sua importância.

Aqui ligamos o Direito Penal Mínimo com o Direito Penal de Máxima Eficiência que será mais profundamente aprofundado no próximo capítulo, mas que é os dois alicerces do presente estudo.

Destarte, é por esta ligação – Direito Penal Mínimo e Direito Penal de Máxima Eficiência que, a princípio do título do presente trabalho seria Direito Penal Mínimo Máximo.

Em suma, o princípio da intervenção mínima, é também conhecido como *ultima ratio*, é o limite para o poder de punir do Estado, estabelecendo que somente é legítima a criminalização das condutas se for um meio imprescindível para proteger determinado bem jurídico. E, pode-se dizer que é nesse contexto que esse princípio tem muita importância na esfera legislativa irá orientar e limitar o poder do legislador de editar leis criando crimes.

A partir daí a ilustre doutrinadora Maura Roberti (2001, p. 73) ensina que referido princípio possui três funções

- 1) estabelecer as hipóteses de incidência das leis penais; 2) indicar os limites de restrição da liberdade de ação humana, para que seja alcançada pela norma penal; e 3) estabelecer a necessidade da incidência da consequência jurídica do delito.

Na primeira função desse princípio nota-se a relevância do mesmo no processo legislativo no momento de tipificação das condutas.

Nessa fase o princípio da intervenção mínima vai servir de orientação para determinar se determinado bem jurídico deve receber a tutela penal ou se é possível que o bem em questão possa ser protegido, efetivamente, por outro ramo do Direito.

Nesse sentido, continua Maura Roberti (2001, p. 80)

Os mecanismos de controle e proteção aos bens jurídicos não podem limitar-se ao poder legiferante penal do Estado. Nem de longe se pretende que o Estado renuncie às funções de intervenção que

lhes correspondem, regulando condutas que são perniciosas à coletividade. Na verdade, o que se afirma é que o ordenamento político deve oferecer outros instrumentos de proteção aos bens jurídicos, para que haja soluções para os conflitos sociais, colocando as proibições penais exclusivamente quando necessárias e, ainda assim, nas hipóteses em que as regulamentações extrapenais não foram capazes de solucionar esses conflitos.

Diga-se, ademais, que, interessante os dois questionamentos citados pela autora: a proteção penal é necessária? E segue, mesmo sendo necessária será que este bem jurídico não poderá ser protegido, efetivamente, por outro ramo do Direito?

A segunda função do princípio da intervenção determina a necessidade de interpretar, de forma atual, a tipicidade de uma conduta e ao mesmo tempo materializá-la para que se possa perceber se há algum impedimento para que fique configurada a tipicidade penal.

Continuando, segundo a autora supracitada, a terceira função preceitua que, diante da caracterização da tipicidade penal, sendo considerada determinada conduta reprimida pelo ordenamento penal, cumpre observar a necessidade da aplicação da pena ao infrator.

Nesse caso irá estabelecer se aplicará pena privativa de liberdade ou se será substituída por penas alternativas.

Neste ponto discordamos, em parte, da ilustre posição. Assim, se passamos pelas peneiras iniciais e se chegou a conclusão que o Direito Penal se faz necessário, a pena privativa de liberdade também se faz, pelo menos abstratamente, pois o bem jurídico para estar na esfera de proteção penal é de extrema importância e, portanto, a sanção, ao menos inicial deve ser a altura desta violação.

Portanto, fica evidente o nexo causal (utilizando um termo penal) entre este princípio – intervenção mínima – e o coração do presente trabalho: Direito Penal de Mínima Intervenção e Direito Penal de Máxima Eficiência. Assim, se a resposta à primeira indagação – o Direito Penal é necessário? – for positiva, conseqüentemente, não há mais dúvidas, não há mais indagações a serem feitas, ou seja, a sanção, o castigo, deverá ser, abstratamente é claro, no mesmo patamar de importância do bem jurídico violado.

Sem querer antecipar pontos a serem tratados, sobretudo, na conclusão (momentânea óbvio) dissemos acima – abstratamente –, ou seja, ao menos na lei o preceito secundário do tipo penal será, em tese, uma reprimenda contra um inimigo

do Estado e, portanto, deverá ser um castigo severo para, ao menos, tentar inibir futuros delitos. Porém, nada impede que o juiz, artesão do caso concreto, conclua que penas alternativas são suficientes para alcançar o desiderato do Direito: justiça.

Pois bem, após a análise das funções do princípio da intervenção mínima, fica claro que se existem outros meios, tais como medidas administrativas e civis, para tutelarem esse bem jurídico, não sendo a criminalização indicada.

Por tal razão, esse princípio é a definição que o Direito Penal é a *ultima ratio*, pois, somente será considerado crime a conduta cujos bens jurídicos não puderem ser tutelados pelos demais ramos do direito.

Assim sendo, quando disciplinamos relações humanas e construímos regras jurídicas, isto é, regras de conduta, de convivência social, estamos excepcionando situações humanas e transformando-as em situações jurídicas.

Nesse diapasão, quando o regramento é de matéria penal, trata-se, pois, da exceção da exceção, ou seja, um bem jurídico só deve ser tutelado pelo Direito Penal quando não puder ser tutelado por outro ramo do Direito.

Nesse sentido, Bitencourt (2004, p. 11) esclarece

Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária e a sua intervenção se justifica quando – no dizer de Muñoz Conde – ‘fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito’.

Ressaltando o caráter subsidiário do direito penal, Roxin³ (apud GRECO, 2011) salienta

A proteção dos bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

³ ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Impetus: Rio de Janeiro, 2011, p. 48.

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da intervenção mínima não está disciplinado expressamente no texto constitucional e tão pouco nas leis penais.

Todavia, podemos percebê-lo implicitamente em nosso ordenamento jurídico nas ideias defendidas por juristas e estudiosos na busca de um direito penal liberal em parceria com um Estado democrático de direito.

Assim, o Direito Penal Mínimo, ou, melhor dizendo, o Direito Penal de Mínima intervenção está implícito na Constituição Federal de 1988, sobretudo em seus princípios voltados para o Direito Penal.

Nesse sentido nos ensina a ilustre doutrinador Bonfim (2004, p. 125-126)

Estatui que o direito penal só deve intervir em último caso, ou seja, quando os demais ramos do ordenamento se revelarem insuficientes para a solução do conflito (...) A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do direito penal. O direito penal se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo (...) com efeito, só haverá direito penal naqueles raros episódios típicos em que a lei descrever um fato como crime; ao contrário, quando ela nada disser, não haverá espaço para a atuação criminal. Essa, aliás, é a principal proteção política do cidadão em face do poder punitivo estatal, qual seja, a de somente poderá ter invadida sua esfera de liberdade se realizar conduta descrita em um daqueles raros pontos onde a lei definir a existência de infrações penais.

No que concerne às orientações que os países devem seguir quanto a aplicação do princípio da intervenção mínima esclarece Roberti (2001, p. 68-69)

O mais recente documento internacional a ditar as regras para um Direito Penal minimalista data de 1990 e ficou conhecido no Brasil como “As regras de Tóquio”. Elas são orientações e sinalizações aos países signatários e estimulam esses países a introduzir em seus sistemas jurídicos medidas não-privativas de liberdade. Esse documento na Regra 2.6, expressamente indicou a utilização do princípio da intervenção mínima para que tal finalidade possa ser alcançada.

Porém, nota-se que hodiernamente, os legisladores têm extrapolado na criminalização e na penalização, indo na contramão ao referido princípio e, por consequência, fazendo com que o direito penal perca a sua credibilidade, reduzindo sua força intimidativa diante de tantas leis editadas de forma desmedidas.

Ademais, o que fica evidente, completando o pensamento supracitado, é que as leis penais no Brasil são criadas, na sua maioria, através da pressão popular,

notadamente movida por fatos que causam grande comoção social. E, evidente, muitas das vezes faz-se leis a toque de caixa e sem critério.

Assim, houve uma inversão de valores, ou seja, com a edição desenfreada de leis penais, o que deveria ser a *ultima ratio* passou a ser considerado o primeiro e único meio de solução dos conflitos sociais.

Nesse sentido leciona Greco (2011, p. 48)

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

É imprescindível que esse princípio da intervenção mínima volte a ser valorizado e, sobretudo, que o Direito Penal volte a ocupar o seu lugar no sistema jurídico.

Nesse contexto, apenas os bens jurídicos essenciais, somente os bens jurídicos que não puderem ser tutelados pelos outros ramos do Direito, tão somente bens jurídicos ditos como vitais, devem estar na seara penal e se lá estão devem ser punidos com rigor e, sobretudo, sem impunidade.

Assim, a identificação do injusto é fundamental para a construção de um Direito Penal sadio.

2.1.4 Princípio da ofensividade ou lesividade

A origem desse princípio foi no período iluminista, através do movimento da secularização que buscou desfazer a confusão entre direito e moral.

Esse princípio, embasado no adágio *nullum crimen sine injuria* (não há crime sem ofensa), constitui um complemento garantista do princípio da legalidade e refuta o denominado Direito Penal do autor que significa punir o agente pelo que ele é e não pelo que ele faz. Por consequência, na concepção do delito como um “fato ofensivo típico” a ofensa ao bem jurídico passa a constituir um dado essencial ao delito, como requisito da tipicidade. (GÊNOVA, 2007, p. 105)

Assim, não podemos esquecer a característica de ciência do Direito Penal, sobretudo, a ciência do “dever ser”.

Destarte, o indivíduo pode até não ser uma boa pessoa, pode, sem dúvida, ter pensamentos ruins e até se comportar de forma imoral, mas este mesmo indivíduo deve respeitar as regras de convivência social, notadamente as regras de Direito Penal, pois caso ocorra o desrespeito, uma ofensa a um bem jurídico protegido penalmente, necessariamente haverá sanção.

A tipificação de um crime exige que haja um perigo concreto e real a um bem jurídico protegido pelo direito penal. Sendo assim, é proibido o perigo abstrato.

Portanto, ações que não lesionam ou colocam em risco um bem jurídico protegido pela norma penal não serão consideradas infrações penais.

A respeito das funções desse princípio, Bitencourt (2004, p. 21) comenta

Em outras palavras, a primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configura uma limitação ao próprio direito penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete final.

No entendimento de Nilo Batista (apud GRECO, 2011, p. 51) esse princípio teria quatro funções

a) proibir a incriminação de uma atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

A primeira função proíbe a punição de pensamentos, ou seja, só será possível punir se a vontade se exteriorizar, sair da esfera do desejo, do pensamento e ganhar vida.

Na segunda função verifica-se que somente será incriminada a conduta que seja lesiva a bens de terceiro.

Aliás, podemos identificar reflexos desta função do princípio em comento na nossa realidade contemporânea, afinal não punimos a autolesão, salvo se essa atingir interesses de terceiro.

Apenas como ilustração, se o indivíduo tenta (sem participação de terceira pessoa) se matar e não consegue, não há tentativa de suicídio, pois referida conduta não atingiu bens de terceiro, mas se esta tentativa tinha como fim fraudar seguro, haverá, evidentemente, punição, pois a conduta excedeu o âmbito do próprio autor e lesionou outrem.

