

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

JOSÉ ROBERTO BAPTISTA JUNIOR

**POR UM DIREITO PENAL EFICAZ: UMA CONSTRUÇÃO CRÍTICA PARA ALÉM
DO EFICIENTISMO**

MARÍLIA/SÃO PAULO

2020

JOSÉ ROBERTO BAPTISTA JUNIOR

**POR UM DIREITO PENAL EFICAZ: UMA CONSTRUÇÃO CRÍTICA PARA ALÉM
DO EFICIENTISMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Estado, Linha de Pesquisa - Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica -, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Roberto da Freira Estevão

MARÍLIA/SÃO PAULO

2020

BAPTISTA JUNIOR, José Roberto

Por um Direito Penal Eficaz: Uma construção crítica para além do eficientismo / José Roberto Baptista Junior; orientador: Prof. Dr. Roberto da Freiria Estevão. Marília, SP: [s.n.], 2020. 136f.

Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, 2020.

1. Fundamentos do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. 2. Direito Penal e Bens Jurídicos Penais. 3. Eficácia Penal X Eficientismo Penal: Uma Adequação Constitucional – Crítica à Cominação da Pena em Abstrato e a Questão da Adequação ao Modelo do Estado Democrático de Direito

CDD: 341.5

JOSÉ ROBERTO BAPTISTA JUNIOR

**POR UM DIREITO PENAL EFICAZ: UMA CONSTRUÇÃO CRÍTICA PARA ALÉM
DO EFICIENTISMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Estado, Linha de Pesquisa - Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica -, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Marília, SP, ____ de _____ de 2020.

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - Coordenador do Curso

Prof. Dr. Roberto da Freiria Estevão - Professor Orientador

Prof. Dr. Teófilo Area Leão Junior - Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Gláucio Roberto Brittes de Araújo - Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao Criador, pela saúde, por me dar condições de estudar. Agradeço ao Professor e Orientador Roberto da Freiria Estevão, pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa, aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Coordenação da Faculdade pelo apoio institucional e pelas facilidades oferecidas. Agradeço ainda, a minha esposa Grazielle Baptista, pela ajuda na correção ortográfica, ao meu irmão Henrique Baptista pela ajuda na pesquisa, aos meus amigos Dr. Leônidas Correia das Neves e Dr. Marcos Escobar Gomes Pereira, e a todos aqueles que direta e indiretamente me ajudaram nessa árdua e gratificante caminhada.

RESUMO

O presente estudo pretende demonstrar as noções funcionalistas e utilitaristas do Direito Penal, com ênfase para além de sua eficiência (aplicabilidade), a partir de sua função de proteção à bens jurídicos, de sua finalidade na busca da justiça e da paz social. Para tanto, utilizou-se pesquisa bibliográfica, nos referenciais apropriados, assim como documental, na legislação e na jurisprudência aplicáveis. Utilizou-se, a título de método de abordagem principal, o dedutivo e, como procedimento secundário, o comparativo. Procuramos ainda, fazendo uma digressão histórica, construir uma noção mais robusta do conceito “eficiência”, equilibrando as diferenças entre: fundamento, sua função e a finalidade do Direito Penal, demonstrando quando o direito penal deve ser invocado para a proteção dos bens jurídicos fundamentais, e quando a normal penal deve ser mitigada (princípio da insignificância ou bagatela). Buscamos demonstrar que o Direito Penal há de ter a função de *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima), e, jamais deve ser utilizado como instrumento político de controle coletivo ou individual de violência, ou seja, um aparelho político-ideológico, principalmente em campanhas eleitorais populistas.

Palavras Chave: Pena. Direito Penal. Estado Democrático. Processo penal.

ABSTRACT

The present study intends to demonstrate the functionalist and utilitarian notions of Criminal Law, with an emphasis beyond its efficiency (applicability), from its function of protecting legal assets, from its purpose in the search for justice and social peace. For that, bibliographic research was used, in the appropriate references, as well as documentary, in the applicable legislation and jurisprudence. The deductive method was used as the main approach and, as a secondary procedure, the comparative method. We also seek, by making a historical digression, to build a more robust notion of the concept "efficiency", balancing the differences between: foundation, its function and the purpose of Criminal Law, demonstrating when criminal law should be invoked for the protection of fundamental legal assets, and when the penal standard must be mitigated (principle of insignificance or trifle). We seek to demonstrate that Criminal Law must have the function of ultima ratio (principle of minimum intervention), and should never be used as a political instrument of collective or individual control of violence, that is, a political-ideological apparatus, especially in campaigns populist electoral systems.

Keywords: Penalty. Criminal Law. Democratic State. Criminal Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	9
1.1. DIREITO PENAL E CONTRATO SOCIAL: A ATUALIDADE DE BECCARIA.....	9
1.2. DIREITO PENAL MÍNIMO X MINIMALISMO PENAL: UMA LEITURA A PARTIR DE HASSEMER.....	19
1.3. GARANTISMO PENAL E DEMOCRACIA: A (IN)ADEQUAÇÃO DE FERRAJOLI AO BRASIL.....	25
2. DIREITO PENAL E BENS JURÍDICOS PENAIS	37
2.1. FUNCIONALISMO PENAL E PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS	38
2.2. A CRIMINALIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
2.3. OS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	57
2.4. O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE “REDUÇÃO DE DANOS”	81
3. EFICÁCIA PENAL X EFICIENTISMO PENAL: UMA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL - CRÍTICA À COMINAÇÃO DA PENA EM ABSTRATO E A QUESTÃO DA ADEQUAÇÃO AO MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	87
3.1. O CARÁTER PEDAGÓGICO DAS PENAS	100
3.2. A QUESTÃO DA CORRUPÇÃO GOVERNAMENTAL: PENAS “SIMBÓLICAS” PARA CRIMES DE “LESA-DEMOCRACIA”	119
3.3. AS VÁRIAS ESFERAS DE RESPOSTA ESTATAL AOS ATOS ILÍCITOS E A RETICÊNCIA JUDICIAL: POR QUE NÃO PRENDER, CONFISCAR E TORNAR INELEGÍVEL, SIMULTANEAMENTE?	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
REFERÊNCIAS.....	134

INTRODUÇÃO

O objetivo geral desse estudo, utilizando do método de pesquisa qualitativo e bibliográfico é demonstrar as noções funcionalistas e utilitaristas do Direito Penal, com tendo como objetivo específico, sua aplicação para além de sua eficiência (aplicabilidade), a partir de sua função de proteção de bens jurídicos e de sua finalidade que busca a justiça e a paz social, pois no passado, acreditava-se que bastava o Estado liberal clássico, que através da omissão de condutas danosas ao indivíduo, resguardaria a dignidade da pessoa humana.

A problemática do tema está bem delimitada, tendo como base o repúdio ao aumento indiscriminado de normais penais como meio de pacificação social. Portanto, iremos traçar um paralelo entre as duas vertentes do Direito Penal, ou seja, Funcionalismo Radical (Direito Penal do Inimigo) e o Funcionalismo Teleológico (Minimalismo Penal).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, foi criada, primordialmente, para garantir uma maior igualdade entre os povos. Outras cartas de direitos a precederam, porém, a Declaração foi o primeiro documento a estabelecer um objetivo comum, a ser atingido por todas as nações. Seus artigos possuem princípios universais, indivisíveis e interdependentes, mesmo assim, a Declaração não conseguiu atingir seu ideal plenamente.

Hodiernamente, muitas são as violações contra o ser humano, e a ineficácia do governo na aplicabilidade da lei e na apuração de crimes, acaba agravando esta situação. A busca da igualdade é um dos mais marcantes significados, dos seus 30 artigos. E também a consolidação de liberdades, conquistadas por toda a humanidade.

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos Países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Todos estes princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de

um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um direito penal mínimo e garantista.

A sociedade pós-moderna está fundamentalmente marcada pela globalização, pela velocidade das informações, pela tecnologia, pela inexistência de fronteiras, porque o homem está desterritorializado.

Desapareceu o projeto de vida do homem como ser atomizado de Leibniz, porque a luta não é mais de um homem contra o outro em face de sua natureza violenta, mas pela disputa de bens que garantam a sobrevivência, o bem-estar, a riqueza, enfim, o poder para dominar o semelhante.

O homem dos séculos XX e XXI desenvolveu uma sociedade de massa, de consumo, com concentração de riqueza nas mãos de poucos e clamorosos desequilíbrios socioeconômicos. Como era de se esperar, a violência aflora com toda a sua força.

A violência da sociedade pós-moderna é ontologicamente distinta e apresenta uma fenomenologia típica das sociedades complexas. Buscar as causas dessa violência exige uma reflexão além da simples criminalidade.

Para atingir os objetivos traçados acima, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, nos referenciais apropriados, bem como documental, na legislação e na jurisprudência aplicáveis à espécie. Quanto à metodologia, utilizou-se o como método de abordagem principal, o dedutivo, partindo-se dos fundamentos do direito penal, até o estudo específico acerca da aplicação dessas bases à teoria da pena. Como procedimento secundário, foi utilizado o comparativo, estabelecendo-se os elementos necessários à adequação da cominação das penas ao Estado Democrático de Direito.

O trabalho inicia com os estudos sobre os Fundamentos do Direito Penal, fazendo uma digressão histórica, enfatizando as várias fases do Direito Penal, suas teorias, princípios, os bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora, e por fim, um paralelo entre Eficiência Penal e Eficientismo Penal.

1 FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 DIREITO PENAL E CONTRATO SOCIAL: A ATUALIDADE DE BECCARIA

Por meio de um recorte histórico, faz-se importante caracterizar, em linhas gerais, o Direito Penal arcaico e pré-liberal, pois, como preleciona Batista,¹ há forte coerência entre os fins do Estado e os fins do Direito Penal, a ponto de o conhecimento dos primeiros, por meio da análise de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais, é fundamental para a compreensão dos últimos.

Acerca da importância de adentrar-se no estudo da estrutura penal que antecede o Iluminismo, Carvalho² assevera que “[...] olvidar o modelo jurídico do medievo significa, fundamentalmente, ignorar as possibilidades e as armadilhas geradas pela assunção de saberes opostos e conflitantes ao garantista”.

Fazendo uma digressão histórica, Zaffaroni e Pierangeli³ se reportam às culturas distantes como China, Índia, Japão, Coréia, Egito e outras. As características dessas civilizações, no que tange ao direito penal, revelam uma organização teocrática em que as penas eram atrozes e eminentemente corporais; tinham função moral e imperava o talião: o autor do delito era impelido a padecer com a pena que sofrera a vítima.

Ainda de acordo com Zaffaroni e Pierangeli,⁴ o mais antigo direito penal conhecido advém da Babilônia, com o código do rei Hammurabi, do século XXIII a.C., que continha disposições civis e penais. O código de Hammurabi considerava crianças e escravos coisas, podendo ser objeto de furto. Suas penas eram cruéis e desumanas, eis que no flagrante de arrombamento, o ladrão era morto e emparedado; a mulher adúltera era jogada ao rio com as mãos atadas; o sujeito que praticasse um furto aproveitando um incêndio era jogado às chamas. Predominava o princípio do talião nessa legislação: se devolvia lesão por lesão e morte por morte.

¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 22-23.

² CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 05.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 176-177.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 178.

Em Atenas, as penas começam a perder a crueldade de tempos remotos; a base teocrática é afastada (os gregos não julgavam em nome dos deuses); com Grécia e Roma, tem-se o momento em que se abrange o maior grau de laicização do direito penal na antiguidade, apesar de não ser esta, uma conquista definitiva na história, havendo um longo percurso de marchas e contramarchas.⁵

Em Roma já se pode falar de uma verdadeira ciência penal e seguir o curso de uma legislação através de treze séculos que se estendem desde o VIII a. C., com a monarquia, até o VI da Era Cristã, com o Digesto [...]. Embora os romanos não tenham alcançado no direito penal o mesmo brilho que lograram no direito civil, não há dúvida de que na atividade legislativa seu papel foi importantíssimo, como não podia deixar de ser em um império que cobriu um período tão vasto da história humana da qual deriva em forma direta nossa cultura.

A origem do direito penal primitivo de Roma, como de outros povos, foi sagrada. Contudo, com o advento da Lei das XII tábuas (século V a. C.), o direito já se encontra laicizado, assentando-se a distinção entre delitos públicos e delitos privados. Aqueles eram perseguidos pelos representantes do Estado e estes pelos próprios interessados. Os delitos contra homens livres em que o Estado detinha interesse na persecução (v.g.: a morte do 'pater', isto é do chefe da 'gens', considerado 'homem livre'), tornavam-se delitos públicos. Desse modo, o direito penal se afirma em seu múnus público representando o interesse do Estado, publicizando-se por meio do procedimento extraordinário, constituído por tribunais que atuavam por delegação do Imperador.⁶

Ferrajoli⁷ sustenta que do direito romano ao direito comum europeu, ou seja, o direito pré-moderno (anterior às codificações) havia uma pluralidade de fontes e de ordenamentos não organizados, muitas vezes conflitantes entre igreja, império, feudos, municipalidades, corporações e similares. Essa falta de um sistema formal de fontes positivas, contraditórias entre si, fez com que o direito vigente continuasse "[...] essencialmente igual ao velho direito romano transmitido e robustecido pela ciência

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 182-183.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 696.

jurídica medieval. Em outras palavras, consistia, mais que um sistema de leis, em um patrimônio doutrinário e literário”.⁸

Com a aproximação da Igreja ao embrionário Estado moderno (aquela fornecendo legitimidade ao poder do soberano e este proporcionando a utilização dos quadros burocráticos) consolida-se um modelo jurídico-político no qual a intolerância domina, servindo como principal característica.⁹

Zaffaroni e Pierangeli¹⁰ informam que o direito penal canônico, aparece recompilado, no século XV, no *Codex Juris Canonici*, formado através de várias fontes, tratando de sintetizar o conceito público de pena dos romanos e o privado dos germanos. A pena se inclina no sentido tutelar, desembocando no procedimento inquisitorial. Via no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação.

Segundo Carvalho,¹¹ na Idade Média, o instrumental normativo de definição do desvio, soergue-se com o entrelaçamento entre as noções de direito e moral. A ofensa apresenta-se, simultaneamente, contra Deus e o Príncipe, gerando o tipo de lesa-majestade divina. O desviante da moral passa a ser chamado de herege, posto que profana verdades inadmissíveis para os dogmas religiosos, ou seja, geradas fora da concepção teocêntrica e monoteísta.

A influência do modelo jurídico-penal da Inquisição, em que religião, moral e direito se confundiam, aportou em terras brasileiras no século XV, com as Ordenações Filipinas (1603), posto que “A palavra pecado abunda nos tipos penais e os crimes contra a fé católica eram penalizados pelo Estado sem ter uma separação efetiva entre as atribuições de um ou de outro no que diz respeito ao ato de punir”.¹²

A pena de morte era prevista para a maioria dos delitos previstos nas Ordenações Filipinas; poderia ser executada de quatro formas diferentes: morte cruel, morte atroz, morte simples e morte civil, numa variação entre a mais grave e a menos grave. Havia um grande poder discricionário do julgador, sendo que, para alguns delitos, era cominada a chamada pena crime arbitrária.¹³

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 697.

⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 14.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 185.

¹¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 15.

¹² CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 13.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 198-199.

Extremamente contundente é a crítica que Batista Pereira faz do Livro V, das Ordenações do reino: “Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas era um misto de despotismo e beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia só ao critério da utilidade. [...]”.¹⁴

Ressalta-se que o estatuto repressivo com feições inquisitoriais perdura além da proclamação da Independência do Brasil, no ano de 1822, e a outorga da Constituição de 1824, até o Código Penal de 1830, possibilitando a configuração de um paradigma observável em inúmeros modelos de Direito e Processo Penal, tais quais a teoria da prevenção especial ou da defesa social, ou do tipo normativo do autor.

Imperioso evidenciar-se o momento de ruptura do direito medievo (com tantas influências para o direito moderno), no novo mundo, e a constituição do Estado civil. Com os filósofos contratualistas do século XVII e XVIII, passou-se a perquirir a tolerância frente às iniquidades perpetradas pela Igreja.

Sustentando a separação entre as funções do Estado e da Igreja, e o conseqüente rompimento ente Direito e moral, com John Locke (1632-1704) instituiu a tolerância como fundamento dos processos de laicização, identificada com a secularização. Com essa concepção de limitação do poder do Estado, ergue-se uma das teses basilares do pensamento político da humanidade: a ruptura entre os juízos individuais internos (Moral) e externos (Direito).¹⁵

E Carvalho,¹⁶ sobre essa importante questão, ainda elucida:

[...] Na renúncia ao exercício das próprias razões, e na constituição do Estado (civil), exsurge o pensamento iluminista consagrado no consenso, sepultando o velho paradigma do medievo. [...] A perspectiva contratualista [...] fornece o solo fértil ao pensamento garantista, visto que assentada na limitação dos poderes pela legalidade: a tutela do direito do homem contra os poderes privados [...] e a opção pelo estado

¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 13-14.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 35.

¹⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003, p. 31-32.

civil; a proteção dos direitos do cidadão contra o abuso dos poderes públicos, desde uma perspectiva limitadora do exercício da violência estatal.

De fato, com a laicização do Estado e do Direito, passa-se a tutelar não o profano, mas sim, e tão-somente, a norma jurídica posta pelo Estado, advinda do contrato social. Este simbolizou o ato de alienação da liberdade individual ao Estado em troca de segurança. A fundamentação do *jus puniendi* passa a residir na violação dos direitos e garantias assegurados pelo Estado, posto que este se torna o detentor da legitimidade de intervir todas as vezes que houver previsão legal, atentando-se para os princípios que norteiam o direito de punir.

Aqui cumpre abrir um parentese para destacar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Constituinte francesa em 27 de agosto de 1789, “[...] representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano [...]”.¹⁷ Ou seja, é um documento de Direito Internacional que corrobora com o rompimento de um momento histórico e, conseqüentemente, o surgimento de um Direito Moderno, em sentido amplo.

O Decálogo tinha as seguintes características: i) intelectualismo – o reconhecimento dos direitos imprescritíveis do homem e a legitimação do poder desenvolveram-se no plano das idéias (almejava-se, com esse documento filosófico e jurídico, a chegada de uma sociedade ideal); ii) mundialismo – seus princípios previam um alcance universal; iii) individualismo – preocupava-se com as liberdades individuais frente ao Estado, sendo considerado documento marcante do Estado Liberal.¹⁸

Para Gusmão¹⁹ a Declaração de Direitos da Revolução Francesa estava “impregnada de idealismo, declara os ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem’. Prescreve a igualdade de todos perante à lei, bem como os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão”, sendo inegável a sua importância para a história da humanidade.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier; Editora Campus, 1992, p. 85.

¹⁸ ROBERT *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 141.

¹⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 48.

O núcleo doutrinário da Declaração em comento está contido nos três primeiros artigos: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede à formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio da legitimidade do poder que cabe à nação.²⁰

Tutelando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração fez sucumbir o antigo regime, de modo que, a partir desse momento, a soberania popular exsurge e os direitos humanos passam a ser reconhecidos.

Essas mudanças não demoraram a refletir no âmbito do Direito Penal. Assim, em 1764 vem a lume uma obra que delimita a área e serve como paradigma de toda a Ciência Criminal. Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, publica *Dei delitti e delle pene*, livro que “marca o início da fase moderna do direito penal. [...] É o defensor do liberalismo no direito penal”.²¹

Fernandes,²² acerca desta fase do Direito Penal, assim disserta:

Funda-se o direito de punir, assim, sobre a necessidade de manutenção do pacto associativo, ‘defendendo o depósito do bem comum’ contra as iniquidades perpetradas pelos indivíduos, ‘e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos.’ Sublinha, o autor, que tal bem comum não foi o motivo que levou os homens a restringirem a sua liberdade, em favor da convivência social – ‘essa quimera que só existe em romances’, consoante assevera -, haja vista que essa limitação foi admitida, unicamente e de modo utilitário, pela necessidade da vida em congregação.

No início de sua obra, capítulo II, intitulado “Direito de punir”, Beccaria²³ assevera que “toda pena, que não derive da absoluta necessidade [...], é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico”. Vê-se, portanto, que Beccaria preconiza, de forma ampla, a necessidade de humanização das penas,

²⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier; Editora Campus, 1992, p. 93.

²¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 21.

²² FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 69, p. 46-94, 2007, p. 57.

²³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28.

clamando que estas tenham uma finalidade senão a mera retribuição aos males causados pelo agente infrator.

Por isso, o embrião do Direito Penal com garantias surge com Beccaria, advertindo que “[...] para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditadas pelas leis”.²⁴

Beccaria lança as bases do Direito Penal contemporâneo a partir de suas críticas à legislação penal européia. Esta passa a ser revista com vistas a limpar as atrocidades e tortura então vigentes, até porque as idéias ilustradas não haviam sido incorporadas na seara penal, sendo somente tratado de passagem.²⁵

Esse Direito Penal garantista traz em seu núcleo princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, contrapondo-se às arbitrariedades dos séculos anteriores.²⁶

O Direito Penal com base principiológica e garantista é um novo direito: “os novos princípios penais, que também são orientadores de direitos humanos, restringem e estabelecem limites para a legitimidade do poder punitivo”.²⁷

Desta feita, o iluminismo revela o Direito Penal como ciência autônoma. É nessa fase que o homem moderno toma uma postura crítica com o Direito Penal como problema filosófico e jurídico que é.²⁸

As fontes desse Direito Penal moderno, alçado no século XVIII são muitas e distintas: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da

²⁴ FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal?** Breves lineamentos sobre a função do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, p. 46-94, 2007, p. 62-63.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 258.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

²⁷ SEMER, Marcelo. **Direito penal e direitos humanos**: uma história de paradigmas e paradoxos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, p. 95-128, 2007, p. 99.

²⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 757, nov. 1998, p. 402-411, p. 403.

supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena.²⁹

Até mesmo a tradição secular da pena de morte passa a ser problematizada com a obra de Beccaria, contestando a utilidade da pena capital. Com argumento contratualista, questionava se a sociedade política advinha de um acordo dos indivíduos que renunciam de viver em estado natural, para viver sob a égide de leis postas, que o protegem reciprocamente, como conceber que esses mesmos indivíduos ponham à disposição de seus semelhantes o direito à vida.³⁰

Dando seguimento, é mister destacar que as teorias do contrato social, propugnadas por Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704) e Rousseau (1712-1778), diferem entre si. O contrato social para Hobbes servira para justificar o absolutismo real; para Locke, o capitalismo e o parlamentarismo; e, para Rousseau, o liberalismo e a República.

Nessa passagem, Beccaria³¹ prestigia a teoria rousseauiana do contrato social, *in verbis*: “[...] só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

Cunhado pela doutrina de penalista do contratualismo, “Beccaria foi seguidor de Rousseau quanto às idéias contratualistas, e disto derivava, como consequência necessária, o princípio da legalidade do delito e da pena”.³²

Em suma, Beccaria insere no Direito Penal, direitos e garantias que até então não existiam, de modo que, com suas idéias, as penas atrozes foram desaparecendo (ao menos formalmente), além de influenciar as reformas penais de seu tempo. Portanto, é inegável a sua contribuição para a evolução do Direito Penal, mas principalmente para a transição do Direito Penal clássico para o Direito Penal moderno.

Em suma, o Direito Penal medieval ou arcaico se caracteriza, sobretudo, pela prática de penas cruéis e arbitrárias, de natureza corporal, sendo o surgimento do

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier; Editora Campus, 1992, p. 163.

³¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 259.

Direito Penal moderno uma reação a todo esse período de terror. Daí a contribuição de estudiosos como Beccaria, que preconizaram a humanização das penas e do Direito Penal como um todo.

Anote-se que o Direito Penal moderno se baseia em certos princípios fundamentais próprios do Estado de Democrático de Direito. Tais garantias e princípios, em sua grande maioria, encontram-se dispostos nos artigos da Constituição da República Federativa do Brasil, principalmente em seu art. 5º, de forma explícita, como se verá oportunamente.

Assim o Direito Penal clássico abre espaço para o Direito Penal moderno, no qual a complexidade das relações sociais revela a possibilidade para a tutela de novos bens jurídicos.

Na sociedade moderna fica claro que novos bens jurídicos passaram a carecer de tutela, como meio ambiente, segurança informática, genética, etc.; todavia a intervenção estatal, quando necessária, deverá ser sempre fragmentária e subsidiária.

A sociedade de risco retratada por Beck se revela como um cenário para o surgimento do Direito Penal *moderno*, que pode ser identificado por estender a intervenção penal a espaços da sociedade que até então não eram alcançados pelo Direito Penal tradicional. A crescente produção de leis penais extravagantes, nesse ponto, seria a dimensão mais evidente desse Direito Penal *moderno*, em um processo de clara *expansão*.³³

A expressão Direito Penal *moderno* não foi pré concebida como “*bandeira*” a ser levantada por aqueles que defendem a ampliação do poder punitivo estatal, e nem mesmo o conteúdo legislativo desse Direito Penal moderno se revela homogêneo entre os Estados de tradição penal germânica. O que tem sido notado, em verdade, é um conjunto de transformações comuns pelas quais as legislações penais desses Estados têm passado, como a criação de tipos penais de perigo abstrato; tutela a bens jurídicos de caráter difusos; penas mais severas; criação de leis penais extravagantes; etc., de forma que o Estado passa a se valer do Direito Penal para *organizar e prevenir* a sociedade.³⁴

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 50.

³⁴ DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Ara Editores, 2010. p. 33

Na sociedade de risco, a sensação de insegurança se transforma em uma marca característica, inquietante e ameaçadora, muitas vezes ampliada ainda mais pelos órgãos da imprensa, como visto no item anterior, o que faz com que a população se sinta desprotegida e passe a exigir respostas rápidas do Estado em prol de sua segurança. E é exatamente dentro desse cenário de insegurança que o Estado começa a se valer do Direito Penal para dar uma resposta à população.

A expansão do Direito Penal nas últimas décadas tem se tornado cada vez mais notória, passando ele a ser utilizado pelo Estado como uma espécie de resposta aos anseios da população. O grande diferencial das tendências político-criminais hodiernas se verifica no seu caráter reativo de combate à crescente criminalidade, buscando-se preveni-la e antecipá-la.

É que dentro desse contexto, diante das cobranças da população, insuflada ainda pelo espetáculo criminalístico difundido pelos meios de comunicação, a reação do Estado se traduz em políticas criminais punitivistas e puramente simbólicas,³⁵ com a finalidade de mostrar à sociedade que o Estado não está inerte diante do “*combate à criminalidade*”. Edifica-se um convincente discurso de que a criminalidade organizada - vislumbrada com maior incidência e temor na criminalidade profissional, econômica, no tráfico de drogas, armas e pessoas, e no terrorismo - é uma ameaça fatal para as pessoas e para a própria manutenção da ordem social, devendo-se reprimi-la a qualquer custo (direito penal de emergência).

E, notadamente, ao se pensar nas legislações penais mais recentes, como os crimes de ordem econômica, ambientais, leis antiterroristas e leis de combate à criminalidade organizada, o que se verifica é que elas procuram, de fato, antecipar cada vez mais o momento consumativo do crime, de forma a facilitar a sua punição, gerando freneticamente novas tipificações de diversas modalidades de condutas preparatórias/indiciárias de atos lesivos e aumentando desproporcionalmente as reprimendas e a flexibilização das garantias penais e processuais de cunho liberal-clássico.

Esse fenômeno de expansão do Direito Penal é bastante criticado pela doutrina em geral, notadamente pelos penalistas da “Escola de Frankfurt”. Tais críticas

³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **El derecho penal simbólico y los efectos de las penas**. Actualidad Penal, n. 1, p. 5-6. 2001.

podem ser, em linhas gerais, divididas sob duas correntes principais, conforme análise feita por Silva Sanchez:³⁶ *minimalistas e expansionistas*.

As críticas da corrente *minimalista* mostram-se contrárias a qualquer possibilidade de se expandir o Direito Penal, baseando-se na ideia clássica do Direito Penal mínimo³⁷. Os autores desta corrente defendem a manutenção do Direito Penal como ramo subsidiário do ordenamento jurídico, somente podendo ser invocado quando nenhum outro ramo do Direito for capaz de tutelar um bem jurídico indispensável à sociedade.³⁸

Portanto, cumpre averiguar a distinção entre o Direito Penal Mínimo e o minimalismo penal, objeto do próximo tópico.

1.2 DIREITO PENAL MÍNIMO X MINIMALISMO PENAL: UMA LEITURA A PARTIR DE HASSEMER

O direito penal mínimo pode ser considerado, por óbvio, o oposto do direito penal máximo quando se leva em consideração apenas as correntes de pensamento que legitimam a intervenção punitiva, diferenciando-se pela limitação do poder punitivo do Estado.³⁹ Portanto, o sistema minimalista seria aquele que segue requisitos mínimos de subordinação aos direitos humanos.⁴⁰

Nesse ponto cumpre abrir um parêntese para destacar que o direito penal máximo, também conhecido como “Movimento da Lei e Ordem” ou “Direito Penal do Inimigo”, é possível a diminuição do número de delitos por meio da repressão estatal. Para os defensores, se a onda de crimes for dominada por um sistema rigoroso de repressão e perseguição aos pequenos atos delituosos, a sociedade será preservada

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 54.

³⁷ DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Peru: Ara Edidores, 2010, p. 25-26.