Para a terceira função o agente dever ser punido pelo que fez e não pelo que é. Bom, citada função do princípio da ofensividade deve, em certas sociedades, certos países, ser interpretada as avessas.

Nesse sentido, talvez, realmente, o indivíduo não seja punido pelo que é, mas, infelizmente e invariavelmente ele (alguns pouco indivíduos) não são punidos pelo que são e, sobretudo pelo que têm.

Por fim, a quarta função o objetivo é afastar aquela conduta que não afete qualquer bem jurídico de terceiros. A nosso ver, uma função redundante.

Assim, é através desse princípio que o legislador ao normatizar um tipo penal irá observar se a conduta proibida é ofensiva a um bem jurídico relevante e também auxiliará na interpretação de cada caso concreto se existe ofensa ao bem jurídico protegido.

Portanto, o legislador, na elaboração das normas jurídicas, deve ficar atento no que for, realmente, ofensivo.

É claro, evidentemente, que o juiz, no caso concreto, vai analisar, efetivamente, a luz das circunstâncias, se há ou não ofensa, se realmente há ofensividade.

2.1.5 Princípio da insignificância

É por meio desse princípio que se determina que não é qualquer ofensa a um bem jurídico que irá configurar um injusto penal.

Portanto, se não houver relevância penal afasta-se a tipicidade penal.

A ação do poder público somente estaria legitimada caso houvesse uma lesão considerável ao bem jurídico tutelado.

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, e necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas,

proporcionais aos delitos e ditadas pelas leis. (BECCARIA, 2000, p. 139)

Nota-se, que o vetor – princípio, ora analisado, tem uma finalidade especialmente, prévia, ou seja, se o fato for insignificante não deve sequer entrar na seara de proteção do Direito Penal.

Assim, bens jurídicos insignificantes, aliás, insignificantes, ao menos, na seara penal, não merecem e, desta forma, não devem ser tutelados pelo Direito Penal. Senão, vejamos

Introduzido no sistema penal pela primeira vez em 1964, por Claus Roxin, consiste no fato de o direito penal não dever preocupar-se com bagatelas, assim como não serão admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar qualquer bem jurídico [...]. Na verdade, o princípio da bagatela ou insignificância (*geringfügigkeits-prinzip*) não tem previsão legal no direito brasileiro, consoante lembra Paganella Boshi, sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. (PEDROSO apud BONFIM, 2004, p. 75)

E, ainda comenta o renomado doutrinador

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que no tipo somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os dados de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. Atipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico. (BONFIM, 2004, p. 121-122)

No entanto, não podemos, também, em uma menor proporção deixar de considerarmos o princípio em análise no caso concreto, na criação da norma jurídica.

Neste sentido as palavras de Zaffaroni (2009, p. 21-22)

A insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma, em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu

âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.

Como se percebe, Zaffaroni afirma que é no caso concreto que iremos concluir se houve ofensa a um tipo penal cuja conduta possa demonstrar pressupostos que podem ser considerados para se saber se a lesão é insignificante ou não, se ofendeu ou não o bem jurídico tutelado.

Assim, o princípio da insignificância é útil, na seara penal, em dois momentos distintos.

Preliminarmente, na escolha das condutas a serem tipificadas, na construção da regra jurídica em abstrato. Aqui, só será tutelado pelo Direito Penal os bens jurídicos extremamente significantes, isto é, bens jurídicos vitais, essenciais, não só para a sobrevivência da sociedade, mas também para a sobrevivência das próprias normas jurídicas. Ademais, não há sistema jurídico que sobreviva sem que haja, um mínimo, de especialidade e, no caso do Direito Penal, excepcionalidade.

Em um segundo momento, depois de uma subsunção formal e abstrata, talvez, mas no caso concreto, diante das circunstâncias fáticas, diante das circunstâncias subjetivas do agente e inúmeros outros fatores que o artesão do Direito irá se deparar, pode ser que esse entenda ser a conduta juridicamente insignificante.

Toledo (1994, p. 133) traz a análise preliminar do citado princípio

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

Pois bem, é possível notar que considerar o que é insignificante não deixa de ser subjetivo, mas por outro lado, na sua análise *a posteriori*, sua aplicação, utilizando o Direito Penal como *ultima ratio*, será apenas excepcional e, sobretudo a luz das circunstâncias e do bom senso do magistrado.

Ademais, a aplicação desse princípio pode significar evitar uma injustiça no caso concreto, pois, não podemos negar a existência de dois tipos penais: o formal, a simples adequação típica e o substancial, a norma, o direito vivo, criado artesanalmente.

Assim, saber o que é insignificante é algo que deve ser relativizado e subjetivamente considerado.

Para finalizarmos, é importante considerar que o princípio da insignificância não se confunde com crimes de menor potencial ofensivo, esses últimos definidos pela Lei nº 9.099/95 que regula os Juizados Especiais Criminais.

Assim, citada lei elenca crimes, para o legislador pátrio, relativamente significantes, mas com uma potencialidade lesiva menor e, conseqüentemente, com conseqüências menores em termos da sanção e reprimenda.

Todavia, no teor do presente estudo a Lei dos Juizados Especiais Criminais não se faz adequada.

Destarte, o Juizado Especial Criminal embora, com certeza, tenha na sua finalidade intrínseca algo totalmente louvável e razoavelmente efetivo, banalizou condutas e ridicularizou penas.

É, sem dúvida, um dos grandes exemplos de lugar onde o Direito Penal sério e rigoroso, não deveria estar. As pessoas já associam o juizado especial criminal com o simples pagamento de uma cesta básica.

Civilmente falando é, com absoluta certeza, um avanço; penalmente é um retrocesso e uma banalização com a disciplina Penal, fazendo com que essa ganhe, sem merecer, adjetivos que refletem no seu todo.

2.1.6 Princípio da adequação social

Também extremamente importante para o núcleo deste estudo, trata-se de um vetor que estabelece que apenas as condutas com relevância social serão tipificadas, ou seja, é a sociedade que irá determinar, com sua aceitação ou não, quais condutas deverão serem protegidas pelo Direito Penal.

Nesse sentido, comportamentos que não afrontam o sentimento social de justiça entendido pela sociedade, não são considerados como criminosos.

Assim, aquela conduta socialmente reconhecida e de acordo com a ordem social do período histórico correspondente não será considerada típica, ou seja, quando, para a sociedade, a conduta, embora considerada de forma isolada deveria ser tipificada, se esta mesma sociedade encará-la como adequada, aceitável, a tipificação não deve ocorrer.

Todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afronta o sentimento social de justiça (aquele que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado crime. Para essa teoria o direito penal somente tipifica condutas que tenham certo relevância social. O tipo penal pressupõe uma seleção de comportamentos, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte as condutas socialmente aceitas e consideradas normais não podem sofrer esse tipo de valoração negativa, sob pena de lei incriminadora proceder do vício de inconstitucionalidade. (BONFIM, 2004, p. 124)

Além disso, acrescenta que

[...] o conceito de adequação social é um tanto quanto vago e impreciso, criando insegurança e excesso de subjetividade na análise material do tipo, não se ajustando por isso às exigências da moderna dogmática penal. Nesse sentido, embora o conceito de adequação social não possa ser aceito com exclusividade, atualmente é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal. Por essa razão, atuando ao lado de outros princípios, pode levar à exclusão da tipicidade em hipóteses excepcionais. (BONFIM, 2004, p. 125)

Greco (2005, p. 62) analisando o princípio em comento, vai além e traz duas funções à adequação social, diz

Uma delas é de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-se portando, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.

Portanto, se adequa uma conduta no campo penal antes, isto é, no campo de criação legislativa, orientando o emissor das regras jurídicas – mensagens – para aí

selecionar apenas os bens jurídicos mais importantes para serem tutelados pelo Direito Penal.

Nota-se, então, uma “pré-adequação”. Uma orientação ao legislador para que sua escolha seja criteriosa, sobretudo, usando como critério a seleção natural de aprovação ou desaprovação social.

Por sua vez, há uma adequação a *posteriori*, ou seja, a sociedade está em constante evolução e o ordenamento jurídico necessita, sem dúvida, acompanhar esta evolução social. Assim, uma conduta pode ser adequada em um momento histórico, mas deixar de ser em um outro momento.

Nesse contexto, o legislador, utilizando o princípio em comento, deve retirar da proteção penal condutas que, agora, estão adequadas a sociedade e não mais merecem a tutela e, conseqüentemente, sanção penal.

2.1.7 Princípio da proporcionalidade

Durante o direito natural o Estado teve seu autoritarismo reduzido e o indivíduo passou a ocupar um novo espaço na sociedade.

Diante desse novo cenário, a sociedade já não aceitava mais punições desnecessárias e exageradas, passando a exigir maior respeito a dignidade humana e a proibição de excesso.

A origem desse princípio da proporcionalidade remonta ao período iluminista, em especial com a obra *Dos Delitos e das Penas* de Beccaria.

Em um primeiro momento destaca-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que exigiu expressamente a observância da proporcionalidade entre o crime praticado e a pena a ser aplicada.

Posteriormente, a Constituição Federal consagrou o princípio da proporcionalidade em vários de seus dispositivos: individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII) e maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

Dessa previsão legal depreende-se que o princípio da proporcionalidade vincula o juiz, mas, sobretudo, e trazendo no ponto nevrálgico deste estudo, o legislador.

Destarte, é claro que, diante de um caso concreto os operadores do direito ao aplicarem a pena, seja restritiva de liberdade e ou restritiva de direito, devem observar se a mesma é necessária e quanto a punição se atingirá o fim almejado.

Portanto, de acordo com esse princípio da proporcionalidade, deve existir um equilíbrio entre a conduta tipificada como crime e a pena a ser aplicada. E a pena a ser aplicada deve ser proporcional a lesão ao bem jurídico.

Como se observa na aplicação da pena é levado em consideração também a culpabilidade como limite para imposição da mesma.

A respeito do princípio em tela ensina Franco (1997 apud GRECO, 2011, p. 75)

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Por derradeiro e principalmente, não é a aplicação da pena que queremos destacar.

É necessário demonstrar a importância do princípio da proporcionalidade na criação da regra jurídica penal.

A proporcionalidade não foi deixada por último involuntariamente.

Assim, pedimos licença para que, neste ponto do presente estudo e antes de ingressarmos no coração, fazemos uma breve evolução e reflexão para deixarmos claro nossa intenção.

Começamos fazendo um paralelo entre o Direito Penal e, notadamente sua consequência primordial: a pena. Afinal, não há crime sem pena.

A intenção neste primeiro capítulo foi demonstrar, através de uma breve evolução, a importância da pena. O cuidado e a seriedade que devemos ter com o

castigo penal. Se o fato é crime é porque o fato é vital, então a pena tem que ser dura, forte o suficiente para inibir, sem que haja impunidade.

Posteriormente, caminhamos através dos princípios constitucionais fundamentais. É claro, especialmente os especialmente ligados ao crime para, também tentar, colocar o Direito Penal no seu devido lugar.

Portanto, ao criar uma regra jurídica penal, o legislador necessita conhecer e entender, no mínimo, todos os princípios supracitados, pois só assim ele – emissor – será razoável, só assim o tipo penal será excepcional, proporcional e justo.