³⁸ “Tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos apenas quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sociopolíticas menos gravosas (como o Direito Civil, o Direito Público ou o Direito de contraordenações), pois o princípio da proporcionalidade exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível. Em breves palavras, isso significa: tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos” (ROXIN, Caus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 109).

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 231.

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal: compilación in memoriam**. Argentina: B de F, 2004, p. 324.

dos delitos de maior potencial ofensivo, fornecendo um sistema de fácil estabilização da ordem social.⁴¹

A política penal adotada pelo presidente dos Estados Unidos na década de 1980, Ronald Reagan, iniciou o retorno do ciclo da teoria no ordenamento jurídico daquele país. Com o intuito de exterminar a venda e uso de drogas, Regan instituiu a política do “*Just say no*” (apenas diga não). Para tanto, criou medidas que expandiram a capacidade do direito penal.⁴²

O governo Reagan aumentou as penas de prisão para usuários e traficantes de drogas e criou leis que autorizavam medidas extremas. Por exemplo: a lei de confisco passou a permitir que a polícia apreendesse bens de traficantes de drogas sem nem sequer levar o caso à justiça. Traficantes enriquecem à custa de envenenar jovens, certo? Nada mais justo que arrancar deles os bens comprados com dinheiro tão torpe.⁴³

Semelhante política já havia sido adotada na década de 1920 nos EUA. A fim de evitar a venda de bebidas alcoólicas, em 1929, o vendedor do produto poderia ser condenado em até 05 (cinco) anos de prisão, além de ter que pagar uma multa de 10 mil dólares. A população carcerária que era de 3 (três) mil presos antes da rigorosa política contra o uso e venda de bebidas alcoólicas, subiu para 12 (doze) mil presos.⁴⁴

A doutrina se espalhou pelo mundo. Em meados das décadas de oitenta e noventa, do século XX, o movimento de “Lei e Ordem” foi implementado nos ordenamentos jurídicos das nações denominadas centrais, para logo após se instalar nos periféricos.

Os métodos de importação dos conceitos americanos seriam variados: através de missões de estudos de altos funcionários europeus nos Estados Unidos para examinar e copiar o “modelo de segurança”, relatórios oficiais encomendados de pesquisadores para fundamentar decisões políticas (em troca de notoriedade na mídia), disseminação de teorias adaptadas ao país receptor. O processo de

⁴¹ SILVA, Louise Trigo da. Algumas reflexões sobre o direito penal máximo. **Revista Direito Mackenzie**, v. 6, n. 2, 2013, p. 217-224.

⁴² BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011, p. 11.

⁴³ BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011, p. 11.

⁴⁴ BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011, p. 15.

importação seria acompanhado de intensa publicidade, que propagandeava o sucesso do modelo de combate ao crime.⁴⁵

Reflexão semelhante foi abordada pelo alemão Günther Jakobs, penalista que criou a teoria do “direito penal do inimigo”, o oposto do “direito penal do cidadão”.⁴⁶ Para a referida teoria, garantias individuais deveriam ser suspensas ao criminoso com auto nível de periculosidade, deixando-se, inclusive, de ser considerado uma pessoa, passando a ser denominado como “inimigo da sociedade”.

Jakobs fundamenta a teoria do “direito penal do inimigo” nos contratualistas Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, que, segundo ele, defendem a supressão de benefícios aos delinquentes que infringirem o contrato social.⁴⁷

Luis Gracia Marín afirma que o direito penal contemporâneo adota características do direito penal do inimigo, ampliando-se, portanto, o grau intervencionista do direito penal. Conseqüentemente, observa-se a diminuição da aplicação dos direitos e garantia individuais do cidadão. Tudo isso com a finalidade de atingir uma parcela específica da população.⁴⁸

A fim de engrandecer os fundamentos apontados pela teoria, Alessandro Baratta⁴⁹ levanta os resultados da teoria do direito penal máximo, objetivando demonstrar o fracasso do modelo, quais sejam: a) a pena de liberdade, que não passa de uma “violência institucional” realizada para reprimir os indivíduos; b) a eficácia da tutela dos organismos responsáveis pela justiça penal para uma pequena parcela da sociedade, “socialmente privilegiados”; c) o sistema penal reprime as “classes populares”, não obstante os fatos denominados típicos penais estarem “distribuídos em todos os estratos sociais”; d) os problemas gerados pelo sistema punitivo são maiores do que os existentes pela sua inexistência; e, e) O sistema punitivo não é adequado para a ação do discurso de defesa social e as teorias utilitárias da pena.

⁴⁵ PILATI, Rachel Cardoso. **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil:** discussão de modelos alternativos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 29.

⁴⁶ MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.** Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.

⁴⁷ PILATI, Rachel Cardoso. **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil:** discussão de modelos alternativos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 34.

⁴⁸ MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.** Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76-77.

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal:** compilación in memoriam. Argentina: B de F, 2004, p. 300-302.

[...] conferindo ao direito penal o objetivo de minimizar as lesões (ou exponenciar a tutela), quer dos direitos dos desviantes, quer dos direitos dos não desviantes, o nosso esquema preclui autojustificações apriorísticas de modelos de direito penal máximo, consentindo somente justificações, a *posteriori*, de modelos de direito penal mínimo. Em particular, ele reconhece que a pena, em razão do seu caráter aflitivo e coercitivo, é, de qualquer forma, um mal que de nada serve envolver com o manto de uma finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais aflitivo. Entretanto, ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.⁵⁰

A teoria é, principalmente, difundida por 3 (três) pensadores: o italiano Alessandro Baratta, o argentino Raúl Zaffaroni e Luigi Ferrajoli. Os 2 (dois) primeiros juristas mencionados sustentam a ramificação do direito penal mínimo que qualifica o minimalismo penal como meio para se chegar ao sistema ideal, o abolicionismo penal. Por outro lado, Luigi Ferrajoli considera o minimalismo como um “fim em si mesmo”, necessitando, no entanto, relegitimar o sistema penal existente.

Como já dito alhures, as críticas da corrente *minimalista* mostram-se contrárias a qualquer possibilidade de se expandir o Direito Penal, baseando-se na ideia clássica do Direito Penal mínimo.⁵¹ Os autores desta corrente defendem a manutenção do Direito Penal como ramo subsidiário do ordenamento jurídico, somente podendo ser invocado quando nenhum outro ramo do Direito for capaz de tutelar um bem jurídico indispensável à sociedade.⁵²

A corrente *expansionista*, por sua vez, é subdividida entre *expansionista normativa* (também chamada de *prescritiva*) e *expansionista descritiva* (ou

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 272.

⁵¹ De acordo com Massimo Donini, há uma certa identidade entre os postulados de Direito Penal mínimo dos autores italianos e do Direito Penal nuclear da Escola de Frankfurt (DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Ara Editores, 2010. p. 25-26).

⁵² “Tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos apenas quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sociopolíticas menos gravosas (como o Direito Civil, o Direito Público ou o Direito de contraordenações), pois o princípio da proporcionalidade exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível. Em breves palavras, isso significa: tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos”. (ROXIN, Caus. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 109).

prospectiva). A primeira - *prescritiva* - defende a necessidade de intervenção penal em novas áreas sociais como, por exemplo, o setor econômico. Autores como Schunemann,⁵³ Tiedemann⁵⁴ e Gracia Martín⁵⁵ veem a imprescindibilidade de se valer do Direito Penal para se proteger as gerações futuras e que, nesse aspecto, ramos como o Direito Civil e o Direito Administrativo se revelariam ineficazes para se tutelar os riscos inerentes à atividade econômica.

Já a corrente prospectiva, na qual se inclui o próprio Silva Sanchez, propõe-se a descrever um prognóstico de expansão natural do Direito Penal como realidade indiscutível.⁵⁶ Esse prognóstico de expansão estaria relacionado ao fenômeno da globalização e às novas funções sociais assumidas pelo Direito Penal contemporâneo, que até então eram reguladas por outros ramos do Direito. Os autores da corrente expansionista descritiva se valem dessa interpretação do cenário social globalizado para tentar antever os rumos do Direito Penal, buscando, por conseguinte, delimitar essa expansão a um nível razoável, respeitando os mandados constitucionais de criminalização, mas tentando afastar a arbitrariedade de novos institutos jurídicos penais.

Observa-se que todas essas correntes identificadas por Sánchez, em linhas gerais, apresentam entendimentos variados a respeito da possibilidade de se expandir o Direito Penal para conter novos tipos de condutas e proteger novos bens jurídicos, e o ponto fundamental das críticas apresentadas está em se perguntar se a real finalidade do Direito Penal está servindo de base às novas legislações penais.⁵⁷

⁵³ SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: Luis Greco, Fernanda Lara Tórtima (Org.). **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

⁵⁴ Cf. Presente y futuro del Derecho Penal económico. In: Vv. Aa. Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: BOE, 1995, pp. 29-42.

⁵⁵ SCHUNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 25.

⁵⁶ De acordo com Silva-Sánchez, “[...] se levarmos em conta a evolução do Direito Penal espanhol, europeu e internacional, fica difícil questionar as teses básicas da Expansão: a saber, que há mais delitos, que as penas são mais graves e que as garantias tendem a relativizar-se”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 217).

⁵⁷ Há, entretanto, autores que sustentam a legitimidade do Direito Penal moderno, isto é, de um novo Direito Penal capaz de abranger esses novos setores sociais que antes eram regulados por outros ramos do Direito. Segundo esses autores, essa expansão do Direito Penal não significa uma negação às garantias fundamentais, mas apenas evidencia uma escolha de caráter político diante de uma sociedade desigual que já não mais consegue ser regulada pelo Direito Penal clássico (GARCIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. **Política Criminal**, v. 1, p. 1. 2006).

E neste ponto, os autores de Frankfurt propõem um retorno àquele Direito Penal mínimo de origem nos ideais iluministas como resposta à crise que é evidenciada no sistema penal nas últimas décadas. Vale dizer, o Direito Penal deve proteger o bem jurídico através da criminalização de certa conduta quando nenhum outro ramo do direito puder fazer de outra forma menos radical, buscando-se reduzir as figuras penais ao menor número possível, como leciona Ferrajoli.⁵⁸

O referido autor propõe um parâmetro utilitário para vincular os objetivos do Direito Penal mínimo e os limites que devem ser respeitados ao atribuir uma pena para garantir que não seja aplicada de forma excessiva e/ou injusta.

Para obviar estes defeitos e embasar uma adequada doutrina da justificação externa e, conjuntamente, os limites do direito penal, faz-se mister recorrer a um segundo parâmetro utilitário, ou seja, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes.⁵⁹

É o modelo de política criminal que se apresenta mais próximo de um Estado Democrático de Direito. A intervenção do Estado deve ser respaldada sempre nos direitos fundamentais, nos princípios constitucionais respeitando às garantias e acima de tudo, tal intervenção deve ser mínima, ou seja, somente mostra-se necessária para obtenção de tutelar um bem jurídico quando este for ameaçado, ou ainda, quando for cabível a aplicação de uma pena como via de correção da conduta cometida.

Afirma Ferrajoli⁶⁰ que o Direito Penal tem como intuito “uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas.” Além disso, “[...] a primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo.”

Portanto, são finalidades contraditórias e colocadas em prática no curso do Processo Penal, por exemplo, uma na condição da acusação e outra na defesa do acusado, sendo necessário o respaldo das garantias do acusado, principalmente, à liberdade do mesmo, ao atribuir a pena adequada. Deve-se então, tutelar os direitos

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 308.

⁵⁹ Ibid., loc. cit.

⁶⁰ Ibid., p. 310.

fundamentais do acusado, fazendo desta forma a conexão das duas finalidades do Direito Penal.

É sob esta base que as duas finalidades preventivas- a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias - são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do Direito Penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justificam ofender nem com os delitos nem com as punições.⁶¹

Assim, mostra-se que há dois vieses de extrema importância na aplicação do Direito Penal. Em primeiro lugar, a punição do acusado de forma proporcional ao crime praticado. E do outro lado, a necessidade de tutelar os direitos fundamentais do acusado frente ao dever/ punir do Estado. Destacando desta forma, o papel do Direito Penal como limitador dessas duas esferas contrárias.

Não obstante, numa análise perfunctória, as penas em abstrato dos crimes contra o patrimônio em hipótese alguma poderiam ser maiores daquelas cominadas aos crimes contra a pessoa.

Em vários países verifica-se, na cominação de inúmeras penas, a não observância ao princípio da proporcionalidade abstrata, onde verificamos a proximidade dos limites entre a pena mínima e a máxima cominada, tirando do julgador uma margem razoável para fixação da pena.

Portanto, cumpre-se estudar agora aspectos referentes ao Garantismo Penal e a Democracia, o que será objeto do tópico seguinte.

1.3 GARANTISMO PENAL E DEMOCRACIA: A (IN)ADEQUAÇÃO DE FERRAJOLI AO BRASIL

O Garantismo Penal surgiu em meio a uma crise profunda do Direito, levantada pelo movimento Iluminista, no qual estava seriamente afetado o princípio da legalidade, devido à grandiosa inflação legislativa. Portanto, verifica-se a ocorrência de um enfraquecimento constitucional, momento em que parecia não existir hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais, criando formas de poder público arbitrarias e sem limites.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 311.

Logo, a teoria em comento foi criada com o intuito de introduzir ao Direito Penal critérios como razão e civilidade, visando, em primeiro lugar, assegurar a dignidade da pessoa humana, bem como os seus direitos fundamentais, sem ignorar a necessidade de harmonizar, formal e materialmente, a criação e execução das normas penais com a Constituição.

Desta forma, estará legitimado o Estado Democrático de Direito, em que nem mesmo por vontade da maioria é possível a violação ou negação dos Direitos Fundamentais, mesmo de forma parcial.

A teoria geral do garantismo jurídico, que nasceu e se desenvolveu em berço iluminista, período conhecido pelo desenvolvimento da “cultura penal” por conta da criação de garantias penais e processuais, tem como intuito ser instrumento do Estado de Direito em face dos poderes jurídico e político, a fim de que o poder seja constituído e servido ao indivíduo. A teoria fundamenta-se, portanto, em centralizar a pessoa para a criação de um ordenamento jurídico ideal, tendo em vista ser a sociedade anterior ao poder político imposto em face de seus cidadãos.⁶²

Portanto, a origem da Teoria do Garantismo remonta ao final do século XVII e início do século XVIII, com o surgimento do movimento Iluminista. Começou-se, então, com base na racionalidade, a questionar de forma veemente o autoritarismo que prevalecia até então, dando-se ênfase à proteção dos direitos individuais de cada cidadão, com destaque para a liberdade e igualdade.

Diante do autoritarismo que prevalecia à época, por certo que o Direito Penal seguia a mesma influência, dando margem a todo tipo de barbárie. Os Iluministas passam a questionar essas práticas abusivas, defendendo, por exemplo, a superioridade da prevenção, a necessidade de melhor proporcionar as penas e o uso da pena de morte apenas em casos específicos.

Tem-se aí, portanto, o embrião do Garantismo, pois, conforme Ferrajoli⁶³, os princípios do modelo garantista clássico, em especial a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência “[...] são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo”.

⁶² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

Compreende-se, assim, o porquê de Alexandre Morais da Rosa⁶⁴ expressar que a teoria geral do garantismo jurídico está fundada “na dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais”.

Dessa forma, o modelo garantista mostra-se como o ideal a ser adotado pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que certifica as limitações ao exercício do poder político, que devem respeitar principalmente a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.⁶⁵

Não se pode restringir, entretanto, a teoria do Garantismo ao Direito Penal. Segundo Feldens,⁶⁶ a teoria do Garantismo encontra seu fundamento no Estado Constitucional e, conseqüentemente, na positividade dos direitos fundamentais, não se restringindo à esfera penal, mas a todo ordenamento jurídico. Elucida o autor:

O garantismo deve ser compreendido: a) como uma teoria de base constitucional; b) orientada à otimização dos direitos fundamentais; c) o que significa, em Direito, assegurar juridicamente (garantir) a sua realização; d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais; e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos.

Em que pese o papel fundamental do legislador, conforme exposto acima, muitas vezes a Constituição não é considerada (ou respeitada) quando da edição de normas infraconstitucionais. Nesse íterim, mister destacar que o Garantismo vem a combater o Estado autoritário, estando assentado em uma base principiológica e constitucional, visando à garantia dos direitos fundamentais. É, portanto, a supremacia da Constituição frente a qualquer norma infraconstitucional, exigindo-se a coerência

⁶⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 16.

⁶⁵ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

⁶⁶ FELDENS, Luciano. O Garantismo Desde sua Perspectiva Constitucional: projeções sobre o Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano X, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2010, p. 67-68.

desta com o texto e princípios da Magna Carta como condição para sua validade e aplicabilidade no ordenamento jurídico constitucional.⁶⁷

As limitações advindas do garantismo não serão consideradas apenas pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Legislativo e Judiciário, que não poderão utilizar de suas funções além do limite material imposto pelo modelo de Estado Democrático de Direito adotado à luz do garantismo penal.⁶⁸ Ademais, os limites tutelados pelo garantismo não poderão sequer serem sobrepostos por vontade da maioria em face da minoria, respeitando desse modo a inviolabilidade dos direitos fundamentais do ser humano.⁶⁹

No entanto, apesar do encanto democrático apresentado pelo modelo, a teoria geral do garantismo, quando levada à prática, mostra-se frágil por conta do “seu total inatendimento epistemológico e à sua conseqüentemente impraticabilidade jurídica”. Portanto, passando a ser denominada como uma teoria ideológica, a utilização do garantismo foi cessada pelas instituições estatais após a segunda metade do século XIX, retornando, por consequência, ao emprego do modelo penal autoritário.⁷⁰

Diante do exposto, passa-se a expor a análise da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Era meados da década de 1960 quando fundada a Associação Nacional de Magistrados Italianos (ANMI), responsável em restabelecer o poder judiciário italiano após intenso regime da revolução fascista de Mussolini. Com fortes raízes ideológicas, o jusfilósofo, e deputado do Partido Comunista Italiano, Pietro Barcellona consagrou-se expoente a renovação judiciária do período.

Com relação aos valores adotados pela Associação Nacional de Magistrados Italianos, leciona Nicolau Apóstolo Pítsica:⁷¹

⁶⁷ PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas Sobre o Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal – A Imperatividade de Sua Aplicação e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, ano 12, n. 12, p. 187-206, 2007, p. 189-190.

⁶⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 17.

⁶⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p. 17.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 17.

⁷¹ PÍTSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do Conhecimento Jurídico**. Florianópolis: Conceito, 2017, p. 418-419.

Basta o sujeito olhar ao redor, ainda que superficialmente, para se convencer de que existe uma sociedade ou grupo social que tem grande interesse que o direito desempenha uma função social marginal, apenas vigiando o sistema, sem penetrar na política do empresário e sem levar a cabo qualquer controle sobre o modo como se executam os serviços públicos. No polo oposto, existe outra sociedade que sonha com uma nova justiça para atender aos oprimidos e excluídos. Enquanto uns têm interesse que o direito continue atuando de maneira substancialmente irrelevante, outros almejam que a justiça seja efetivada e igualmente distribuída.

Sob esta ótica surgiu a formulação contemporânea da teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli, utilizando do iluminismo e liberalismo jurídico para ampliar a teoria, baseando-se, principalmente, nos princípios da legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes e presunção de inocência.⁷²

O autor da teoria, magistrado aposentado e professor da Universidade de Camerino (Itália), destacou-se na década de 1970 pelo emprego da “jurisprudência alternativa”, cujo objetivo era a interpretação da lei conforme a constituição. O ensaio de Luigi Ferrajoli sobre sua versão da teoria do garantismo penal pode ser encontrado na obra *Direito e Razão* (*Diritto e Ragione*), principalmente nos capítulos 13 e 14, publicada no ano de 1989.⁷³

Ferrajoli⁷⁴ escreveu o livro com o intuito de refletir sobre a crise de legitimidade dos sistemas penais, principalmente o italiano, por conta de “práticas nada liberais” adotadas para implementar o poder punitivo estatal, responsável por questionamentos sobre o possível uso irracional do direito de punir.

A palavra “razão” encontrada no título da obra contém 3 (três) significados. O primeiro refere-se a “razão no direito”, ou seja, a “racionalidade das decisões penais, isto é, do sistema de vínculos e de regras elaborado sobretudo pela tradição liberal e dirigido a fundar (também) sobre o ‘conhecimento’ ao invés de (somente) sobre autoridade”. O segundo significado é a “razão do direito”, encarregado pela análise da

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

⁷³ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72-73.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 02.

legitimidade penal por meio da filosofia do direito, isto é, “das justificações ético-políticas da qualidade, quantidade e antes ainda da necessidade das penas e das proibições, além das formas e critérios das decisões judiciais”. O terceiro e último sentido refere-se a “razão de direito penal”, ou seja, a dogmática penal, analisando a “validade e coerência lógica” de cada sistema normativo positivado.⁷⁵

Ao descrever o significado de garantismo, Ferrajoli desdobra a teoria em três diferentes ramos: (1) o Estado de Direito, níveis de norma e níveis de perda da legitimação; (2) a teoria do direito e crítica do direito; e (3) a filosofia do direito e a crítica da política.⁷⁶

Mostra-nos em sua conceituação que a teoria não importará apenas para a ciência criminal, mas para todos os ramos do direito: “Da palavra ‘garantismo’ é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si [...] que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico”.⁷⁷

Quanto à primeira definição, o Estado de Direito, Ferrajoli diz que para o sistema penal ser considerado garantista deve-se obedecer um sistema punitivo do Estado em garantia dos direitos das pessoas, minimizando a violência e maximizando a liberdade por meio da “estrita legalidade” jurídica.⁷⁸ Deve-se, no entanto, ter precaução com esta definição. Garantista será o sistema que efetivamente satisfaz suas demandas criminais com o modelo, e não apenas prevê princípios da teoria em seu ordenamento jurídico e não os pratica, como será reforçado no segundo segmento.

Sobre o segundo ramo de “garantismo” lecionado por Ferrajoli, a teoria do direito e crítica do direito, a teoria pretende distinguir a “validade” da “efetividade” da norma, demonstrando a separação do “dever ser”, com modelos de normas garantistas, e o “ser”, mostrando práticas operacionais destoantes com o modelo

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 02.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

jurídico adotado naquele ordenamento.⁷⁹ Portanto, em outras palavras, o intuito é questionar qualquer dissonância entre o positivismo-normatividade e a realidade adotada por agentes responsáveis pela manutenção da política criminal, “assim, reiterando a legitimidade, do ponto de vista normativo do direito válido, os contornos antiliberais e os momentos de arbítrio do direito efetivo”.⁸⁰

No tocante à terceira e última subdivisão do conceito de garantismo para Ferrajoli, a filosofia do direito e a crítica da política, observa-se a preocupação da teoria na responsabilidade de o Estado justificar seus atos administrativos por meio dos bens e interesses garantidos à sociedade. Ferrajoli explica que: “o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento”.⁸¹ Aqui é possível observar a influência iluminista, responsável em afastar doutrinas conservadoras da administração estatal e fundar a ideia de Estado democrático de direito.

O garantismo se contrapõe ao positivismo jurídico, por permitir modelos penais absolutistas, e as concepções utilitaristas do direito e da pena. O garantismo clássico foi construído pelos princípios da legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência. O sistema garantista, segundo Ferrajoli, depende da verificabilidade de seus princípios para assegurar “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”.⁸²

A crítica ao garantismo penal clássico é realizada pelo próprio autor. Luigi Ferrajoli não esconde as limitações da teoria. Ele afirma que por razão de englobar

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 787.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 787.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 38-39.

dúvidas quanto a sua aplicabilidade, o modelo é considerado ideológico, “porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável”.⁸³

Sobre o assunto, esclarece Ferrajoli:⁸⁴ “O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptam perfeitamente a ela”.

Seguindo nessa linha de raciocínio, mesmo que o sistema judicial amplifique ao máximo a utilização de garantias, Ferrajoli⁸⁵ justifica a continuação do caráter utópico no ordenamento jurídico por conta da existência de 4 (quatro) poderes inerentes ao sistema jurídico: (1) o poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica; (2) o poder de comprovação probatória ou de verificação fática; (3) o poder de conotação ou de compreensão equitativa; e (4) o poder de disposição ou de valoração ético-política.

Sobre o primeiro poder, argumenta o autor que a verificação absoluta dos fatos é “uma ilusão metafísica”, devendo-se diferenciar o termo “verdadeiro” quando se trata da “verdade processual, diante da discricionariedade facultada ao julgador ao decidir um caso. No segundo poder, sustenta que ainda que utilizadas todas as garantias processuais existentes, as decisões serão realizadas sempre por um processo indutivo, permitindo o poder da escolha do (a) intérprete ao analisar a prova empírica dos fatos. No terceiro poder, afirma Ferrajoli diante da ilimitada possibilidade de casos a serem julgados, o intérprete (julgador) poderá utilizar de conotações nem sempre legal ou predeterminada. Sobre o quarto poder, o teórico disserta no sentido em que forças políticas podem alterar os resultados das decisões judiciais, sendo possível, conseqüentemente, medir o grau de irracionalidade jurídica de ilegitimidade política do sistema penal.⁸⁶

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42-43.

Contudo, apesar das circunstâncias prejudiciais apresentadas por Luigi Ferrajoli ao aplicar a teoria clássica do garantismo, o autor conclui dizendo que, com um modelo redefinido de garantismo penal, seria possível satisfazer os objetivos da teoria por meio do legislativa e judiciário.⁸⁷

Desta feita, A teoria do Garantismo Penal veio ao encontro do pensamento de diversos operadores do direito que questionavam a situação de alguns países – como o Brasil e a Itália, por exemplo – que possuíam uma Constituição com características garantistas, ao passo que na legislação infraconstitucional ou na prática diária seguiam uma linha de negação dos direitos fundamentais dos indivíduos, em especial daqueles processados criminalmente.

De acordo com Alexandre Morais da Rosa,⁸⁸ o caso do Brasil é emblemático, uma vez que temos um Código Penal e um Código de Processo Penal editados sob outra ordem constitucional, completamente diversa da Constituição Federal de 1988, com características garantistas. E completa:

De sorte que há necessidade de adequação da própria noção do papel e função do Direito e do Processo Penal diante da redemocratização do país. E este trabalho ainda está sendo realizado, basicamente por força da (i) baixa constitucionalidade, entendida como a ausência de uma cultura democrática no Direito; (ii) resistência ao modelo eminentemente acusatório preconizado pela Constituição da República de 1988, com a manutenção de uma mentalidade inquisitória; (iii) herança equivocada de uma imaginária e nefasta “Teoria Geral do Processo”, quando, na verdade, os fundamentos do processo penal democrático assumem viés individual e não coletivo, a saber, não cabe “instrumentalidade processual penal”; (iv) difusão de um modelo coletivo de “Segurança Pública” que fomenta uma certa “Cultura do Medo”; (v) expansionismo do Direito Penal e recrudescimento dos meios de controle social; (vi) prevalência de teorias totalitárias, como Direito Penal do Inimigo, atreladas ao discurso da lei e da Ordem.

Para Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2001, p. 17):⁸⁹

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.

⁸⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38.

⁸⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 17.

“A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais.”

Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental pratico-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

As características de um modelo garantista genérico, aplicáveis à qualquer área do direito, obviamente se adequam perfeitamente ao Direito Penal e Processual Penal, e, de acordo com o entendimento acima de Alexandre Morais da Rosa, são absolutamente necessárias no Brasil.

Ferrajoli,⁹⁰ então, com base em sua teoria garantista, estabelece garantias penais e processuais que devem balizar um modelo de direito penal justo aos indivíduos. Estas garantias são imprescindíveis para que se tenha legitimidade na persecução penal e na consequente aplicação da pena e são baseadas em princípios que derivam de onze termos nucleares, quais sejam: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.

Estes podem ser classificados da seguinte forma: a) garantias penais: “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade”; e b) garantias processuais: “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa”. Exclui-se a pena por ser apenas um resultado possível do processo.⁹¹

Um sistema penal garantista deve, portanto, incluir todos estes termos, que Ferrajoli⁹² axiomatiza, resultando de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, que o autor elenca na língua latina: “A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine*

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89-90.

⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

judicio; A8 Nullum judicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione.”

Alexandre Morais da Rosa,⁹³ ao analisar o sistema garantista de Ferrajoli, salienta que os sistemas penais podem ser enquadrados como tendentes ao direito penal mínimo ou ao direito penal máximo. Ao direito penal mínimo, na medida em que se aproxima dos princípios basilares de um sistema garantista, onde o indivíduo tem asseguradas garantias fundamentais diante do poder punitivo estatal; ao direito penal máximo, quando o sistema penal, ao contrário, distancia-se do sistema garantista, sendo marcado pela ausência de limites e condições no poder punitivo, características de um Estado totalitário, desvinculado da lei.

No modelo garantista de Direito Penal, a Constituição resgata seus valores como documento criador da sociedade, que servirá como núcleo jurídico primordial e irreduzível, limitando o poder estatal e maximizando os direitos fundamentais.⁹⁴

Neste ponto é importante ressaltar que Dobrowolski⁹⁵ conceitua Constituição como um documento político e jurídico através do qual se intentam fundar, de modo racional, os princípios básicos da convivência de um povo. Nela se equaciona o modo de vida da sociedade, como estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social. Lado outro não se pode negar que a Constituição estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território.