CAPÍTULO 3 - O DIREITO PENAL E A NOVA POLÍTICA CRIMINAL CONSTITUCIONAL

Antes de entramos no cerne do presente capítulo, faremos uma breve evolução da intervenção Estatal, sobretudo, para demonstrarmos, *a posteriori*, o coração do presente estudo, isto é, a intervenção mínima, o Direito Penal Mínimo.

Cabe aqui uma breve observação, já dissemos no parágrafo anterior que este – Capítulo 3 – é, sem dúvida, o cerne do presente estudo, mas, também sem dúvida, os dois capítulos anteriores são de suma importância.

Saber a origem da pena e sua necessidade ou não em um crime é necessário. Aliás, se a pena é desnecessária, é óbvio, que a tutela penal também o será.

Saber, igualmente, utilizar os princípios constitucionais como ponte da construção das regras jurídicas penais e, notadamente da norma penal concreta é, quiçá, essencial ao presente estudo.

3.1 A Constituição de 1988 e a legislação penal vigente

Com o advento da Constituição de 1988 o Brasil saiu de um período de repressão e ressurgiu como Estado Democrático de Direito.

Com essa transformação o Direito Penal também sofreu influência renovadora, e as legislações extravagantes da época, que vigem desde 1940, são constantemente alvo de um questionamento sob a ótica constitucional.

O supracitado descompasso temporal gera inúmeras questões, entre outras: como harmonizar a convivência das leis penais elaboradas em situação histórica diversa com a nova ordem constitucional?

Ainda, qual a melhor caminho para essa nova realidade de tal forma que possibilite que o Direito Penal passe a ser aplicado e interpretado com fundamento nos princípios fundamentais constitucionais sendo assim considerado como *ultima ratio*?

A resposta a essas perguntas está na transformação da política criminal que gradativamente vem atingindo o formalismo penal, exigindo que haja uma renovação no papel desempenhado pelo Direito Penal na atualidade.

É certo que, para que se concretizem os objetivos, fundamentos e principalmente os princípios constitucionais fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988 é indispensável que o Direito Penal não fique alheio à necessidade de caminhar em sintonia com a Carta Magna; aliás, caminhando os dois – Direito Constitucional e Direito Penal – de mãos dadas o resultado será, sem dúvida, mais proporcional e justo.

Sendo assim, é fundamental que o Direito Penal não seja mais visto como regras postas e acabadas, mas sim que possa esse formalismo positivista tornar-se flexível, notadamente com a influência dos princípios constitucionais fundamentais.

Em face de uma nova sociedade que reclama por maior justiça, a influência dos direitos fundamentais constitucionais acaba fazendo com que o Direito Penal assumira uma postura de intervir naquilo que realmente atinja bens jurídicos relevantes, possibilitando que outros ramos do Direito participem, mais efetivamente, na resolução de muitos conflitos que antes eram apenas resolvidos por aquele (Direito Penal).

É nessa órbita que surge o Direito Penal Mínimo, que preservando seus preceitos e dogmas, será instrumento de pacificação social, porém sua interpretação, aplicação e tratamento dos bens jurídicos a serem tutelados como *ultima ratio* estarão de acordo como os princípios cristalizados pela nova política criminal, que indubitavelmente, é resultante de interpretação fundamentada no texto constitucional.

Nos itens seguintes será feito uma análise do surgimento da intervenção estatal da sociedade para que possamos entender as diversas formas que o Estado intervém na sociedade de acordo com o período político da época.

Portanto, a ferida que será cutucada a seguir é quanto, quando e em que o Estado deve intervir?

Ao se analisar o Estado Democrático de Direito atual será possível demonstrar que o Estado passa a intervir na sociedade com mais cautela, pois surge a necessidade de equilibrar o seu poder punitivo com os direitos fundamentais individuais e sociais presentes na sociedade, especialmente o embrião destes: a dignidade da pessoa humana.

Diante da preocupação dos estudiosos da atualidade de fazer com que o Direito Penal se mantenha vivo e em consonância com a Constituição de 1988, é que surge a necessidade de uma nova interpretação das leis penais, quebrando o

formalismo e interpretando a legislação penal de acordo com os direitos fundamentais constitucionais e assim possibilitando uma reformulação da política criminal com um enfoque para um Direito Penal Mínimo, como será demonstrado no decorrer desse capítulo.

Assim, apenas para frisarmos, para que possamos alcançar a justiça tão almejada e reivindicada pela sociedade contemporânea, é necessário um choque no Direito que tutela os bens mais importantes da sociedade.

Queremos demonstrar que quantidade não traz e nunca trouxe qualidade. O Direito Penal precisa, para sobreviver e não ser banalizado, ser exceção.

Aí, dentro da exceção, dentro do mínimo, todos que violarem são “inimigos”, pois violam os bens que garantem a sobrevivência do convívio social e, portanto, devem ser punidos à altura do bem atingido.

3.2 A origem da intervenção estatal na sociedade

No decorrer do primeiro capítulo observou-se que a evolução do convívio em sociedade fez com que o homem convertesse as normas de condutas em leis escritas para garantir a convivência social do grupo, ou seja, para que a sociedade, criada para proteger, não se autodestruísse, criaram-se regras.

Porém, com o passar do tempo as normas estabelecidas para o convívio em sociedade passaram a ser desrespeitadas e surgiu a necessidade impor sanções aqueles que as infringiam, nasceram as penas.

É notório que as sanções impostas aos transgressores causam, em regra, privação da liberdade dos mesmos para que assim possa haver uma convivência harmônica dos demais membros em sociedade, isto é, retira-se do convívio social o membro que não obedece referidas regras.

Trata-se de duas consequências claras: o interesse coletivo prevalece sobre o particular (questão hoje muito mais voltada para o Direito Administrativo) e, sobretudo, aquele ditado popular: para que uma laranja podre não estregue o pomar, elimina-se, ao menos momentaneamente, a laranja pobre.

Assim, com essa possibilidade de privação da liberdade de indivíduos pertencentes ao grupo que violam as normas estabelecidas surge o direito de punir que possibilitará ao Estado intervir na sociedade impondo sanções aos infratores.

Essas diversas formas de exteriorização do direito de punir passou por alguns períodos quais sejam o Estado absolutista, o Estado Liberal, o Estado social, o Neoliberalismo e por fim o Estado democrático de direito que serão analisados no tópico seguinte.

3.3 Evolução das principais formas de Estado

No início do século XVIII predominava o absolutismo político onde a vontade do monarca se confundia com a vontade do Estado, o que caracteriza um Direito voltado para os interesses individuais e não sociais.

O Estado dessa época era incriminador, as punições eram cruéis e desumanas e os condenados não tinham qualquer direito, nem ao menos o direito de defesa das acusações que sofriam. Os titulares do direito de punir exerciam-no de forma arbitrária e aplicavam a sanção de forma discricionária.

A ascensão da burguesia ocasionou um conflito com os detentores do poder o que resultou no fortalecimento de ideias de um Estado menos interventor na sociedade.

A luz dessa realidade, surge o Estado Liberal, período onde não havia intervenção na sociedade e a liberdade predominava e enaltecia a democracia.

Esse Estado mínimo trouxe muito progresso econômico, mas exacerbou a desigualdade social oriunda de um individualismo na sociedade e da falta de proteção aos menos favorecidos diante da livre concorrência.

Diante dessa situação caótica movimentos socialistas surgiram para reivindicar um Estado interventor.

Nesse momento histórico, frente a nova necessidade do momento, o Estado passa a intervir em favor da sociedade e limita as liberdades individuais.

A sua nova fase, chamada de Estado Social, apenas importava seus interesses, levando-o a repressão das condutas dos cidadãos e até mesmo comprometendo a liberdade dos mesmos.

Por fim, após longas mudanças e adaptações do Estado a necessidade da época, houve a união do Estado social e o Estado liberal.

O Neoliberalismo, como foi denominado, passou a garantir a intervenção mínima do Estado nas relações individuais e a amparar os menos favorecidos.

Com o início da segunda Guerra mundial o Estado passa a intervir novamente e como consequência influenciou na vida em sociedade.

3.3.1 Estado Democrático de Direito e o Direito Penal Contemporâneo

Ao se falar em Estado Democrático de Direito é inevitável não mencionar que a Constituição de 1988 foi promulgada e nela se encontram os direitos e garantias fundamentais. Somado a estes últimos está o papel do Direito Penal que por sua vez está intimamente ligado ao perfil do Estado, que no caso do Brasil é democrático.

Em um Estado Democrático de Direito a liberdade é de um valor superior e se fundamenta na soberania popular.

Aliás, há quem defende que dentre os cinco direitos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, o segundo – liberdade – é mais importante que o primeiro: vida, pois não interessa a vida, sem que haja liberdade; há controvérsias.

Ao longo da história percebe-se o quanto o Estado esteve presente na vida da sociedade e, partindo-se de uma análise dessa evolução do intervencionismo estatal fica evidente como se caracterizava a relação Estado e sociedade.

Observou-se que as escolas penais anteriormente analisadas remontam a ideia de privação da liberdade pura e simplesmente sem se preocupar com a participação social, ou seja, buscavam ressocializar, mas ao mesmo tempo resguardavam os direitos sociais.

Esse enfoque democrático com espírito constitucional fundamentava-se em evitar que ocorresse um contrassenso de querer ressocializar quem foi privado dos direitos sociais.

Um Estado democrático de direito implica, inexoravelmente, em implementar direitos sociais.

Atualmente, falar em Direito Penal, com enfoque em suas funções de combate à criminalidade e ao mesmo tempo proporcionar o exercício dos direitos fundamentais, pressupõe conhecer os fins e limites de um Estado Democrático de Direito.

Assim, o Estado, visando a efetivação de uma nova política criminal, impõe duras penas aos delitos penais com objetivo de preservar os direitos fundamentais do indivíduo em sociedade.

Nessa perspectiva demonstra Queiroz (2008, p. 114)

Mais claramente: o homicídio, a lesão corporal, a calúnia, o estupro, o sequestro, o roubo, etc. – isto é declarar tais comportamentos como criminosos, submetendo-os a seguir a uma disciplina especialmente dura – são parte da estratégia política dirigida a assegurar a vigência dos valores constitucionais fundamentais: a inviolabilidade da vida, da integridade física, da honra, da liberdade, da propriedade (art. 5º).

Portanto, o Estado tem no Direito Penal um instrumento da política criminal para que possa atingir os fins que lhe são conferidos constitucionalmente, como será elucidado a seguir.

3.4 Direito Penal e a nova Política Criminal

Como foi estudado e demonstrado na evolução do Direito Penal observou-se que a essência do mesmo é harmonizar um conjunto de princípios e normas que visam regular os comportamentos humanos que constituem infrações e ao mesmo tempo impor aos transgressores as respectivas sanções.

Com a valorização dos direitos humanos observou-se que as garantias penais e processuais passaram a ser observadas e, o mais importante, houve uma maior segurança e tutela dos direitos fundamentais.

Ao mencionar a disciplina se visualiza o conjunto de leis penais de um lado e de outro os operadores do direito que irão interpretá-las.

Diante da cobrança da sociedade atual por maior tranquilidade social e segurança o Direito Penal vem sofrendo uma pressão para que a sensação de impunidade não se perpetue.