Dessa forma, e preliminarmente, conclui-se que a Constituição visa racionalizar o sistema a fim de harmonizar a convivência humana, não permitindo que um indivíduo lese o outro.

Sintetizando, pode-se entender que um modelo de Direito Penal Máximo rege-se pela máxima que nenhum culpado pode deixar de ser punido, a despeito de que algum inocente eventualmente possa ser punido; ao contrário, no caso do Direito

⁹³ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48.

⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.

⁹⁵ DODROWOLSKI *apud* ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42-43.

Penal Mínimo, a atuação se dá no sentido de que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”.⁹⁶

No capítulo seguinte será observada a questão dos bens jurídicos penais.

⁹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança**: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48.

2. DIREITO PENAL E BENS JURÍDICOS PENAIS

O Direito Penal pode ser considerado uma das maiores manifestações do poder estatal, interferindo severa e diretamente na vida íntima das pessoas e foi criado com o intuito de reprimir os desajustes sociais denunciados pela criminalidade, impondo castigos e restrições em nome da ordem social.

Historicamente, verificou-se a íntima ligação entre Estado e Igreja, em que esta exerceu um controle autoritário e quase que irrestrito sobre o Poder Legislativo, criminalizando as condutas que entendia prejudiciais aos seus interesses, principalmente no que tangia à moral e aos bons costumes.

Estas intervenções acarretaram, essencialmente, numa inflação legislativa, banalizando o conceito de bem jurídico tutelável e criando delitos sem danos (princípio da lesividade), tais como as ofensas à personalidade do Estado e à moralidade pública.

Rosa⁹⁷ afirma que a intervenção do Direito Penal deve ocorrer apenas quando estritamente necessária (princípio da necessidade) e desde que não existam outros meios extrajurídicos mais eficazes de combate à determinada conduta delitiva, sob pena da perpetuação de normas inoperantes e nocivas. Sobre a norma penal, acrescenta Ferrajoli⁹⁸ que:

[...] tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal [...] E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência, autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros.

A citação colacionada acima retrata a importância de não se proibirem condutas desnecessariamente devido ao dano causado pelas penas. Ações ou omissões que não lesionem direitos de terceiros ou tipos penais que afetam mais os direitos fundamentais do que o próprio dano, não devem habitar o sistema normativo penal.

⁹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança**: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426.

Conforme analisaremos no tópico seguinte, sobre o Direito Penal, este deve existir para proteger não a norma penal, sendo esta, apenas um instrumento, mas sim, proteger os bens jurídicos, ou seja, bens imateriais que são direitos da sociedade como um todo e de seus indivíduos.

O Direito Penal deve garanti-los e a pena tem o condão de, além de punição, ser repressiva para que o delinquente não volte a cometer o mesmo ato.

2.1. FUNCIONALISMO PENAL E PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Analisando as contraposições existentes, se vê duas principais divisões do Funcionalismo: o Teleológico, defendido por Claus Roxin, e o Radical, defendido por Jakobs, o qual este último tem como seus pilares os termos metodológicos do instrumento fornecido pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Sua doutrina é influenciada pela teoria sistêmica de Luhmann, pois ambos objetivam como centro do sistema a sociedade, sendo os indivíduos apenas considerados como plano subjetivo do plano central. Estes últimos são os que agem em contexto social, sendo passível de normas imputativas. Enquanto outros autores destacam a dignidade da pessoa humana, Luhmann e Jakobs fazem justamente o contrário, colocando a sociedade em seu lugar.⁹⁹

Pela visão de Jakobs, a ação do agente é parte integrante da teoria da imputação (onde se tem a conduta, infração à norma e a sua culpabilidade), o que acaba por consequência gerando a implicação de uma pena no agente que, culpavelmente, transgrediu a norma. Nas palavras dele, o Direito Penal possui como escopo primordial, a reafirmação da norma, buscando assim, fortalecer as expectativas dos seus destinatários. Jakobs caracteriza a pessoa como um conceito jurídico, onde detém direitos e obrigações em função de seu papel social. A pessoa que não se utiliza de seus direitos como pessoa jurídica deixa de ser considerada como tal, não podendo ser apto para se encaixar nos princípios do processo normal.

100

⁹⁹ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778> Acessado em março de 2020.

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

O objetivo da teoria da imputação objetiva no sistema penal consiste em determinar os requisitos esperados de uma situação qualquer, de uma informação natural, um complexo com sentido, cuja função comunicativa seja o questionamento da norma. A sociedade (ainda dentro do contexto de sistema comunicativo) age através de ligações de expectativas, sendo a norma nada mais do que estas expectativas de forma estabilizada.¹⁰¹

O atributo que se dá a pessoa advém de seu papel dentro da sociedade, criando assim, uma ideia de expectativa. No momento em que o indivíduo não realiza seu papel dentro desta sociedade, há uma quebra da expectativa, havendo uma absorção no sentido penal de tal, onde a pessoa quebra seu papel social, desestabilizando o sistema central, ocasionando na violação da norma e, por consequência, para a reestabilização daquele agente, aplica-se a pena. O ponto central para a teoria da imputação de Jakobs são estes papéis sociais que se referem à função desempenhada em um específico contrato social de regras e limites a serem cumpridos.¹⁰²

A aplicação da pena é uma comprovação de que a norma violada é válida e vigente. A pena para Jakobs tem a função de prevenção geral positiva. Positiva no sentido de que não há ameaça ao indivíduo (ou ao menos é o que se espera de sua real função) e geral porque, com a pena, se demonstra à sociedade de que tais normas violadas e suas crenças estão com vigência total.¹⁰³

Na teoria de Jakobs, para saber o que é ação, deve-se esperar que ela aconteça, ou seja, após ao fato. Jakobs repudia a base Welzeniana (teoria finalista), pois não trabalha de forma nenhuma com ontologismo (conhecimento do sujeito antes do fato ocorrido). Jakobs entende a realização de risco como um problema de concorrência de riscos; isto é, dentre os múltiplos fatores que servem de condição para um resultado, cumpre verificar se a ação criadora do risco juridicamente

¹⁰¹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

¹⁰² GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

¹⁰³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

desaprovado é necessária para explicá-lo, ou seja, enquanto o resultado não estiver explicado, ele desorienta o sistema.¹⁰⁴

Para o professor alemão, o Direito Penal tem como sua função primordial a proteção das normas, e não do bem jurídico (justamente o contrário da ideia do Funcionalismo Teleológico), pois em seu posicionamento nega a existência de bens jurídicos. Assim, para Jakobs, só será objetivamente típica a ação que, de um ponto de vista objetivo, viole um papel que já era pré-definido dentro do contexto social, onde este papel traduz-se, dentro do meio jurídico, através da figura da posição de garantidor da norma.¹⁰⁵

O raciocínio é simples: para o autor, somente serão mandados a cumprir pena aqueles que podem ocasionar risco à sociedade, cuja imputação seja em direção à ação, pouco importando se o autor provoca o resultado pela sua própria ação ou omissão. Em sua doutrina, há um especial destaque ao tratamento conferido pelo autor ao problema dos conhecimentos e capacidades especiais.

Segundo Jakobs, são irrelevantes todos os conhecimentos que ultrapassam os limites daquilo a que o agente, segundo seu papel social, está obrigado a fazer. O não uso das capacidades especiais configurará, no máximo, em uma omissão.¹⁰⁶

Em duas etapas pode-se explicar o processo de orientação: primeiramente, identifica-se e separam-se os diversos riscos criados pelo agente, isolando o risco ocasionado por ele. Logo após, toma-se o risco vedado pela norma e verifica-se se ele é necessário para explicar o acontecimento e se justifica a aplicação da pena para determinado caso.

Verifica-se que ao contrário de que propõe outros doutrinadores sobre o tema do Funcionalismo, o autor opta por determinar se um risco realizado por um agente

¹⁰⁴ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

deve ou não levar em conta os cursos causais hipotéticos sobre a ação em si, mas permite apenas a aplicação de dispositivos de redução de pena de forma manual.¹⁰⁷

Quanto a culpabilidade dentro da teoria Radical, é entendida como a quebra do contrato social existente entre o sujeito e o Direito, assim, é considerado culpado o sujeito. Primeiro, pois ele não cumpriu com as normas, portanto, merece pena por sua infidelidade jurídica. Segundo, o conteúdo da culpabilidade material (de fato, existente) significa a fidelidade do indivíduo ao direito, logo, é funcional segundo as exigências do grupo social para o cumprimento de seus deveres e obrigações, sendo a imposição de uma pena o que vem a colocar ordem no equilíbrio desfeito por tal sujeito, reafirmando a vigência do direito em seu âmbito penal.¹⁰⁸

Passemos neste ponto para a doutrina de Claus Roxin. Alguns doutrinadores modernos definem o direito penal como antes e depois de Roxin, devido à sua mudança profunda quanto à maneira de se pensar em tal matéria. Roxin se preocupava, primariamente, com a resposta que o direito penal da época era capaz de dar aos problemas concretos a ele apresentados, pode-se dizer que até este momento, o direito penal estava se voltando cada vez mais para a dogmática, para o direito positivado; com isto, estava se tornando uma ciência sumariamente autônoma e engessada, de maneira que alguns doutrinadores começaram a se perguntar se haveria alguma proximidade desta com a realidade.¹⁰⁹

Roxin parte do pressuposto que a dogmática e o direito estritamente positivado devem ser ferramentas, e não pilares essenciais para a aplicação do direito penal, portanto o direito penal deveria cumprir funções político-criminais e observar os casos concretos, de maneira que a conduta a ser punida deve ser danosa à sociedade. A mudança trazida por Roxin começa na maneira de se pensar em funcionalismo. O funcionalismo penal, ou também chamado dentro do Direito Penal de teoria do delito, foi criada em busca de uma renovação no próprio Direito Penal, a premissa básica de tal teoria é a estrutura ontológica finalística da ação, ou seja, deve-

¹⁰⁷ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

se observar alguns tópicos esquematizados que não poderiam ser ignorados no agir humano, configurando assim a análise do comportamento e posteriormente o que, por definição, seria delito.¹¹⁰

Roxin faz uma crítica a este funcionalismo, apesar de ele manter a base de tal premissa, é fácil perceber o que o autor modificou em sua doutrina; a maior diferença entre o funcionalismo de Roxin e o funcionalismo anterior é a adoção da tópica. Roxin rejeita os fundamentos ontológicos do funcionalismo e propõe um pensar problemático em relação aos casos concretos enfrentados pelo Direito Penal, e não apenas um pensar ontológico em que se utiliza dos mesmos olhos e das mesmas premissas para que seja avaliado um caso, o que tornava, aos poucos, o Direito Penal obsoleto. É possível notar aqui que Roxin não busca criar um novo sistema, visto que a tópica é uma forma de pensar livre e baseada na livre investigação.¹¹¹

Chega-se aqui à diferença crucial entre o pensamento de Jakobs e Roxin, enquanto Jakobs diz que a pena deve ser aplicada para a afirmação das leis e da ordem social, Roxin diz que o Direito Penal deve focar na proteção dos bens jurídicos. Tal pensamento é levemente mais complexo porque não se tem um rol taxativo do que seriam bens jurídicos, porém através da tópica fica um pouco mais simples de visualizar estes bens em casos concretos. Esta ideia, inclusive, é anterior à Roxin, Beccaria fala em seu livro, na parte que discorre sobre a Divisão dos Delitos, sobre o que é o ato criminoso. Segundo Beccaria, o ato criminoso somente existe se atentar contra a sociedade, seus indivíduos em sua propriedade, bem ou honra, e forem contra ao que a lei prescreve ou proíbe, de maneira a proteger o bem público. Se vê aqui uma semelhança entre o bem público citado por Beccaria e os bens jurídicos citados por Roxin. Assim se observa que para Roxin, o injusto penal não se confunde com a culpabilidade. O injusto penal em Roxin deve ter por finalidade assegurar a democracia e os direitos humanos, aqui a moral e o direito não se confundem, nem

¹¹⁰ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

¹¹¹ GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

tudo que é imoral pode ser considerado ilícito. Nesse contexto vemos então a Teoria da Imputação objetiva.¹¹²

A teoria da imputação objetiva impõe algumas regras puramente norteadoras para a discussão sobre os casos concretos:

I) A conduta do agente deve ser valorada e só é penalmente relevante quando cria um risco para a sociedade;

II) O resultado só é penalmente relevante quando decorre do risco proibido criado;

III) O resultado deve fazer parte do âmbito de proteção da norma penal, ou seja, deve ser um bem jurídico.

Pode-se observar aqui que Roxin firma todo seu sistema com base nas valorações político-criminais, ou seja, ele não admite uma natureza das coisas ou as afirmativas causalistas de que o crime é só causar um resultado descrito em lei ou somente atuar finalisticamente como afirma o finalismo. A conduta deve ser valorada de acordo com seu risco para a sociedade, neste âmbito ainda podemos observar que Roxin e Beccaria concordam novamente ao dizer que a tentativa deve ser punida com menos rigor do que o crime consumado em si.¹¹³

No plano da culpabilidade, Roxin diz que a pena não deve depender apenas da culpabilidade ou não do agente, mais do que isto, ela deve ter um caráter preventivo. Na linha de pensamento em que o Direito Penal deve proteger os bens jurídicos, a maior preocupação da pena não deve ser apenas com a punição do agente que cometeu um certo ato ilícito, mas a pena também deve se preocupar, e talvez mais intensamente, com a prevenção de que aquele ato não se repetirá por aquele agente. Ainda na discussão da pena, essa só tem sentido de ser aplicada se for necessária, o roubo de um objeto pequeno de um grande supermercado, por exemplo, está tipificado no direito positivo, mais precisamente no Artigo 155 do Código Penal Brasileiro, porém segundo a doutrina de Roxin, neste caso apesar da tipicidade de da culpabilidade, não haveria necessidade de pena porque a conduta não apresenta um risco grave e real para a população e/ou nenhum particular, em outras palavras, Roxin

¹¹² GONÇALVES, Marco Fratzezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

¹¹³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

cita em sua doutrina o tão usado princípio da insignificância. Observa-se assim a principal diferença entre as doutrinas de Roxin e Jakobs, ambos grandes doutrinadores no âmbito do Direito Penal: Jakobs defende que o Direito Penal deve existir para a proteção da própria norma penal, ou seja, a pena ou qualquer outra sanção, devem ser aplicadas de acordo com o que a própria lei descreve para que assim, a população, a sociedade como um todo e os transgressores da lei saibam que a mesma ainda está em vigor, é válida e tem força, ou seja, deve ser respeitada.¹¹⁴

Roxin observa por outro ângulo, segundo ele o Direito Penal deve existir para proteger não a norma penal sendo esta, apenas um instrumento a ser utilizado pelo mesmo, mas sim para proteger os bens jurídicos, ou seja, bens imateriais que são direitos da sociedade como um todo e de seus indivíduos, a lei deve existir para aponta-los, exemplifica-los e tutela-los, o Direito Penal deve garanti-los e a pena deve, além de punir o agente transgressor, ser repressiva para que este não volte a cometer o mesmo ato. É fácil concluir que o Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin foi um grande avanço para o direito penal como um todo ao trazer à tona o princípio da insignificância e da ofensividade, visto que Roxin defende que o ilícito penal não deve ser observado apenas por sua tipicidade ou por sua finalidade, mas sim como um todo, inclusive descartando a pena em casos em que haja a tipicidade, caso ela não seja necessária.¹¹⁵

O Funcionalismo Teleológico de Roxin se mostra mais flexível em sua retomada da tópica, mais moderno em relação aos problemas atuais do Direito Penal (Assim como o Garantismo Penal de Ferrajoli busca a aproximação do Direito Positivo e da realidade efetiva, visto que o Direito, infelizmente caminha mais devagar do que a própria sociedade), e mais eficaz do ponto de vista em que decide não apenas punir, mas também prevenir o ato ilícito.

¹¹⁴ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

¹¹⁵ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

2.2. A CRIMINALIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Direito Penal tem como por finalidade, à proteção dos bens relevantes e mais significantes para a sobrevivência harmônica da sociedade. Sempre que a prática de uma conduta humana violar um bem jurídico tutelado, o Estado (poder constituinte) agindo em nome do povo (poder constituinte) poderá aplicar e executar um instrumento de coerção, ora denominado como pena.

Cabe ressaltar que nos casos em que for revelada a possibilidade de se obter um controle social através de medidas civis e administrativas, estas se sobreporão às medidas criminais, uma vez que estas serão inadequadas e desnecessárias ao caso concreto. Com efeito, este cenário fora concebido através de um dos princípios que norteiam o Direito Penal, sendo este o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*.

Mais uma vez, cabe trazer os ensinamentos do professor Francisco Munoz Conde¹¹⁶ que leciona sobre o *ultima ratio*, nos seguintes termos:

“O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto jurídico de outros ramos do Direito. ”

Deste modo, verifica-se que a intervenção estatal em méritos do Direito Penal tão somente se mostrará necessária, quando aqueles bens jurídicos tutelados forem atingidos de forma grave ou de difícil reparação, sendo comedido aos demais ramos do Direito, àquelas violações de menor potencial ofensivo. Pois bem, os casos em que ocorrerem um dano de caráter danoso ou de difícil reparação, far-se-á necessária a intervenção estatal para a apuração dos fatos ocorridos, para proceder com o auxílio ao constituído prejudicado, e bem como para proceder com os meios punitivos necessários àquele que em ocasião de um fato ou ato transgrediu de maneira contrária ao ordenamento tutelado. Contudo, frente à discrepância entre o poder punitivo do Estado e o poder de defesa do constituído, foram criados mecanismos através da evolução constitucional que, mesmo tendo o cidadão transgredido, ainda

¹¹⁶ MUNOZ CONDE, Francisco. Tradução de Karyna Batista Sposato. Direito Penal do Inimigo. Juruá. 2012.

assim, se fará necessária à observância dos direitos e garantias fundamentais desse sujeito, bem como respeito aos demais princípios processuais na norma penal.¹¹⁷

Na Teoria de Günther Jakobs o cenário do cidadão que transgredir é recepcionado de uma forma diversa, sendo subdividida em duas possibilidades de acordo com o Autor do fato. Para àquele que delinque, mas que representa um risco menor à sociedade, isto é, em consideração ao seu grau de potencial ofensivo à paz social será submetido a penas, na qual serão respeitados todos os direitos inerentes ao processo, bem como aos direitos e garantias subjetivos. Noutra giro, ao que concerne ao indivíduo que transgredir de maneira que, segundo a teoria, se afastou permanentemente do Estado e da paz social existente nesta, esse terá seus status de cidadão alterado para Inimigo, aplicando-se medidas de segurança que, em consequência, afastarão todas as garantias processuais, e ainda reduzirá ou extinguirá, de acordo com o caso concreto, todos os direitos e garantias fundamentais até então existentes.

O autor corrobora neste sentido, sob o fundamento de que, uma vez que o Inimigo se afasta do Estado, o Estado deverá se afastar do Inimigo, e consequentemente resultará na perda dos direitos e garantias fundamentais do verdadeiro cidadão.

Deste modo, imprescindível se faz enumerar as diversas violações constitucionais, em termos de garantias e direitos fundamentais e dentre outras, que ocorrem em uma eventual aplicação do Direito Penal do Inimigo.¹¹⁸

Os fundamentos que consubstanciam a construção da presente teoria já restam como uma violação de uma garantia fundamental. Günther Jakobs elabora a presente teoria respaldada na diferenciação dos indivíduos, procedendo com a classificação destes como cidadão, e como Inimigo. Deste modo, resta evidente a afronta com qualquer norma constitucional onde remanescerá codificado que, no caso da carta magna brasileira, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

¹¹⁷ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Deve-se proceder com uma interpretação assecuratória e literal do texto de que todos serão permanentemente e impreterivelmente considerados iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção. A lei, no caso o Código Penal deverá ser consolidado em tão somente um, e não em dois, como agrada Jakobs, no sentido de que a cominação por ato penal tipificado deverá ser a mesma para todos. Resta claro o vedamento a qualquer diferenciação do indivíduo, seja pelo como este se representa em face do Estado, ou pela gravidade do delito cometido, todos veemente deverão permanecer iguais perante ao Estado, assegurando-lhes as mesmas medidas processuais e garantias fundamentais.¹¹⁹

A teoria de eficácia contraditória e duvidosa assegurada por Jakobs não tão-somente viola uma garantia fundamental no sentido de que todos permanecerão iguais perante o Estado. A mesma viola ainda, outras garantias e direitos fundamentais constantes em qualquer Carta Magna de um Estado Democrático de Direito, bem como viola demais princípios, podendo citá-los;

- a) O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana;
- b) O Princípio da Legalidade;
- c) O Princípio da Proporcionalidade;
- d) O Princípio da Culpabilidade;
- e) O Princípio da Individualização da pena;
- f) O Princípio da presunção de inocência do réu;
- g) O Princípio ao devido processo legal;
- h) O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa; bem como a outros princípios básicos contidos em declarações e convenções internacionais.

Pode-se considerar que a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo acarreta, na verdade uma verdadeira insegurança jurídica para o povo constituinte, haja vista que, ausente todos os pressupostos legais e garantias fundamentais que atribuem ao pleno funcionamento do Direito Penal e do Processo Penal, não há garantias que o indivíduo tenha o seu repouso noturno como cidadão, e acorde com o seu status

¹¹⁹ NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

modificado para Inimigo, cabendo-lhe, segundo a teoria, todas as medidas de segurança imagináveis.

Tendo como base a teoria contratualista, há que se considerar cidadão aquele que aceita e incorpora o contrato social como item necessário à sua sobrevivência e ao bem comum. Hobbes, ao dissertar sobre o contrato social, o explica como meio para o convívio pacífico e a autopreservação já que, anteriormente, não havia qualquer limitação sobre os desejos humanos.¹²⁰

Ao que se insurgia contra o contrato, retornava ao estado de natureza, e, uma vez não tendo acesso as normas inerentes ao pacto, a ele, não caberia tais prerrogativas, existindo tão somente a expiação. De forma similar, o Direito Penal do Inimigo trata de combater indivíduos que em sua atitude, ou mediante sua incorporação a uma organização, se afastam, provavelmente, de forma duradoura, ou pelo menos de forma decisiva, do Direito, ou seja, não oferecem uma garantia cognitiva mínima que seria necessária para o seu tratamento como pessoa. Pois um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.

Diante disso, observa-se a diferenciação criada ao delimitar o campo de A definição de inimigo permeia a temática jurídico-penal desde os tempos romanos, aproximadamente entre o século IV e VI⁴⁶, quando ao sancionar os inimigos, colocava-se a “possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema de hostilidade.”¹²¹

A mudança de cidadão para inimigo aconteceria mediante a reincidência, a habitualidade, o profissionalismo criminal e, finalmente, a integração em organizações criminosas estruturadas, e, essa mudança, muito mais do que o significado de cada ato delitivo concreto, se manifestaria numa dimensão fática de periculosidade ao qual haveria que se fazer frente de modo ágil.

É de suma importância atentar que as atividades empregadas por tais indivíduos, quando da exteriorização de seus atos, caracterizar-se-ão por atos contra bens jurídicos protegidos pelo Direito penal, elenca-se: danos, extorsões, lesões,

¹²⁰ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

¹²¹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

homicídios etc.; todavia esses comportamentos não servem de base para a atuação do Direito Penal do Inimigo, uma vez que cidadãos podem vir a cometê-los e sofrerem as suas respectivas sanções conforme o ordenamento jurídico.

Faz-se notar, então, que as realizações dessas ações não são por si só, definidoras do status de inimigo, e sim a habitualidade e o profissionalismo criminal desse indivíduo, assim como manter-se em organizações que vão de encontro ao ordenamento e fazem de suas atividades, inequivocamente, criminosas.¹²²

Dessa forma quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. Assim, aos que não detêm um comportamento pessoal que ofereça segurança cognitiva, não haverá o tratamento como cidadão, e, concomitantemente, o Estado não o entenderá como pessoa já que mantém conduta pessoal que vulneraria o direito a segurança da coletividade.¹²³

O Direito Penal é o ramo jurídico cuja finalidade é a disciplina da sociedade. Pode-se definir uma sociedade através de uma análise deste direito, pois este representa os costumes, as emoções e a realidade daquele povo.

Neste mesmo sentido, o Direito Penal só deve ser acionado como última opção, ou seja, quando os demais ramos do Direito falharem, o Direito Penal deve trazer a solução. Qualquer ideia em contrário seria levantar falsas esperanças para a sociedade.

No tocante ao Direito Penal do Inimigo, tem-se que há uma divisão entre os cidadãos que cometem crime dos criminosos profissionais ou delinquentes. Aqui, verificou-se a ideia de que cada um merece uma forma de tratamento, pois o cidadão ao cometer um crime, ele agride a lei, enquanto que o delinquente atenta contra toda a sociedade.

O delinquente é tido como o inimigo do Estado, pois suas atitudes agredem uma parcela significativa da sociedade, corrompendo o sistema. Não significa que o

¹²² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

delinquente deve ser excluído do Direito, mas ele deve receber um tratamento muito mais rígido do que aquele dispensado ao cidadão.¹²⁴

Esta teoria é repudiada, baseada na ideia de que todo ser humano tem o direito se arrepende, ou seja, todos têm direito a uma segunda chance e que esta divisão estaria ferindo os preceitos de um Estado de Direito. Aplicar o Direito Penal do Inimigo seria inverter a vítima, que deixaria de ser os cidadãos passando a ser o Estado.

Mesmo que haja larga crítica a teoria do Direito Penal do Inimigo, ele é implicitamente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. De forma reiterada a legislação infraconstitucional introduz leis diferenciadoras, ou seja, o Direito Penal deixa de ser a última opção para assumir a dianteira jurídica na solução dos conflitos sociais.¹²⁵

A sociedade também é falsamente informada de que o endurecimento das normas penais trará segurança, embora estas “verdades” sejam vinculadas por pessoas leigas em relação à Ciência Jurídica. E aproveitando a deixa, o Estado se omite de realizar as verdadeiras ações contra a violência, que seria um maior investimento nos Direitos Sociais, ou seja, melhorar a educação, a saúde, oferta de trabalho entre outros.

O direito penal tem um papel muito importante na repressão e no combate ao tráfico de drogas, principalmente porque ele é responsável por regular as relações dos indivíduos em sociedade, evidenciando assim, que o interesse da ordem pelo direito criminal não está relacionado somente ao indivíduo, mas, sobretudo, ao bem-estar da coletividade, por isso é que o crime deve ser combatido, uma vez que ele não causa danos e prejuízos somente ao indivíduo, mas à própria sociedade.¹²⁶

No que se refere ao papel do Estado a partir da ótica do direito penal, destaca-se que ele exerce o *ius puniendi* (direito de punir), por isso tem o dever de aplicar uma sanção ao indivíduo que macula a norma jurídica, consequentemente, castigando-o. Sendo que o castigo demandado pelo Estado está previsto nas Leis, pois o direito de punir do Estado é legítimo, sendo sua legitimidade uma forma de conservar a

¹²⁴ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁵ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁶ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª.ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

sociedade de forma justa, conservando assim, a sociedade e os indivíduos, com a ausência do mal.

Sobre direito criminal, destaca-se que a criminologia no século XIX se consolidou por meio da Escola Clássica, Escola Antropológica e a Escola Crítica. Por Escola Clássica, entende-se que a mesma vê o crime praticado a partir do livre arbítrio do homem, por isso o crime não é entendido como resultado de fatores sociais ou biológicos, mas demanda de sua própria moral e por causa disso, deve ser responsável pelo crime que pratica.¹²⁷

A Escola Antropológica, por sua vez, considera que crime é praticado por um indivíduo que tem motivação para realizar o ato criminoso, ou seja, a sociedade e os fatores biológicos acabam por impulsioná-lo para agir dessa maneira.

Para a Escola Antropológica, a cultura e a raça são elementos fundamentais para se compreender a criminalidade, principalmente porque a responsabilidade do criminoso pelo crime recaia sob o ângulo do determinismo biológico e social, pois o crime é resultado de condições físicas, morais e psicológicas as quais os indivíduos estavam suscetíveis em função do meio social em que estavam inseridos.

Além disso, a Escola Antropológica centra seus estudos no indivíduo e não no crime dado o teor da sua ciência que faz parte das ciências humanas que estuda as relações sociais as quais o indivíduo está inserido, tal semelhante como os estudos sociológicos, sendo que os delinquentes eram tidos como marginais e desviantes denominados de criminoso natos.¹²⁸

Retomando a Escola Crítica, esta percebe o indivíduo como um ser social responsável socialmente, dividindo assim, o criminoso em duas categorias: o fraco de espírito, denominado de ocasional; e o criminoso nervoso, denominado de passional.

Com base nos tipos de criminosos, a Escola Crítica vale-se do princípio da proporcionalidade da pena. A teoria darwinista e de Spencer para explicar a evolução do pensamento sobre a relação entre raça, mestiçagem e criminalidade, valendo-se, portanto, dos estudos de hereditariedade e meio social.

Dessa maneira, a questão criminal dentro da sociedade brasileira está atrelada a raça, cultura e criminalidade, em que se pode destacar a figura de Nina

¹²⁷ NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁸ NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Rodrigues, o qual trabalha a questão da responsabilidade penal das raças, enfatizando que a criminalidade e a imputabilidade são aspectos da evolução social e mental dos indivíduos, estabelecendo a dicotomia: raças superiores e raças inferiores.¹²⁹

Dessa forma, até o no final do século XIX, a raça não era fenômeno sócia, mas um fenômeno de ordem biológica e intrinsecamente hierárquico, conforme defendiam as teorias raciais europeias de sua época. Neste sentido, “tornar-se negras”, significava, para tais pensadores, não implicaria apenas uma degeneração racial advinda da miscigenação, mas também decadência psicocultural da raça branca.