Ocorre que, a ciência penal está no meio de um fogo cruzado. De um lado, a pressão social que anseia por uma maior segurança e menos violência; de outro, governantes populistas que, em períodos eleitorais, fazem do Direito Penal um dos seus maiores palanques.

Porém, como dissemos, Direito Penal é, eminentemente, arte, especialmente no seu momento de criação como direito vivo.

A perda de legitimidade do Direito Penal fica configurada quando há excesso na limitação de direitos dos membros de uma sociedade ocasionando uma edição desmedida de leis penais que não irão proporcionar uma maior proteção dos bens

jurídicos considerados fundamentais, pelo contrário, irão banalizar o Direito Penal e os próprios bens a serem protegidos.

De certa forma essa excessiva produção legislativa tem explicação. Como bem destaca Santos (apud CERVINI, 1995, p. 193) ao assinalar que

Os textos legais vigentes procedem de épocas que pouco têm a ver com a presente, 'ditados para sociedades predominantemente agrárias, e quase antiéticas das complicadas, pluralistas e despersonalizadas sociedades contemporâneas afetadas por intensos e acelerados processos de urbanização e industrialização, e nas que se somam às manifestações de criminalidade tradicionais, às vezes em aumento, outras novas e mais prejudiciais'.

Diante das transformações socioeconômicas e tecnológicas é marcante a mudança constante e surgimento de novas formas de delito.

Aliado a isso a criminalidade moderna fruto da crescente urbanização, o fraco controle social, corrupção e globalização.

Todos esses fatores levaram o legislador a penalizar inúmeros comportamentos nos mais diversos setores (economia, finanças, trabalho, etc.).

Entretanto, para que não ocorra uma vulgarização do Direito Penal é de fundamental importância que se preserve a sua legitimidade evitando-se que o mesmo seja chamado para atuar nas diversas searas do Direito de forma indiscriminada com a justificativa de que isso resolverá todos os conflitos.

É importante que o Direito Penal proteja os direitos fundamentais ao qual foi confiado respaldando-se nos princípios fundamentais constitucionais.

Diante desse dilema de atender a sociedade e ao mesmo tempo não deixar que o Direito Penal perca sua legitimidade, é que surgem ideias que vem dividindo os estudiosos acerca da revolução pela qual passa a política criminal e, conseqüentemente, o Direito em comento.

Necessitamos achar um equilíbrio, sobretudo, entre o que é necessário e efetivo e o que é desnecessário e subsidiário.

A partir daí é oportuno destacar que a política criminal tem origem nas estratégias que surgiram com movimentos humanitários na tentativa de coibir condutas lesivas ao interesse da sociedade; aspectos tratados no primeiro capítulo.

Assim, política criminal é, sem dúvida, como o próprio nome diz, uma política de prevenção e repressão ao crime e, sobretudo, ao ator principal deste, o

criminoso. É uma ciência que ao entorno do Direito Penal tenta compreendê-lo e, também, reconstruí-lo.

Para melhor compreensão, destaca-se o conceito de política criminal que no entendimento de Dotti⁴ (apud ROBERTI, 2001, p. 107) seria

O conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais, além de cuidar do tratamento do delinquente, dando a ela o status de ciência e técnica destinadas a promover a interpretação crítica do sistema e formular as propostas de correção.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que diante da ocorrência de um crime cabe à política criminal definir os fins do Estado diante do problema e posteriormente definir quais os meios necessários para combater a criminalidade.

Assim, a política criminal vem atuando de forma a manter, reformar ou transformar a legislação penal e também atingir os órgãos responsáveis.

E com essa influência da política de ação estatal nota-se os movimentos que vem se destacando nesse novo cenário que circunda o Direito Penal.

Observa-se que há uma oscilação no entendimento dos estudiosos do Direito que de um lado defendem o Direito Penal Máximo, fundado em um modelo de Estado intervencionista formulando cada vez mais crimes, ou seja, fazendo do Direito Penal a *prima ratio*; e de outro o Direito Penal Mínimo que permite um Estado não intervencionista, mas que exerça sua função punitiva ao mesmo tempo em que garante os direitos dos cidadãos.

Nesse cenário de violência que a sociedade está inserida, cada vez mais aterrorizada pela influência da mídia e do próprio governo nota-se que há um desespero por medidas drásticas para conter a criminalidade, legitimando um Direito Penal Máximo que imponha punição a qualquer custo em troca de restabelecer a paz social.

Assim, o legislador em um ímpeto extremamente populista transforma, ou tenta transformar, o Direito Penal em um meio de solução para todos os problemas e com fim apenas punitivo, aliás, mais apelativo do que qualquer outra coisa.

O Direito Penal hoje se tornou, quase, que uma proposta de governo ou, ao menos, uma das formas de se conquistar votos em um momento de comoção e dor.

⁴ DOTTI, R. A.. A Crise do Sistema Penal, p. 424.

Ressalta-se, que ao aplicar o Direito Penal apenas como resposta emergencial a criminalidade o Estado deslegitima sua intervenção punitiva, pois passa a atuar apenas politicamente e não de maneira jurídica, esquecendo-se que o Direito Penal é uma ciência e não uma proposta de governo.

A intervenção política destoa do objetivo de um Estado Democrático de Direito que busca a atuação de um Direito Penal aliado aos direitos fundamentais constitucionais.

Assim, com o intuito de acabar com essa intervenção eminentemente política do Estado, é que vem surgindo movimentos fundamentados em princípios de transformação social e, conseqüentemente, influenciando a Política criminal atual, a qual chamamos de Direito Penal Mínimo.

É importante ressaltar que para que essa política criminal não intervencionista funcione é necessário que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário trabalhem juntos.

Do mesmo modo, cabe em primeiro lugar ao legislador (foco do presente trabalho), orientado pelos princípios constitucionais que circundam toda essa órbita penal, sobretudo os supracitados, selecionar, com precisão, o que deve ser tipificado como crime. Podendo e devendo, também, retirar da tutela penal condutas que, diante da evolução da sociedade, já estão adequadas socialmente.

Por sua vez, cabe ao Executivo a parte preventiva do delito. No nosso entendimento o ponto mais importante. Com políticas de educação de qualidade, valorizando os professores e colocando todos na escola.

Isso sem falar, evidentemente, de políticas de segurança pública através da polícia preventiva, especialmente valorizando o policial honesto com salários dignos e eliminando as, novamente, “laranjas podres”.

E, finalmente, ao Judiciário (atingindo também o presente estudo) incumbirá o dever de manter sempre viva a missão do Direito Penal que é de tutelar bens jurídicos relevantes, isto é, fazendo, através da subsunção do fato na norma, uma nova peneira, se o Direito Penal é, realmente, necessário naquela situação *sub judice*.

A seguir serão apresentados os movimentos políticos criminais classificados como intervencionistas e não intervencionistas que se destacam na reformulação do Direito penal.

Primeiramente será feito um estudo do Abolicionismo Penal, em seguida Direito Penal Máximo (com destaque para o Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo), que se caracterizam por seu intervencionismo estatal e por fim o Direito Penal Mínimo, não intervencionista.

3.4.1 Abolicionismo Penal

O Abolicionismo penal é uma tese que foi desenvolvida por alguns autores a partir da percepção de que o Direito Penal perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social.

A origem do movimento abolicionista remonta a seu precursor o professor e advogado Fillipo Gramatica.

Nesse sentido, sobre a origem do Abolicionismo Penal ensina Silva (1998, p. 15)

À fase tecnicista sucedeu, logo após a terminação da Segunda Guerra Mundial, uma forte reação humanista e humanitária. O Direito Penal retomava seu leito natural, no caminho que vem trilhando desde Beccaria. Não surgiu propriamente uma nova escola penal, mas um movimento, sumamente criativo, que vem influenciando de modo intenso na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX. Foi seu idealizador o advogado e professor Fillipo Gramatica, que fundou em Gênova, em 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social. Gramatica adotava uma posição radical. Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do Direito Penal e dos sistemas penitenciários vigentes.

Nota-se, que entre os diversos motivos que levaram os estudiosos a defenderem essa tese abolicionista destacam-se a incapacidade do Direito Penal de cumprir as funções de reprovação e prevenção atribuídas às penas, as infrações penais que não são objeto de repressão do Estado e a possibilidade de resolução dos conflitos individuais por outras searas do Direito.

A tese abolicionista inicia seu questionamento desde o nascimento da lei penal, questionando-se desde a proibição imposta por ela até a sanção imposta pela mesma, a real necessidade da criação daquele tipo penal e se os sujeitos passivos são aqueles estigmatizados por questões sociais ou raciais.

Somados a esses questionamentos elencam que a pena não cumpre a função de prevenir o delito e que alguns conflitos de âmbito penal selecionados pelo

Estado poderiam ser resolvidos por outros ramos do direito, preservando a dignidade do ser humano ao deixar de estigmatizar determinados grupos sociais.

Assim, há um radicalismo claro: além de o Direito Penal não está resolvendo, há outros ramos do Direito que podem fazê-lo.

Porém, esse pensamento do movimento abolicionista não se sustenta quando se verifica que há situações para as quais somente o Direito penal é a solução.

Isso se torna evidente em casos graves como latrocínio, estupro, homicídio e outros que tutelam bens relevantes e que merecem uma intervenção do Direito Penal sendo impossível a resolução por outros ramos do Direito.

Assim, a tese abolicionista de afastar por completo o sistema penal é utópica, pois, ainda permanece nos costumes da sociedade contemporânea a ideia de que o Direito Penal é um instrumento que impede comportamentos graves e, muitas das vezes, irreparáveis à sociedade.

Em outras palavras, a teoria abolicionista procura mostrar que a sociedade sem o sistema penal já existe; as pessoas, no cotidiano, encontram soluções pacíficas para os acontecimentos, principalmente mediante mecanismos conciliatórios, que dispensam qualquer intermediação do sistema penal. Com a abolição do sistema penal, as condutas puníveis seriam transferidas para o campo civil porque, neste, prevalece a conciliação, meio mais eficaz de pacificação real da violência. (GÊNOVA, 2007, p. 39)

Assim, para a tese abolicionista, o Direito Penal além de ineficaz é desnecessário, ou seja, os conflitos de interesses, inclusive os tutelados pela esfera penal, podem e devem ser resolvidos por outros ramos do Direito, sobretudo, o Direito Civil que é essencialmente conciliatório.

Pois bem, nosso ponto central é, sem dúvida, um Direito Penal Mínimo, enxuto, mas, em nenhum momento, consideramos o Direito Penal desnecessário, pelo contrário, ele – Direito Penal – é essencial, mas no seu devido lugar, neste sentido

Muitas são as críticas abolicionistas. Claux Roxin afirma que a abolição do Direito Penal pressuporia, antes de mais nada, que se criassem mecanismos (controle de natalidade, mercados comuns, utilização racional dos recursos, p. ex.) que eliminasse a criminalidade. Entretanto, mesmo nos países com um nível de bem-estar social bem elevado, como na Alemanha pós-guerra, há um aumento da criminalidade, o que o leva a concluir que a eliminação

dos problemas sociais não acaba com a delinquência. (GÊNOVA, 2007, p. 42)

Destarte, é evidente que o Direito Penal está cuidando de assuntos que não lhe dizem respeito, é claro que o Direito Penal necessita, urgentemente, voltar a ser a *ultima ratio*, mas afirmar a morte deste ramo do Direito é além de utópico, impossível.