Conforme se pode perceber, de modo geral, o direito criminal se desenvolve, primeiramente, de forma preventiva, porque sua finalidade é prevenir o crime e não punir o infrator da ordem jurídico penal.

Por isso, é que a atuação do direito criminal deve ser feita por meio de políticas públicas que proporcionem os indivíduos oportunidades de se afastar e não vir a cometer crimes. Assim, a pena tem um caráter secundário, e não é prioridade dentro do direito criminal.¹³⁰

Diante disso, o direito criminal tem como finalidade maior exercer um controle sobre a sociedade, sendo que este controle se baseia em princípios constitucionais fundamentais, que “repousam em um arcabouço de leis que garantem os direitos do cidadão”, o que foi intensificado com a Constituição Federal de 1988, principalmente por conta das cláusulas pétreas – não modificáveis pelo legislador infraconstitucional – que determinam o limite do direito de punir pelo Estado. Dentro desse contexto, o direito criminal repousa no contrato social, pois estabelece que todos na sociedade, estão submetidos a uma mesma regra. Nesse sentido, o:

[...] legislador infraconstitucional valora o sentimento do corpo social no tocante às condutas humanas e resolve, por meio do axioma, estabelecer quais condutas serão consideradas criminosas para a coletividade. Depois de estabelecidas e tipificadas estas condutas, o legislador vai estipular sanções e, por meio da legislação processual, como os indivíduos responderão perante ao aparelho judicial a fim de que a justiça seja aplicada.¹³¹

¹²⁹ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹³⁰ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹³¹ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.33

Portanto, o direito criminal é responsável por sistematizar as normas, orientando o agir do Estado e dos indivíduos na sociedade, sem, contudo, infringir, a dignidade da pessoa humana, uma vez que este princípio destaca que o ser humano deve ocupar o centro das atenções do Estado, por isso devem ser proibidos somente comportamentos que lesem a sociedade socialmente e que prejudiquem o convívio em sociedade.

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, sendo inerente ao ser humano e por causa disso, não poder ser suprimido por conta de sua natureza. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹³²

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser levado em consideração na intervenção mínima do Estado em virtude de se buscar garantir os direitos básicos do ser humano, em virtude do valor desta, e com base nisso, deve ser afastado todo tipo de crueldade e desrespeito à vida humana.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da lesividade, este é reconhecido como princípio da ofensividade, que para Batista¹³³:

[...] transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que se possam ter as atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo –, o direito coloca face a face, pelo menos, dois sujeitos.

Desse modo, o princípio da lesividade proíbe as incriminações referentes a uma atitude interna do agente, bem como, proíbe incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor. Proíbe também, incriminações simples ou de condições existenciais e de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

¹³² BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.94

¹³³ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revan. 1996, p.91

O princípio da lesividade permite que o direito criminal proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e que atinjam bens de terceiros. Assim, o princípio da lesividade serve como norte ao legislador no sentido de observar as condutas que extrapolem a pessoa do agente e atinjam diretamente aos bens de outrem que são proibidas pelo Estado com base no Direito Penal.

Além disso, tem-se o princípio da adequação social serve de orientação, para o legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais dentro do Código penal, sendo que [...] condutas que no passado eram consideradas socialmente inadequadas, se hoje forem aceitas pela sociedade, farão com que o legislador afaste a criminalização, tal como se exige, atualmente com a prática do jogo do bicho, conduta perfeitamente assimilada pela sociedade, que, inclusive pratica jogos semelhantes, e que mereceram a repressão oficial do Estado.¹³⁴

Portanto, a adequação social é importante porque é a maneira do legislador se orientar para a criação ou revogação de figuras típicas, por isso em determinada época e contexto o que é crime não será efetivamente em outro, pois condutas inadequadas podem vir a se tornar aceitas em outro ordenamento jurídico-penal, a partir do momento em que são perfeitamente assimiladas pela sociedade.

Conforme esses princípios, o direito criminal exerce um controle social cuja funcionalidade é a de que o legislador faça a transformação social dos conflitos desviantes, tendo em vista que a “sociedade está em conflito devido à agregação social, e a convivência em comunidade faz com que diversos tipos de conflituosidade sejam detectados na sociedade”¹³⁵

O tráfico de drogas no Brasil foi intensificado devido ao fracasso da segurança pública, que não proporciona de forma competente, a segurança efetiva dos cidadãos brasileiro, deixando espaço para que se formem grupos criminosos, como o CVV.

Entende-se por segurança pública “a atuação conjunta dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com suas competências e funções específicas, atuando de modo eficaz e eficiente diante das necessidades de cuidados e amparo na proteção cidadã”.¹³⁶

¹³⁴ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹³⁵ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.34

¹³⁶ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.34

Nesse sentido, o sistema de segurança pública brasileiro, deve ser executado conforme preceitos constitucionais, executado por meio de corporações policiais, como é o caso da polícia militar e a polícia civil.

Para o Ministério da Justiça, a segurança pública é:

Uma atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei.¹³⁷

Dessa maneira, ela é formada por macro sistema, como o Sistema Policial, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Sistema Penitenciário, porém o combate à criminalidade organizada tem se resumido meramente em ações de caráter policial, e pior, mais em ações policiais ostensivas do que ações policiais inteligentes, e ainda tem buscado a resolução dos conflitos no sistema penitenciário com punição quase que estritamente em caráter de isolamento social como execução de pena.

No contexto atual, o tráfico de drogas é um dos grandes problemas que assolam a segurança pública brasileira, pois apesar do Estado ter o poder de punir esse tipo de crime, não vem investido em políticas de intervenção, controle e desmantelamento das redes de comando do tráfico de drogas, mostrando omissão e ausência na função de cuidar da segurança nacional em confronto com a violência e a criminalidade difusa, o que motivou e incentivou o fortalecimento do crime organizado, contribuindo grandemente no aprimoramento de suas atuações, desmoralizando cada vez mais o papel do poder público em zelar pela segurança e incolumidade da sociedade.¹³⁸

Assim, a segurança pública no Brasil é:

[...] uma das maiores preocupações da população e, em virtude do aumento vertiginoso da violência, tem sido explorada e debatida pelas entidades governamentais e não governamentais no sentido de buscar uma solução que resolva esta questão, a qual, sem dúvida alguma, está entre as primeiras necessidades de qualquer ser humano.¹³⁹

¹³⁷ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.35

¹³⁸ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹³⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações as disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999, p.80

Corroborar-se com o pensamento do referido autor porque a violência está cada vez maior no Brasil, sendo que a mesma na maioria tem como causa primária o tráfico de drogas, estando direta ou indiretamente vinculada a ele, o que acaba por aumentar a sensação de impunidade.

Na verdade, o governo não garante à população os necessários direitos básicos para que consigam viver com dignidade, como saneamento básico, hospitais, lazer, escolas e segurança, fundamentalmente para a classe menos favorecida da sociedade que está nas periferias, propiciando oportunidades de crescimento ao tráfico de drogas, o qual adquire características empresariais, oferecendo serviços a essas sociedades carentes, as quais ficam reféns de poderosos e perigosos bandidos, os quais também subornam os agentes que deveriam ser responsáveis por combatê-lo.

Diante disso, a saída para essa situação, à prevenção como ato de combate, atuando efetivamente no processo de formação social, cultural e educacional do cidadão, e aplicar a repressão como medida de controle para remediar quando não for mais caso de prevenir, acompanhando rigorosamente o cumprimento de normas e das penas.¹⁴⁰

A comunicação é um fator de grande relevância, pois é um inseparável aliado do crime organizado, sem este instrumento, líderes de facções criminosas não teriam como dar prosseguimento nas suas ordens de execução e comandar seus seguidores obedecer a missões, o que conseqüentemente paralisaria as rebeliões internas e os ataques terroristas na sociedade, impediria o acesso a informações com outros membros, impossibilitaria a negociação de favores com agentes corruptos e dificultaria todo planejamento de fuga.

Sendo assim, o controle do tráfico de drogas deveria ser feito pela polícia militar, porém esta está bastante corrompida em função dos baixos salários, falta de ética entre os policiais, e outros problemas relativos a essa categoria, que acabam por comprometer um trabalho efetivo e de qualidade.

Por sua vez, a polícia civil, mantém-se ainda mais distante do combate ao tráfico de drogas, pois embora tenha entre suas funções, a busca, apreensão e

¹⁴⁰ NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

encaminhamento de drogas para as delegacias dos envolvidos com o comércio ilícito, ela pouco desempenha essa função.¹⁴¹

Diante disso, o sistema de segurança pública existe como uma necessidade de assegurar a convivência pacífica, livre e justa baseada no Estado de direito democrático, porém, isto não ocorre na prática, tanto que o aumento da criminalidade é evidente. Sendo assim, o poder do narcotráfico no Brasil, desde a década de 1990, vem ganhando proporções assustadoras. Embora seja esse um problema recente, as estatísticas apontam para o aumento da criminalidade e de um verdadeiro caos social.

Desse modo, as organizações ligadas ao tráfico desafiam o Estado e ganharam notoriedade, desde o início do ano de 2006, sobretudo com as manchetes da mídia impressa e televisiva entre os meses de maio a julho do mesmo ano, sobre ocorrências na cidade de São Paulo. Foram demonstrações abusivas de um poder potencialmente violento em confronto com o Estado. Esses grupos criam a sensação de que a sociedade toda virou refém de uma crise sem saída.

Diante disso, o Brasil se apresenta como um importante país de “trânsito” para a cocaína que ingressa nos Estados Unidos e Europa, além de ser também, um dos mais importantes centros de lavagem de dinheiro do mundo, o que se deve principalmente à elevada corrupção policial causada pelo tráfico no nível estadual e local é um problema.¹⁴²

2.3. OS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

O princípio da legalidade, ou da reserva legal, encontra-se no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Situa-se, ainda, no art. 1º do Código Penal, com as mesmas palavras da Constituição.

Esse princípio significa que o indivíduo só poderá ser incriminado se houver exata correspondência entre a sua conduta e o que está previsto em lei. A lei deve ser considerada em seu sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, segundo processo estabelecido na Constituição.

¹⁴¹ NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁴² NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Está vedada a analogia, pois o ato praticado e a previsão legal devem coincidir exatamente. Não se pode punir alguém por um fato não previsto em lei, por ser este semelhante a outro por ela definido.

O princípio da legalidade é uma importante conquista política do cidadão e norma básica do Direito Penal moderno. Esse princípio é uma garantia do cidadão contra abusos do poder por parte do Estado. É, aliás, um dos Estados Democráticos de Direito. Isso porque não depende da pura vontade ou capricho do governante para que uma conduta sua seja considerada crime, mas sim da previsão legal.

Anteriormente à elaboração desse princípio, o monarca poderia punir quem quisesse, por perseguição política ou por simples desejo seu. Desse modo, o princípio protege o cidadão, que tem certeza de que não será perturbado por qualquer ato comum que faça, não ficará em eterna apreensão, com medo de que qualquer movimento seu seja uma afronta ao Estado.

Além disso, para também evitar arbitrariedades por parte do Estado, o princípio da legalidade exige que a lei incriminadora seja extremamente clara ao definir seu tipo legal. O legislador não pode fazer o preceito muito vago ou ambíguo, deixando a questão concreta ao simples arbítrio do julgador. A lei deve definir uma conduta de forma que se possa reconhecer qual comportamento é ilícito.

Segundo Francisco de Assis Toledo:

“o princípio da legalidade é obtido no quadro da denominada 'função da garantia penal', que provoca seu desdobramento em quatro princípios: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (proibição da edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade); b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário); c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia); d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (a proibição de leis penais indeterminadas).”¹⁴³

Todavia, para os agentes públicos, para o Estado, o princípio da legalidade se inverte. Eles só poderão agir se houver previsão legal para seus atos. Isso porque o Estado não pode intervir na vida do homem a não ser quando a lei expressamente assim o determinar.

Apesar de a maioria da doutrina aceitar a posição de que os termos princípio da legalidade e princípio da reserva legal são sinônimos, alguns autores não adotam

¹⁴³ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22 e ss.

tal assertiva. Estes defendem que o princípio da reserva legal se refere somente ao direito penal, enquanto o da legalidade concerne a todos os ramos do direito.

O princípio da legalidade foi traduzido na fórmula em *latim nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* por Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), o pai do direito penal moderno.

Embora seja uma fórmula em latim, não surgiu no Direito Romano. Sua origem remonta à Magna Carta (1215), imposta ao rei João Sem Terra pelos barões ingleses. No art. 39 estabelece que ninguém poderia submeter-se a pena não contida em lei.

O princípio esteve presente também na Constituição Carolina germânica de 1532. Todavia, foi com o Iluminismo (séc. XVIII) que esse princípio ganhou força, garantindo segurança jurídica ao sujeito. Em 1762, com a Teoria do Contrato Social de Rousseau, reforçou-se essa ideia, pois o homem deveria ter garantias mínimas contra as arbitrariedades do Estado. Em 1764, Beccaria, em sua famosa obra “Dos Delitos e das Penas” escreveu “só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social”.

Com a Revolução Francesa, o princípio da legalidade consagrou-se definitivamente na Declaração dos Direitos do Homem (26 de agosto de 1789) no art. 1º: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”. Tal princípio também foi adotado na Constituição daquele país. A Teoria da Separação dos Poderes, de Montesquieu, impede que o juiz exerça funções do legislador, criando tipos não previstos em lei.

O princípio foi se instalando nas Constituições e nos Códigos consagradores da igualdade. Por exemplo, o *Bill of Rights*, instituído na Filadélfia (1774); a Declaração de Direitos da Virgínia e a Constituição dos Estados Unidos da América (ambos de 1776); o primeiro Código Penal, firmado na Áustria (1787); entre outros.

No Brasil, o princípio da legalidade foi acolhido em todas as Constituições. A Constituição Imperial de 1824, inspirada nos ideais franceses, em seu art. 179, §11 proclamava “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita”. Na Constituição de 1891, constava no art. 72, §15; Constituição de 1934, art. 113, §26; Constituição de 1937, art. 122; Constituição de 1946, art. 141, §27; Constituição de 1967, art. 153, §16; e Constituição de 1988, art. 5º, XXXIX.

O Código Criminal de 1830, em seu art. 1º previa que “não haverá crime ou delito sem uma lei anterior, que o qualifique”. E no art. 33: “nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas na lei, nem com mais, ou menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio”.

O art. 1º do Código de 1890 estabelecia que “ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado como crime, e com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas”.