O Direito Penal é fragmentário, isto é, é parte de um todo, não é o único para resolver todas as mazelas da sociedade, mas, sem dúvida, e uma das formas de diminuir essas. O Direito Penal tem, urgentemente, que voltar a ser excepcional, mas sempre foi e sempre será necessário.

3.4.2 Direito Penal Máximo

Trata-se o Direito Penal Máximo de uma corrente de pensamento que tutela todo e qualquer bem independente do seu valor e defende que a pena deve ser usada como *prima ratio* e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos.

No entendimento da corrente ora em comento, predomina um Direito Penal repressor de condutas intoleráveis independente de qualquer bem que se tutela e ao mesmo tempo um papel de educador da pena para que não ocorressem crimes.

No Direito Penal Máximo verifica-se que o culpado não deve ficar impune e a pena deve ser imposta a qualquer custo sem levar em consideração o contraditório e a ampla defesa.

A crítica que se faz a essa tese é que a aplicação da pena a qualquer custo, sem a observância dos princípios inerentes ao devido processo legal, levará, inevitavelmente, a condenações de inocentes.

É inegável que transparece um Direito Penal que violenta a liberdade individual e que somente em casos de extrema necessidade deve ser ativado.

Assim, nem todos os bens jurídicos devem ser tutelados pelo Direito Penal e, também, os que forem devem ter como consequência penas duras, sim, mas impostas, sempre, através do devido processo legal.

Hodiernamente, tendo em vista a situação histórica por que passa a sociedade, com alto índice de desemprego, miséria e ainda a sensação de

insegurança desmedida diante da criminalidade desenfreada, esse Direito Penal vem sendo invocado de forma exagerada e como instrumento que, ilusoriamente, resolverá essa situação.

Nesse contexto, o Estado se esquivava de suas funções essenciais de garantia de condições básicas de saúde, emprego, moradia, etc., para transformar-se em um Estado Máximo que aparentemente resolverá todos os problemas com a edição desenfreada de leis penais que criam novos tipos penais e/ou agravam os já existentes, sobretudo, neste último caso, sem nenhum estudo ou critério.

E, com todos esses argumentos o Estado tem justificado suas ações impensadas e violadoras dos direitos e garantias fundamentais além de banalizar a verdadeira função do Direito Penal.

Assim, para o Direito Penal Máximo o único objetivo é conter a criminalidade, mesmo que para isso for necessário criar mais e mais crimes e, também, necessitar do uso irracional da pena, violando garantias constitucionais e enquadrando os criminosos como inimigos e não como cidadãos.

Na sequência serão analisados os movimentos que se destacaram no Direito Penal Máximo que foram o Movimento de Lei e Ordem e Direito Penal do Inimigo.

3.4.3 Movimento de Lei e Ordem

Em contramão a tese defendida neste trabalho, o movimento ora em comento defende o inchaço do Direito Penal, ou seja, os conflitos sociais merecem, sempre, serem tutelados pelo Direito Penal e, portanto, os crimes e as penas são essenciais.

Em posição antagônica ao Direito Penal fragmentário ou de *ultima ratio*, surgiu o Movimento de Lei e da Ordem, com a adoção da política denominada de tolerância zero, que se funda na ideia de que mais tipos penais e sanções mais severas são indispensáveis à solução dos conflitos sociais. Representa uma política repressiva e defensora intransigente da Lei e da Ordem que entende justa. (GÊNOVA, 2007, p. 53)

No Movimento de Lei e Ordem todas as ações ou omissões ilícitas, ainda que insignificantes, merecem ser criminalizadas e penalizadas de forma exemplar com o objetivo de mostrar a sociedade de que o Direito Penal tem esse poder de solucionar todos os problemas.

Essa crença de que o Direito Penal pode e deve solucionar os conflitos sociais advém da pressão da opinião pública em face dos políticos que por sua vez pressionam os legisladores (quando não o são) que acabam editando leis penais em excesso para dar uma resposta à sociedade.

O Estado, por meio do legislador, ao tipificar condutas em excesso, editando leis de forma desenfreada, deu um tiro no pé, isto é, acabou acarretando mais insegurança a sociedade.

Observa-se que esse processo de criminalização exacerbada pelo Movimento de Lei e Ordem acarretou a desvalorização jurídica das leis editadas, descaracterizando a forma como são elaboradas as penas com rigorismo exagerados, não resolvendo o problema da violência, e ainda causando uma sensação momentânea de que os problemas sociais estão sendo solucionados.

Nesse sentido, destaca Roberti (2001, p. 118-119)

O aumento do número de condutas puníveis é assustador. Se por um lado podemos justificar a atividade legislativa no campo do Direito Penal pelas novas realidades sócio-econômicas, culturais, tecnológicas, etc., cujos avanços têm originado novas formas de delinquência – até porque não pode o Direito Penal avançar em descompasso com as mudanças econômicas e sociais experimentadas pela sociedade neste final de século – por outro lado não podemos deixar de ter em mente que o Direito Penal somente deve ser empregado para a proteção dos bens jurídicos de forma subsidiária, como *ultima ratio*, até porque, em razão do vertiginoso desenvolvimento tecnológico, jamais o legislador estará em compasso com as novas condutas dele decorrentes.

Nota-se, na transcrição acima, um aspecto que merece destaque. É óbvio que, com a evolução da sociedade, novas formas de delinquência, inexoravelmente, surgem.

Portanto, a criminalização destas são, portanto, também inevitáveis e necessárias.

Porém, não sem antes passarmos pelas “peneiras” exaustivamente tratadas anteriormente, sobretudo, se é necessário a tutelada penal e/ou se não é possível outro ramo do Direito, efetivamente, tutelar referido bem jurídico; sem, assim, banalizar a ciência criminal.

Isso sem falarmos, e já falando, que o excesso de penas implica em prisões em excesso o que sem dúvida irá aumentar os gastos para o Estado com a sua

manutenção e que sem sombras de dúvida será repassado a todos os cidadãos que pagam seus tributos.

Portando, as ideias do Movimento de Lei e Ordem retiram a finalidade do Direito penal que é de punir as infrações que atinjam bens jurídicos relevantes e faz com que o mesmo desperdice sua atenção para questões de menor lesividade.

Destarte, as regras de convivência (como vimos no início do presente trabalho), as leis nascem, sem dúvida, para manterem a ordem, isto é, para proteger a sociedade dela própria, mas, também sem dúvida, somente essas –leis –, em excesso, nunca significaram e nunca significarão ordem.

3.4.4 Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do Inimigo é um movimento que integra o Direito Penal Máximo, surgiu em meados da década de 1990, e teve como idealizador o alemão Günter Jakobs.

Segundo Jakobs, o Direito Penal para esse movimento se caracterizaria dependendo do enfoque que fosse dado ao autor do delito, ou seja, seria considerado cidadão ou inimigo.

Se o Direito Penal enxergasse no autor um cidadão, com uma visão garantista e preservando os princípios fundamentais inerentes a ele, só haveria uma repressão por parte do Direito Penal se esse cidadão exteriorizasse sua conduta.

De outro lado, se o autor do delito fosse visualizado como inimigo e representasse uma ameaça aos bens jurídicos protegidos, esse indivíduo poderia ser responsabilizado até mesmo por seus pensamentos, o que caracterizaria um direito penal indiferente aos princípios fundamentais.

Assim, sai o Direito Penal preocupado com o fato ofensivo e nasce um Direito Penal a caça de um inimigo que, como é um risco para a sociedade e para o próprio Direito tem que ser, inexoravelmente, eliminado da sociedade sem garantia nenhuma.

Nesse sentido, Jakobs (2005, p. 37 apud GRECO, 2005, p. 23) esclarece que

O Direito penal conhece dois pólos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua periculosidade.

Observa-se, que essa corrente enxerga o indivíduo como inimigo desprovido de direitos e obrigações, cuja inspiração advém da teoria contratualista de Hobbes e Kant.

Como se percebe o Direito Penal do inimigo parte de uma concepção social do Direito Penal, aduzindo que a norma penal deve ser cumprida não com a ideia de proteção de um bem jurídico relevante para um membro da sociedade, mas sim para demonstrar publicamente que a norma tem validade e deve ser cumprida.

É quase que um retrocesso ao olho por olho, dente por dente, do Código de Hamurabi.

Ao apontar o desprezo da ideia de bem jurídico penal para Claus Roxin, esclarece Paschoal (2003, p. 37-38)

De certa maneira, poder-se-ia dizer que todos os partidários de uma concepção sociológica do Direito Penal são funcionalistas, na medida que objetivam, como o próprio nome diz, tutelar o funcionamento da sociedade, cabendo apenas deixar claro que, para tal fim, não é necessário prescindir da ideia de bem jurídico penal, a exemplo do que faz Claus Roxin. Com efeito, é a face mais radical do funcionalismo, atribuída a Günter Jakobs, que prescinde totalmente da ideia de bem jurídico penal, retrocedendo a um Direito Penal exclusivamente formal e potencialmente arbitrário, já que ilimitado.

Ainda, merece destaque a preocupação do Direito Penal do inimigo em eliminar um perigo sendo necessário para isso a incriminação de atos preparatórios, ou seja, a criminalização dos atos preparatórios que hoje é exceção para esta tese, se necessário, seria regra.

No que tange a aplicação da sanção penal, a preocupação em garantir maior segurança ocasiona o aumento das penas e medidas de segurança.

A prisão preventiva passa a ser mais usada o que permite que medidas restritivas de liberdade, tais como interceptação telefônica, incomunicabilidade de presos, etc., sejam aplicadas com mais frequência.

Sendo assim, quatro aspectos importantes do Direito Penal do inimigo merecem destaque.

Em primeiro lugar, a imperiosa necessidade de que as normas penais devem se preocupar com o fato futuro e não com o fato cometido.

Em segundo, as penas previstas são desproporcionais às infrações cometidas; evidente desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

Terceiro, algumas garantias processuais são relativizadas ou suprimidas.

E, por fim, o Direito Penal do inimigo faz com que este ramo do Direito avance, de forma desmedida, incriminando qualquer conduta, neste sentido.

3.4.5 Função simbólica do Direito Penal

Embora este enfoque já foi citado acima, mesmo que “em passant” é necessário, neste contexto, voltarmos para a questão, sobretudo dentro de um aspecto do Direito Pena Máximo.

Neste diapasão assevera Masson (2010, p. 37)

Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos. Em relação aos primeiros, acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. Quanto aos cidadãos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. Manifesta-se, comumente, no Direito Penal (DP) do terror, que se verifica c/ a inflação legislativa, criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias (DP de emergência), ou então com o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do DP).

A função simbólica supracitada, necessita ser rechaçada, pois, embora em um primeiro momento, exerce funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao DP. Destarte, em médio prazo, seus danos são ainda maiores, ou seja, resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais.

A expressão Direito Penal simbólico é usada no sentido crítico, significando que tem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. Já o punitivismo é a criminalização e a exacerbação das penas de modo exagerado. (GÉNOVA, 2007, p. 35)

Nota-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo é mais uma maquiagem no próprio Direito do que uma tese em si.

Busca-se desvirtuar a finalidade e o sentido do Direito Penal, fazendo de uma ciência jurídica, como o próprio nome diz um símbolo de incompetência legislativa e banalização do ridículo.

3.5 Direito Penal Mínimo ou Direito Penal de Mínima Intervenção

Em continuidade ao estudo dos movimentos políticos criminais, será analisado neste tópico o Direito Penal mínimo que se caracteriza pela não intervenção estatal ou, melhor dizendo, pela intervenção estatal minimamente, apenas quando for evidentemente necessária.

Primeiramente, convém assinalar que a Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade de pessoa humana, o que está perfeitamente em sintonia com um dos objetivos fundamentais da República Federativa, estabelecido na Carta Magna em seu artigo 3º, I, qual seja o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao se reconhecer esse postulado da dignidade da pessoa humana certo é que limites ao exercício do direito de punir do Estado devem ser respeitados para que não se viole o exercício do direito de liberdade do ser humano.

A partir do momento em que se busca esse equilíbrio entre o direito de punir do Estado e qual bem jurídico realmente deverá ser protegido pelo Direito Penal é que nasce o Direito Penal Mínimo.

Para este, somente os bens vitais para o ser humano e, conseqüentemente, que não possam ser protegidos por outros ramos do direito é que serão tutelados pelo direito penal.

Conforme afirma Cervini (1995, p. 201)

E hora de o Direito Penal sair do plano das abstrações para atender as necessidades reais dos homens. Em atenção a essa questão, faz-se necessário entender o malefício de certas condutas que acompanham a mudança, mas, fundamentalmente, deve-se 'dessacralizar' o Direito Penal e superar certos temores irracionais, motivo pelo qual alguns setores se fecham ante soluções alternativas

a penal, caminhos que com maior efetividade e menor custo poderiam empregar-se para atacar muitos conflitos’.

E, para que para que essa tutela penal possa ter resultados satisfatórios é imprescindível, antes de tudo, caminharmos através dos princípios constitucionais fundamentais, que orientam o Direito penal mínimo; já estudados no segundo capítulo deste trabalho, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana, legalidade ou reserva legal, intervenção mínima, lesividade, insignificância, humanidade, adequação social e proporcionalidade.

Aqui, portanto, é o núcleo deste trabalho, ou seja, todos esses princípios irão orientar o legislador em dois momentos cruciais: na criação das regras jurídicas, notadamente auxiliando na seleção dos bens a serem protegidos e, posteriormente, na revogação dos tipos penais, especialmente, como vimos, na utilização do princípio da adequação social.

Sem esquecermos, também, da utilização dos citados princípios no trabalho, quase artesanal, de criar a norma jurídica, o direito vivo, isto é, na subsunção do fato na regra jurídica, na melhor maneira de interpretar e aplicar a lei penal.

Para que se possa entrelaçar a aplicabilidade dos princípios de forma direta nessa teoria minimalista do direito penal, urge fazer uma breve análise da localização desses princípios nas ideias do direito penal mínimo.

Como foi estudado anteriormente o princípio da intervenção mínima tem como meta ajudar o legislador na criação ou revogação dos tipos penais. Sendo assim, somente serão tutelados pelo direito penal os bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

A respeito da valoração que é dada ao bem jurídico comenta Greco (2005, p. 31)

O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valoração do bem. Se for concebido como bem de relevo, passaremos ao segundo raciocínio, ainda no mesmo princípio, vale dizer, o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal. Sua importância deverá também ser aferida para fins de revogação dos tipos. Se um bem era importante no passado, mas atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal, servindo o princípio da intervenção mínima de fundamento para a sua revogação.

Dessa forma, somado ao entendimento anterior do ilustre doutrinador Cervini, é oportuno entender, a título de complementar essa ideia, que o bem jurídico protegido deve ter respaldo constitucional, sob pena de se tutelar bens que colidam com os valores protegidos pela Carta Magna constitucional.

Assim, os bens jurídicos fundamentais já estão previamente protegidos na Constituição, o Direito Penal vai apenas, reforçar, a sua maneira, esta tutela.

Por outro lado, as penas devem ser severas, sem dúvida, pois o primeiro crivo já determinou que dada conduta atinge um bem jurídico relevante, mas ser severa e dura não significa ser cruel e desumana.

Sendo assim, a seguir se dará sequência no estudo do Direito Penal mínimo e será feita uma análise de como sua aplicação possibilita a flexibilização do formalismo penal, enquadrando o Direito Penal na sua verdadeira missão neste vasto campo jurídico e ainda destacando que o mesmo será um instrumento muito importante para se encontrar o equilíbrio no exercício do direito de punir do Estado, sem ofender os direitos fundamentais dos cidadãos e, por conseguinte conseguirá a redução da criminalidade.

Importante ressaltar que o presente estudo, do minimalismo penal, visa contribuir com elementos para a transformação do sistema penal e não o seu desaparecimento.

Somados a essa ideia da intervenção mínima do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito surgem as Regras de Tóquio, que serão estudadas em um tópico adiante.

Através do Direito Penal Mínimo, e possível, sem dúvida, diminuir a criminalidade. Isso ocorre porque através dessa teoria ocorreria uma retração do Direito Penal que não se preocuparia com crimes insignificantes mas sim tutelaria bem jurídicos relevantes da sociedade, fazendo com que pequenos delitos se transformem em infrações administrativas.

O pano de fundo principal do Direito Penal Mínimo é trazer, aliás, voltar a dar ao Direito Penal um caráter de *ultima ratio*.

3.5.1 As regras de Tóquio

Durante a evolução histórica do Direito Penal observa-se que a pena inicialmente era concebida simplesmente como instrumento de coerção e imposição

do poder do Estado por meio de punições cruéis e degradantes desconsiderando-se por completo os direitos humanos.

Diante da necessidade de por fim a esse desrespeito a dignidade do ser humano é que em 10 de dezembro de 1948 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É a partir daí que começa a se perceber que a pena privativa de liberdade da atualidade tem suas raízes no processo histórico das punições desumanas.

Com o escopo de reduzir o número de reclusos, em 1990 na Assembleia Geral do Congresso da ONU, os membros do Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente elaboraram regras mínimas para soluções alternativas à prisão denominadas Regras de Tóquio.

As regras de Tóquio declaram a necessidade de se reconhecer garantias mínimas aos infratores submetidos a pena privativa de liberdade e conseqüentemente estimular o senso de responsabilidade na sociedade em relação a esses reclusos.

No que concerne às garantias mínimas é inegável que o princípio da legalidade e do devido processo legal devem ser respeitados e deve se buscar um equilíbrio entre a ressocialização do infrator, a reparação da vítima e a segurança e prevenção do delito em sociedade.

Em relação a participação da sociedade segundo essas regras de Tóquio é imprescindível que permaneça a mentalidade de que o crime não deve ser visto como fato isolado, mas sim como um acontecimento resultante da vida em sociedade.

Sendo assim, a comunidade deve se aproximar e participar dessa justiça penal, verificando a realidade dos inclusos e até mesmo ajudando a sua reintegração ao convívio social.

Cabe ressaltar também, e principalmente, que essas regras estimulam a aplicação de penas alternativas (se o Direito Penal for necessário) que vão de encontro com as ideias do Direito penal mínimo.

Seguindo essas ideias, as regras de Tóquio estabelecem que as medidas não privativas de liberdades devem ser utilizadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

Isso se verificaria no momento em que referido princípio se exteriorizasse através dos processos de despenalização e descriminalização.

Nesse sentido, as inovadoras ideias político-criminais da atualidade para o direito penal mínimo seria minimizar a sua utilização para a resolução de conflitos penais, o que se verificaria com a descriminalização de algumas condutas previstas no Código Penal brasileiro somada a despenalização que significaria adotar medidas ou penas alternativas para alguns crimes em que o bem jurídico ofendido não é de fundamental relevância para o qual deva ser cominada pena privativa de liberdade.

Concordamos com a primeira, mas discordamos em parte – fundamento que será abordado abaixo – com a segunda, isto é, Despenalização.

3.5.2 Descriminalização

Inicialmente cabe salientar que ao se falar em descriminalização não se pretende aqui desconsiderar o Direito Penal, mas sim chamar atenção para o que realmente deve ser criminalizado.

O conceito de descriminalização é definido pelo ilustre doutrinador Cervini (1995, p. 72) onde explica que “É sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”.

Sendo assim, depreende-se do conceito citado que descriminalizar seria quando uma conduta deixa de ser típica tanto no âmbito do processo legislativo, onde nasce a norma penal, quanto no meio social, corroborando o princípio da adequação social, segundo o qual se a sociedade já não atribui a essa conduta um caráter delitivo não há razão para manter essa norma incriminadora.

Observa-se que muitas condutas típicas previstas em leis extravagantes e no Código Penal são inócuas diante da nova realidade social.

Nesse contexto surge a descriminalização, que atingirá todas as condutas que hoje são consideradas típicas pela lei penal, mas que não são reprovadas pela sociedade e que as aceita naturalmente.

Como dito anteriormente é notório que alguns crimes não deveriam merecer a tutela penal, pois estão em desacordo com a realidade social e, sobretudo, em desacordo com a natureza – de *ultima ratio* – do Direito Penal.

Há vários exemplos, especialmente nos Títulos VII e VIII do Código Penal – Crimes contra a Família e Crimes Contra a Incolumidade Pública e, também, os delitos de menor potencialidade ofensiva.

Assim, não se justifica a tipificação de condutas que não afetem o objeto da tutela penal.

Nesses casos destaca-se a importância da descriminalização, que seria uma medida caracterizadora de um Estado democrático de direito e acima de tudo estaria de acordo com a nova política criminal de um Direito Penal Mínimo, ou seja, a lei é abstrata e, sobretudo, a lei penal é excepcional e, esta excepcionalidade depende da seleção através dos princípios constitucionais.

Nesse diapasão o Estado-Penal teria menos condutas para se preocupar e, sem dúvida, seria mais eficiente e mais justo, além de, notadamente evitar uma banalização de uma ciência tão importante e excepcional.

O processo de descriminalização de condutas sofre várias críticas e dentre elas destacam-se as que dizem respeito ao fato de que a utilização de medidas alternativas à prisão poderia gerar, em tese, a diminuição das garantias e formas de controle menos seguras; as dificuldades pelas quais passará o legislador para definição dos limites da descriminalização poderá gerar insegurança jurídica; que o processo de descriminalização poderá gerar dificuldades na busca pelas provas; a conduta descriminalizada em um determinado país poderá gerar o aumento da prática do fato em relação aos demais países que continuam considerando-a como crime; uma das funções declaradas da pena é a prevenção geral e a descriminalização prejudica que essa opere os seus efeitos. (CERVINI, 1995, p. 96-97)

E, no mesmo contexto, completa o autor

Os limites da intervenção penal são definidos pelo legislador, assim, não pode atribuir à descriminalização a ausência destes mesmos limites. O argumento de que a descriminalização favorecia a prática de condutas antes descritas como típicas não merece prosperar. Basta que se relembrem as condutas de adultério e sedução: houve acréscimo na prática destes fatos após a descriminalização? É evidente que não. Já em relação à prevenção geral, que significa a abstenção da prática de determinados atos por medo do recebimento de uma pena, devem-se levar em consideração alguns fatores: a conduta descriminalizada passou a ser controlada por um dos outros mecanismos de controle social que, também, realiza a prevenção geral; sempre que há a descriminalização de uma conduta os prováveis efeitos negativos são avaliados e sempre que possível serão neutralizados; assim, verifica-se que quando há descriminalização existem grandes possibilidades de redução dos efeitos decorrentes da prevenção geral, porém. Compensa-se assumir o risco, pois, as vantagens da intervenção mínima sobrepõem-se às desvantagens apresentadas por uma política criminal de máxima criminalização. (CERVINI, 1995, p. 83-84)

O autor supracitado usa dois aspectos de suma importância para defender seu pensamento, demonstrando, com fatos concretos, através da prevenção especial e geral, as vantagens da descriminalização e a exceção do direito Penal.

No mesmo sentido também citamos

Em outras palavras, o Direito Penal não pode ser instrumento de governo para implementação de políticas públicas ou ferramenta para corrigir disfuncionalidades do sistema social, mas interceder tão somente nas situações em que bens jurídicos constitucionais sofram agressões de relevante monta, não eficazmente diluídas por outra espécie punitiva. (PELARIN, 2002, p. 160 apud GÊNOVA, 2007, p. 44)

É claro que esta descriminalização não é simples e a curta prazo, isto é, o processo é longo e árduo, mas é necessário começar.

Ademais a complexidade é demasiada e, neste ponto citamos o Professor Genova (2007, p. 44-45)

A descriminalização consiste em tornar lícitas, no âmbito penal, condutas até então incriminadas, ou, em outras palavras, retirar o fato da incidência do Direito Penal. A descriminalização pode manifestar-se sobre três formas:

- a) *Descriminalização formal, de jure* ou em sentido estrito, que consiste em retirar do fato o seu caráter ilícito em todos os ramos do direito, pois passa a ser socialmente aceito;
- b) *Descriminalização substitutiva* que consiste na eliminação da antijuridicidade penal do fato, transformando-o em ilícitos de outra natureza, com punições administrativas;
- c) *Descriminalização de fato* que consiste na não-aplicação de regras penais em razão de inúmeros fatores, como sobrecarga do sistema penal, não conhecimento do crime, etc.

Pois bem, pelo menos, isto é, no mínimo, a Descriminalização substitutiva deve ser tratada e debatida com mais carinho.

Sem dúvida há ramos do Direito que pode, eficazmente, substituir o Direito Penal na tutela de diversos bens jurídicos. Tornando o Direito Penal mais limpo e eficiente.

3.5.3 Despenalização ou Penalização Máxima?

Aliada a medida da descriminalização está a despenalização que segundo o

entendimento de Cervini (1995, p. 75) é “um ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”.

O que sugere a despenalização é que medidas alternativas a prisão sejam utilizadas.

Seriam os chamados ‘substitutos penais’ que integram a proposta da política criminal de um Direito Penal Mínimo, sobretudo, no seu preceito secundário.

O enfoque seria evitar ou até mesmo reduzir os efeitos da prisão e também estimular a reintegração social do condenado.

São substitutos penais as penas restritivas de direitos do art. 43 do Código Penal (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou às entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana), a multa substitutiva (art. 60, parágrafo 2º), e medida de segurança substitutiva do art. 98 do Código Penal.

É importante lembrar que esses processos despenalizadores são clássicos e não consensuais, ou seja, não englobam a transação, acordo ou conciliação, medidas essas prescindíveis em um Direito Penal Mínimo como queremos desenhar. Nesse sentido Gomes (1999, p. 57) comenta que

Os substitutivos penais e as medidas alternativas configuram exemplos clássicos de despenalização não consensual. Modernos processos despenalizadores levam em conta o consenso, o princípio da oportunidade e interessa-lhes mais a ressocialização que a retribuição do infrator, mais a reparação dos danos à vítima que o atendimento da pretensão punitiva estatal (segue essa linha despenalizadora a Lei 9.099/95).

É cediço que, se de um lado temos os substitutivos penais cujo objetivo é substituir a pena privativa de liberdade aplicada, de outro lado, destacam-se processos despenalizadores que visam evitar ou restringir a execução da pena privativa de liberdade já aplicada, quais sejam: *sursis*, livramento condicional, regime aberto ou semiaberto da pena de prisão, prisão domiciliar, remição da pena pelo trabalho, anistia, graça e indulto.

Assim para que se possa instrumentalizar a política de um direito penal mínimo é imprescindível que substitutivos penais e processos despenalizadores sempre caminhem juntos.

Porém, cabe aqui uma observação: não somos contra aos institutos despenalizadores ou aos substitutos penais, mas cremos que eles precisam estar como a exceção da exceção.

Assim, explico: se fizemos a primeira pergunta, isto é, o bem jurídico é tão importante que necessitada da tutela penal; o bem jurídico é vital, é essencial. Cremos que a pena deve ser a altura desta violação a regra penal.

Não podemos pensar em medidas alternativas despenalizadoras pré ou pós pena privativa de liberdade, quando o bem jurídico violado for essencial.

O Direito Penal só atua quando for realmente necessário e, portanto, esta sua atuação e, sobretudo, sua reação tem que ser a altura, severa, dura, quase que inflexível e, neste sentido, a pena privativa de liberdade, nos parece necessária em seu grau mais elevado.

Neste ponto

A mínima intervenção do Direito Penal sempre cuidou do aspecto negativo, ou seja, sempre pretendeu cortar excesso de punição, mas devemos também nos preocupar com seu aspecto positivo, ou seja, cortar o excesso de impunidade. (GOMES, 1992, p. 90)

Quando concluímos que o bem jurídico é fundamental, também será fundamental que a reprimenda, o castigo, a repressão seja tão fundamental quanto.

Portanto, não cremos na despenalização e sim, aos crimes que restarem ao Direito Penal Mínimo, na penalização máxima e conseqüentemente em um Direito Penal justo e eficiente.

Alias, cabe aqui um paralelo entre três pontos fundamentais do presente trabalho: as penas, o princípio constitucional da proporcionalidade e o Direito Penal com a máxima eficiência.

Dissemos no primeiro capítulo que não há crime sem pena, isto é, não temos como falar em infração penal sem falarmos em castigo, em pena.

Destarte, já caminhando pelo segundo ponto supracitado, este castigo, esta pena, deve ser proporcional ao crime cometido.

Aqui, sem dúvida, o preceito secundário do crime deve estar em consonância com o princípio da proporcionalidade, sob pena do mal do crime e o mal da pena não serem razoáveis.

Aliás, cabe aqui uma observação, geralmente quando falamos em princípio da proporcionalidade e pena, sempre temos uma ideia da necessidade de sanções mais humanas, alternativas, mais leves.

Neste sentido

O princípio constitucional da proporcionalidade decorre do Estado de Direito e se justifica na proteção aos direitos fundamentais, estabelecendo limites ao poder estatal. Este constitucional princípio é, pois, *uma exigência substancial do Estado de Direito, no sentido de exercício moderado de seu poder*. Tem assim por escopo a proteção dos direitos do homem enquanto cidadão, impedindo os arbítrios estatais, estabelecendo uma moderação no exercício do poder. (LYRA⁵, 2006 apud CHAGAS, 2009, p. 6, grifo do autor)

Neste diapasão, percebemos que o princípio da proporcionalidade é utilizado como limite ao arbítrio estatal e, também, como direito do cidadão a uma pena cada vez mais moderada.

Neste ponto, insistimos, estamos só olhando os direitos (legítimos diga-se) do acusado, porém, e os direitos da vítima? E aquela pessoa que perdeu a vida sem direito de defesa? E a família que fica e “morre” dia-a-dia pelo vazio e saudade que não passam? Onde está o princípio da proporcionalidade no outro lado da moeda? O que é proporcional quando se mata uma criança? O princípio da proporcionalidade, também, tem que proteger a proporcionalidade da dor.

O Código penal traz flagrantes desrespeitos ao aludido princípio.

Como aceitar que a lesão corporal culposa cometida na direção de veículo automotor seja punida com detenção de 6 (seis) meses a dois (dois) anos, enquanto o Código Penal estabelece, no art. 129, § 6º, a pena de detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano para a lesão corporal culposa, e mais, prevê ainda para o crime de lesão corporal em sua forma dolosa a pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção?

Portanto, a conduta dolosa e culposa tem o mesmo desvalor? O agente que pratica uma lesão corporal culposa deve ter o mesmo tratamento penal daquele que pratica uma lesão corporal dolosa?

⁵ LYRA, G. I. L. de. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro. **Juspodivm**, 2006. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_600.html>. Acesso em: 20 ago. 2014.

Não é concebível que as penas – mínima – do homicídio, crime contra a vida, sejam as mesmas do estupro, crime contra a dignidade sexual; não que a pena do estupro esteja muito alta, pelo contrário, a pena do homicídio que esta, vergonhosamente, abaixo da realidade.

O princípio da proporcionalidade não está sequer próximo de sua utilização precípua quanto a criação e aplicação legislativa.

Neste contexto

Ao invés da proporcionalidade, a desproporcionalidade é patente. Este princípio há de ser observado tanto na relação entre a gravidade do delito e a pena cominada na lei - proporcionalidade abstrata, dirigida ao legislador, como na relação entre a pena imposta concretamente ao autor do fato e a gravidade do delito cometido - proporcionalidade concreta, dirigida ao juiz. (TAIAR, 2007 apud CHAGAS, 2009, p. 6)

Desta forma, é inconcebível e visível a contradição, isto é, criminalizamos condutas que não justificam a reprimenda mais intensa do Direito pena, exemplo: Código Penal, Título VIII, Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública entre outros. Ademais, nem deveriam estar sob a tutela deste Direito.

Por outro lado, há penas flagrantemente desproporcionais à gravidade do fato. O crime é um mal e tem que ter no mal da pena, no castigo, uma reação além de proporcional justa.

Neste ponto

É impreterivelmente preciso que a pena seja proporcional ao delito e também se faz necessário, como leciona Gláucia Lyra, que a medida da proporcionalidade se estabeleça com base na importância social do fato delituoso, ou seja, proporcional a sua nocividade social. O legislador não deveria cominar penas iguais a delitos que ofendam desigualmente a sociedade, nem impor penas graves a delitos de escassa gravidade. (LYRA, 2006 apud CHAGAS, 2009, p. 3)

Neste contexto, utilizando mais uma vez a Constitucional Federal como pano de fundo, temos a reprimenda dos crimes hediondos e equiparados no artigo 5º, inciso XLIII, da Lei Maior.

Estes crimes são chamados de constitucionalizados, pois além da proteção na Legislação Penal estão tutelados, também, devido a sua importância e gravidade, na própria Lei Maior do país.

Assim, coerentemente e proporcionalmente tais delitos são insuscetíveis de fiança, anistia, graça e indulto, ou seja, benefícios que não são razoáveis com a gravidade do fato e, sobretudo, do bem jurídico atingido.

Todavia, e aqui está também a não eficiência, a injustiça e, utilizando os princípios constitucionais, a desproporcionalidade, até estes crimes – hediondos e equiparados – estão recheados de penas insignificantes e benefícios irrazoáveis com o mal causado.

Assim, aquela pena, que já era baixa, gera uma sensação de impunidade e injustiça ainda maior, pois cumprindo, às vezes, um sexto já lhe dá o direito do livramento condicional e outros que tais.

Portanto, propomos um equilíbrio: um Direito Penal Mínimo – ultima ratio – e, também, nesta exceção, quando este bens vitais forem violados, um Direito Penal proporcional, sério e, conseqüentemente, eficiente e justo.

CONCLUSÃO

Dizem que não são as respostas que movem o mundo, mas sim as perguntas.

É fato que o presente trabalho trouxe mais questionamentos e, nem tanto soluções, porém, o objetivo principal era colocar o dedo na ferida, fazer pensar e, quiçá, trazer algumas sugestões.

Percebemos e percorremos, através do Capítulo I – Origem e Evolução da Pena – as formas de sanção. Aliás, não olvidamos em demonstrar a importância desta resposta à infração penal, especialmente, a necessidade de uma pena efetiva.

O supracitado capítulo se fez necessário para demonstrar que não há apenas uma banalização do Direito Penal, mas, também, uma vulgarização da pena.

Sabemos que não há crime sem pena e, conseqüentemente, também não há crime quando a pena se torna inócua, banal, deixando de ser uma arma contra o crime, mas se tornando um convite.

Demonstramos que o exemplo principal é o Juizado Especial Criminal. Assim, quando um crime é classificado de menor potencial ofensivo já se tem em mente o pagamento de uma cesta básica. Isso não é pena, não é castigo e, portanto, tal figura não é crime ou, ao menos, já que o bem jurídico não é tão relevante, tamanha a resposta, não deveria ser.

Nesse diapasão iniciamos o segundo capítulo – Princípios Fundamentais Constitucionais –, à luz do Direito Penal.

É óbvio que a impunidade e a ineficiência do Direito Penal têm inúmeros fatores: socioeconômicos, culturais e, notadamente de educação, mas, sem dúvida, o inchaço do Código Penal contribuiu e contribui, consideravelmente, para a situação que chegamos.

Assim, entendemos que o Direito Penal necessita ser construído, essencialmente, com base nos Princípios Fundamentais Constitucionais.

Não se pode conceber a criação de uma lei penal, antes disso, é inimaginável a edificação de um Código Penal ou de Leis Penais Extravagantes, sem utilizarmos os princípios (e outros talvez esquecidos) citados neste presente estudo.

Destarte, conforme demonstramos, caminhando pelo princípio da dignidade da pessoa humana até o princípio da proporcionalidade, concebemos uma lei penal mais limpa, clara, duradoura e eficiente.

O primeiro, princípio da dignidade da pessoa humana – raiz dos direitos fundamentais – traz, evidentemente, uma proteção ao cidadão e um limite ao poder estatal, especialmente no que se refere ao castigo.

Assim, ainda no mencionado princípio, defendemos uma pena severa, sem dúvida, mas sempre respeitando a dignidade e os direitos humanos, tão arduamente conquistados ao longo da história e, diga-se, ainda em processo de concretização.

O segundo princípio trabalhado – legalidade – desde Beccaria, é, sem dúvida, mais que proteção e limite, trata-se, hoje, do embrião de qualquer Estado Democrático de Direito.

No entanto, para o presente trabalho, o legislador, na construção da legalidade formal, no desenho do Direito Penal estático, precisa e deve se ater, especialmente, aos princípios da intervenção mínima, adequação social, insignificância e, finalmente, proporcionalidade.

Como dissemos, o princípio da intervenção mínima tem como meta ajudar o legislador na criação e/ou revogação dos tipos penais.

Assim, o Estado deve intervir, através do Direito Penal, minimamente, somente quando o bem jurídico, que necessita de proteção, for de tamanha importância que possa trazer um risco à sobrevivência social.

Só bens jurídicos fundamentais necessitam e podem ser tutelados na seara penal; para os outros, na sua maioria, basta uma proteção de outros ramos do Direito (Civil e, principalmente Administrativo).

No mesmo sentido, embora por caminhos diferentes, estudamos o princípio da adequação social, demonstrando que esse irá, também, orientar o legislador na criação e/ou revogação dos tipos penais.

Condutas anteriormente consideradas inadequadas socialmente, mas que hoje são aceitas pela sociedade deverão ser descriminalizadas.

Afinal, como dissemos, o povo é o titular do poder, é ele quem tem legitimidade para dizer o que é, ou não, penalmente relevante. Se a população, através de ações e reações, entende que determinado bem jurídico não é mais tão importante, essa conduta passa a ser adequada socialmente ou, ao menos, adequada penalmente, não mais necessitando de uma proteção penal, podendo ser tutelado, se necessário for, por outro ramo do Direito.

Ainda, trabalhando na construção dos tipos penais, não podemos nos esquecer do princípio da insignificância que, em consonância com as ideias do

Direito Penal mínimo, deverá ser considerado na criação do tipo penal e assim desconsiderar fatos de pequeno valor que envolvam bens jurídicos insignificantes no convívio em sociedade e que, por este motivo, serão irrelevantes juridicamente ou, ao menos, irrelevantes penalmente e, também, tutelados por outros ramos do Direito.

E, por derradeiro, o princípio da proporcionalidade. Esse traz, no nosso entendimento, a complementação de todos os princípios anteriores, ou seja, tudo deve ser feito buscando sempre o que for mais razoável, mais proporcional. Afinal, conflitos irão surgir, nada é absoluto e, portanto, o bom senso, sempre, deve prevalecer.

Assim, é inconcebível criar uma lei penal, criar um crime, sem conhecimentos mínimos de Política Criminal e, notadamente sem conhecer os Princípios Constitucionais Fundamentais – voltados para o Direito Penal – supracitados.

Pois bem, depois de visualizarmos a importância da pena, depois de construirmos a condutas penalmente relevantes e desconstruirmos as irrelevantes, através dos princípios constitucionais fundamentais, chegamos aos dois pontos cruciais do presente estudo e o sintetizamos através de uma expressão que parece equívoca ou excludente, mas que, pelo contrário, se completa e, notadamente fecha nosso pensamento: Direito Penal Mínimo Máximo.

O Direito Penal é a *ultima ratio*, o Direito Penal necessita, urgentemente (já que a moda atual é dieta), eliminar o seu excesso de peso (sobrepeso), sua gordurinha. Citado ramo do Direito carece ficar mais enxuto.

O Direito Penal está carregando um peso que não lhe pertence e isto causou e vem causando consequências até então irreversíveis, sobretudo, no que tange a impunidade e banalização do ramo mais excepcional do Direito.

Apenas os direitos extremamente fundamentais (com a desculpa ao pleonismo) necessitam e devem ser tutelados pelo Direito Penal.

Quantidade nunca trouxe e nunca trará qualidade. Não podemos criar crimes apenas como resposta ao clamor popular e, também e infelizmente, como uma atitude demagoga e eleitoreira no calor de um palanque.

A Ciência Penal precisa ser tratada com a seriedade que ela merece.

Sem um conhecimento mínimo e um estudo prévio dos princípios supracitados não podemos criar um crime.

Ademais, através do conhecimento dos referidos princípios muitos crimes necessitam, invariavelmente, serem descriminalizados.

Títulos como “Dos Crimes Contra A Organização do Trabalho, Dos Crimes Contra o Sentimento Religioso e Contra o Respeito dos Mortos, Crimes Contra a Incolumidade Pública” não precisam estar sob a asa do Direito Penal.

Sem falarmos na piada que se transformou o Juizado Especial Criminal, chamado por muitos como o “Tribunal das cestas básicas”.

O Direito Penal precisa voltar para o seu lugar de *ultima ratio*, de Direito Penal Mínimo, subsidiário, fragmentário, a última alternativa.

Pois bem, por último, após esta lipoaspiração do Direito Penal, os crimes que ficarem, os que restarem são, substancialmente, os bens que necessitam serem tutelados na seara Penal.

Aqui, nesse contexto, surge o segundo coração deste corpo: as penas, os preceitos secundários.

Os castigos precisam estar à altura dos bens que estão sendo protegidos. Causa e efeito necessitam de uma proporcionalidade/razoabilidade para que punibilidade não se transformem em devaneios e injustiças.

Isso posto, visualizamos dois passos fundamentais para trazer especialidade, eficiência e racionalidade ao Direito Penal: criminalizar, através dos Princípios Constitucionais Fundamentais, somente o essencial, descriminalizar, também utilizando referidos princípios, o que não é mais necessário: Direito Penal Mínimo; e, segundo, depois da seleção reformar os preceitos secundários do tipo, ou seja, trazer castigos que realmente inibam a prática criminosa e se, mesmo assim, o crime acontecer penas tão severas, que façam o delinquente refletir sobre sua conduta: Direito Penal Máximo.

Enfim, trata-se, entendemos a busca de um equilíbrio, ou seja, vamos proteger, através do Direito Penal, o mínimo; aí, dentro deste mínimo teremos o máximo de proteção: Direito Penal mínimo máximo ou, melhor dizendo, Direito Penal de Mínima intervenção e Máxima eficiência.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H.. Teoria dos princípios: da definição á aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1.

BONFIM, E. M.; CAPEZ, F. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**: Casa Civil, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Presidência da República**: Casa Civil, Brasília, DF, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 31 ago. 2013.

_____. Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). **Presidência da República**: Casa Civil, Brasília, DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3665.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

_____. Decreto nº 22.213, de 14 de Dezembro de 1932. Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22213-14-dezembro-1932-516919-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Presidência da República**: Casa Civil, Brasília, DF, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm> Acesso em: 01 ago. 2014.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Presidência da República**: Casa Civil, Brasília, DF, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

CHAGAS, J. R. As penas no ordenamento jurídico brasileiro à luz do princípio da proporcionalidade. **Direitonet**, 29 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5224/As-penas-no-ordenamento-juridico-brasileiro-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

CERVINI, R. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GENOVA, J. J. **Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo à Luz dos Princípios Constitucionais**. 2007. 228 f. Tese (Doutorado em Direito das relações sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5764>. Acesso em: 01 jul. 2014.

GOMES, L. F. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.v.1.

_____. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, número especial de lançamento, p. 88-109, dez. 1992.

GRECO, R. **Curso de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

ISERHARD, A. M. R. F. **Caráter vingativo da pena**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

LEAL, J. J. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

MARTINS, J. S. **Direito penal: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARQUES, J. F. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.1.

MASSON, C. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. São Paulo: Método, 2010. v.1.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

NORONHA, E. M. **Direito penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASCHOAL, J. C. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELI, J. H.; ZAFFORONI, E. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, P. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROBERTI, M. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SILVA, E. L. Uma visão global da história da pena. In: ENCONTRO NACIONAL DA EXECUÇÃO PENAL, 1., 1998, Brasília. **Anais...**Brasília: FAP/DF, 1998. p. 15.

TAIAR, R. **A dignidade da pessoa humana na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2007. 151 f. Dissertação (Mestrado em direito) - Centro Universitário Fieo, Osasco, 2007. Disponível em:
<http://www.unifieo.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2007/dissert_rogerio.pdf>.

TELLES, N. M. **Direito penal**: parte geral I. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1.

TOAZAA, R. G. O Princípio da insignificância no direito penal brasileiro. São Paulo: Nelpa, 2012.

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, E. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.