Apesar de o princípio da reserva legal ser uma das pilstras do Estado Democrático de Direito, existem algumas exceções e reações contra ele. A Inglaterra é uma exceção, pois não adota tal princípio, visto que é um país onde o direito é predominantemente costumeiro. Não se pode dizer que a Inglaterra reagiu ao princípio, ela não é uma reação. Simplesmente não o adotou porque não possui leis escritas.

Houve reações ao princípio da legalidade na Alemanha, na Dinamarca e na União Soviética.

O Código Soviético de 1926, no art. 6º, conceituava delito como: “Reputa-se perigosa toda ação ou omissão dirigida contra a estrutura do Estado Soviético, ou que lese a ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses para época de transição à organização social comunista. Não se considerará como delito o fato que, não obstante reúna os caracteres formais previstos em alguns dos artigos deste Código, careça de caráter perigoso pela sua manifesta insignificância e por falta de consequências danosas”.

O art. 16 determinava: “Quando algum fato perigoso não se ache expressamente previsto nesse Código, o fundamento e a extensão de sua responsabilidade determinar-se-ão com atinência aos artigos desta lei que prevejam os delitos mais semelhantes”. Isso vigorou na União Soviética até 25 de novembro de 1958, quando a legislação aderiu o princípio da legalidade.

Na Alemanha nazista, a Lei de 28-6-1935 aboliu o §2º do Código Penal de 1871, estabelecendo que “será punido quem cometer um crime declarado punível pela lei, ou quem mereça uma sanção segundo a ideia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo”.

A Dinamarca, no Código de 1930, instituía, no art. 1º que “cai sob a sanção da lei penal o ato cujo caráter delituoso é previsto pela lei dinamarquesa ou uma ação assimilável a tal ato”.

Apesar de a Itália viver sob regime fascista, ela não constituiu exceção ao princípio da legalidade.

Vê-se, com esses exemplos, que esses países tinham a lei muito aberta para a constituição de tipos criminais, deixando o cidadão a quem a lei recaía sujeito às arbitrariedades dos governantes.

Desse modo, o princípio da legalidade é fundamental para que o homem exerça plenamente a sua liberdade. Não há como se falar em Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade, pois ele é uma garantia contra o arbítrio do poder.

Consta no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal: não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. É um princípio relativo à questão da lei penal no tempo. Significa que só será considerado crime o ato praticado depois da entrada em vigor da lei. Ou seja, a lei deve ser anterior ao fato para que ele seja tido como crime.

Um dos efeitos do princípio da anterioridade da lei é a irretroatividade da lei penal, visto que a lei é feita para o futuro, e não para o passado. Porém, há a exceção da retroatividade da lei penal mais benéfica.

O princípio da legalidade seria inócuo sem a anterioridade, pois o indivíduo só teria segurança contra abusos ao ter certeza de que as leis são aplicadas para o futuro, não considerando condutas já realizadas.

Decorre do princípio da legalidade, proibindo a adequação típica por semelhança entre fatos. Ora, se o princípio da reserva legal determina que só será crime aquilo que está escrito na lei, não se pode incriminar ou punir alguém por ter praticado ato “parecido” com aquilo que consta no texto legal. É mais uma garantia do homem contra as arbitrariedades do Estado. A lei não permite que a punição seja estendida a uma conduta aproximada.

A proibição é somente da analogia *in malam partem*, que amplia as infrações e punições. Não alcança, portanto, a analogia *in bonam partem*, que favorece o direito de liberdade.

O princípio da retroatividade da Lei Penal mais severa encontra-se na Constituição Federal, art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o

réu”; e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Desse modo, a lei posterior mais severa é irretroativa, a posterior mais benéfica é retroativa e a anterior mais benéfica é ultra-ativa, já que seus efeitos se projetam para frente.

Esse princípio é aplicado somente às normas penais. As leis processuais não se submetem ao princípio da retroatividade em benefício do agente. Para a norma processual importa somente que o processo esteja em andamento.

A lei mais benéfica é aquela que restringe o jus puniendi e amplia os direitos de liberdade do indivíduo. Ela poderá ser aplicada a qualquer tempo, respeitadas as competências para apreciar a matéria. Se o processo estiver em primeiro grau, o juiz fixará a pena nesses novos limites. Se estiverem em grau de recurso, o Tribunal aplicará tal lei. Porém, se a sentença já tiver trânsito em julgado, a questão será resolvida pelo juiz das execuções.

O princípio da Intervenção Mínima está contido na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no art. 8º, que determina que só devem ser previstas as penas estritamente necessárias.

É também conhecido como *ultima ratio*. Limita o poder incriminador do Estado, que só deverá proteger bens relevantes, e só estabelecer como crime ato que prejudique tais bens. Ou seja, esse princípio é dirigido ao legislador, que deve ser preciso ao tipificar uma conduta, não a deixando aberta demais e, portanto, arbitrária.

O princípio da intervenção mínima também significa que o direito penal somente deve ser aplicado quando os outros ramos do direito não forem suficientes, quando a pena é o único modo de evitar um mal maior. Nesse contexto, destaca-se o caráter subsidiário do Direito Penal, que só deve ser aplicado quando os demais campos não puderem tutelar satisfatoriamente os bens jurídicos protegidos pelo ordenamento. O Direito Penal só deve ser usado em último caso (*ultima ratio*). É dirigido, também, pois, ao operador do direito.

Esse princípio decorre da dignidade humana, é pressuposto do estado Democrático de Direito e ajuda na distribuição da justiça.

Nullum crimen sine culpa. A pena só deve ser imposta a quem, agindo culposa ou dolosamente, e merecendo juízo de reprovação, comete fato típico e antijurídico. É fenômeno individual. O juízo de culpabilidade recai sobre sujeito imputável que,

podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato. Tal juízo repudia a responsabilidade penal objetiva.

Porém, em casos extremos, adota-se a responsabilidade penal objetiva, como no caso da embriaguez voluntária, pois é fundada em ato voluntário do agente, mas que, no momento do crime, não apresentava dolo ou culpa.

Assim, é obrigatório provar a culpa do acusado de cometer crime. Além disso, é indispensável que a pena seja imposta ao agente por sua ação, e não por defeito de caráter adquirido culposamente no decorrer de sua vida.

O princípio da culpabilidade é uma conquista do Direito Penal moderno, baseado na ideia de que a liberdade é regra; a punição, exceção.

O princípio da Humanidade está previsto em vários dispositivos constitucionais:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

[...]

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

[...]

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII – não haverá penas:

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

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

[...]

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogados;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; ”

Assim, são inconstitucionais penas que atentem sem necessidade contra a incolumidade física ou moral de alguém. Além disso, a pena não pode passar da pessoa do delinquente.

Todavia, devido à grave crise no sistema penitenciário brasileiro, os presos, na maioria das vezes, são submetidos a tratamento desumano, não dando a menor perspectiva de ressocialização. Portanto, esse princípio não é devidamente aplicado.

Também chamado de princípio da proibição de excesso, temos ainda o princípio da Proporcionalidade da pena. A pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. É uma decorrência da dignidade humana.

Está inserido em várias passagens da Constituição Federal: art. 5º, incisos XLIII, XLIV, XLVI, XLVII, XLII; art. 98, I.

A criação do tipo penal pelo legislador deve ser proveitosa para a sociedade, ou seja, deve oferecer vantagem na relação custo-benefício. Isso porque a lei penal só deve proteger bens preciosos aos cidadãos, pois, a partir daquele momento, a punição irá pairar sobre todos, esperando que alguém cometa tal crime para que ela seja executada. Se a tipificação de uma conduta não foi favorável à sociedade, ela fere o princípio da proporcionalidade.

Também chamado de princípio da presunção de inocência, temos também o princípio do Estado de Inocência. Está presente no art. 5º, LVII da Constituição Federal. A pena não será aplicada enquanto a sentença não transitar em julgado. Fundamenta-se na proibição do excesso, na impossibilidade da antecipação dos efeitos da condenação.

O Princípio da Igualdade está presente na Constituição Federal, art. 5º, caput. Todos são iguais perante a lei, não podendo ser discriminado por cor, sexo, religião, raça, etnia, etc. Decorre da dignidade humana.

Todavia, hoje se entende que para manter a referida igualdade, os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais, desigualmente, na medida em que se desigualam. Só assim prevalecerá a justiça.

Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Esse princípio possui tanto significado material (ninguém sofrerá duas penas pelo mesmo fato) e processual (ninguém será processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato).

É uma das bases do Estado Democrático de Direito, vedando a dupla incriminação. Está presente no art. 8º, IV da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos: “O acusado será absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

É inegável que os princípios são parte fundamental de qualquer ordenamento jurídico. Diante do exposto no decorrer do trabalho, percebe-se que no Direito Penal eles são imprescindíveis.

Isso porque o Direito Penal é de caráter subsidiário, é a *ultima ratio*. Ou seja, somente deve ser usado quando os outros ramos do direito não conseguirem dirimir o problema.

Se os princípios constitucionais penais não fossem utilizados, seriam muitas as arbitrariedades cometidas pelo legislador e pelo aplicador do direito. O indivíduo, nesse caso, ficaria num estado de grande fragilidade, podendo ser punido a qualquer momento.

Desse modo, percebe-se que os princípios constitucionais penais são basilares ao Estado Democrático de Direito, em que a liberdade é regra, e a sua privação, a exceção.

Conforme observações de Mendonça Neto¹⁴⁴ “a origem do Princípio da Insignificância Penal é um tanto controversa”. Ele assim se refere, pois, a maior parte dos autores entendem que “ele nasceu no direito romano e que estava contido no brocardo mínima *non curat praetor*, de *minimis non curat praetor* ou de *minimis praetor non curat*, ou seja, o pretor não cuida das causas mínimas, dos delitos bagatelares”. Mañas¹⁴⁵, por sua vez, observa que “pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat praetor*”.

Lopes (2000, p.41), por sua vez, se situa entre os críticos dos que estabelecem sua origem romana. O autor analisa e reconhece “a excelência do direito civil romano”, mas pondera que “naquela época, o conhecimento acerca do princípio da legalidade penal ainda era muito escasso” e comenta que “o brocardo era apenas uma máxima” e que “o direito da antiga Roma se sedimentava em conceitos inerentes ao direito privado, pouco se conhecendo sobre o alicerce da legalidade penal”. Para ele, “o princípio da insignificância teve sua origem com o pensamento liberal dos

¹⁴⁴ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁴⁵ MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.56

jusfilósofos iluministas, estando umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade”, não sendo, portanto, a “restauração da máxima romana, mas um desdobramento da natureza fragmentária do Direito Penal”.

Lopes¹⁴⁶ é claro ao dizer que:

Não se pode desvincular o princípio da insignificância do princípio da legalidade [...]. A insignificância não é exceção à legalidade, mas princípio complementar densificador de seu conteúdo material. Onde não se valoriza a legalidade, qual será o papel da insignificância? Ao contrário de grande parte da doutrina, menos atenta a esse aspecto, entendo que o que justifica modernamente o princípio da insignificância e sua aceitação no Direito Penal não é seu caráter opositor ao direito positivo, qual fosse uma solução extrajurídica para problemas aplicativos daquela modalidade descritiva de direito, mas a sua natureza intrínseca à normatividade jurídica.

Mendonça Neto¹⁴⁷ avalia que “o princípio da insignificância, conquanto possa ser extralegal, não é extrajurídico, tampouco contrajurídico” e que “é um princípio sistêmico, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Para dar coesão ao sistema penal é que se o fez”.

Já a opinião de Dalbora¹⁴⁸ é a seguinte:

(...) Parece-nos, com efeito, que o adágio mínimo non curat praetor tem que haver surgido com muita maior probabilidade entre os humanistas que o que é lícito supor a propósito dos juristas da Recepção. (...) Desta sorte, que os humanistas construíram o apotegma mínima non curat praetor, que, conforme restou explicado, tem um sentido eminentemente liberal e refratário a qualquer imposição autoritária, não parece – dentro, por suposto, das possibilidades de uma conjectura – hipoteticamente infundado.

Mendonça Neto¹⁴⁹ examina que: “o princípio da legalidade já estava arraigado na *Bill of Rights*, datada do século XIII, entretanto, sem conter qualquer manifestação que evidenciasse o princípio da insignificância”. O autor compreende que “com o advento do Iluminismo, período em que o princípio da legalidade teve seu auge, o princípio da insignificância passou a ser estudado com mais acuidade”.

¹⁴⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95, juizados especiais criminais, lei nº 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual. 2. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p.42

¹⁴⁷ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁴⁸ DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 4, n. 14, p. 41-81, abr./jun./1996, p.66

¹⁴⁹ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

Nesse sentido, explica Prestes¹⁵⁰, que:

Também se afirma que teve sua origem, juntamente com o princípio da legalidade, durante o Iluminismo, como forma de limitação do poder absolutista do Estado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 5º., implicitamente, faz referência ao princípio da insignificância, revelando que a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade, o que cria um caráter seletivo para o Direito Penal e o desprezo às ações insignificantes.

Mendonça Neto¹⁵¹ ainda observa que “somando-se ao art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o art. 8º do mesmo diploma também alude à necessidade de uma significativa lesão ao bem jurídico tutelado para que haja a interferência do Direito Penal”, ao estatuir em seu artigo 8º: “A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”

Tal dispositivo evidencia, de acordo com Mendonça Neto¹⁵² “o princípio da legalidade, da anterioridade da lei penal, da intervenção mínima e da fragmentariedade. Implicitamente, traz à tona o princípio da insignificância”.

Nesse sentido, analisa-se que o princípio da estrita legalidade encabeça a seara principiológica de quase todos os ramos jurídicos, pois é o fundamental dos enunciados dispostos no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, resumindo-se em um dos princípios basilares do Estado de Direito, que garante a segurança das relações jurídicas.

Assim já lecionou Xavier (apud Lacombe, 1996, 09), afirmando que “o princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, sendo à luz deste conceito que tal princípio vem sendo estudado e desenvolvido”.

Noutra banda, de acordo ainda com Mendonça Neto¹⁵³:

Há quem defenda que o mesmo somente surgiu no século XX, por ocasião do fim das Grandes Guerras, período em que a escassez de alimentos e de outros bens indispensáveis à sobrevivência, somada ao crescente índice de

¹⁵⁰ PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. O Princípio da Insignificância como causa de excludente da tipicidade no direito penal, 1. ed. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2003, p.36

¹⁵¹ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁵² MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁵³ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

desemprego, culminou com a prática de pequenos furtos, que receberam a denominação de crimes de bagatela (*Bagatelledelikte*). Decerto, o princípio da insignificância está intimamente relacionado ao princípio da legalidade e evoluiu juntamente com este, tendo, provavelmente, nascido com as ideias liberais dos filósofos iluministas. Contudo, passou a ter maior aplicação no século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, conforme salientado. Não se deve olvidar que o estágio atual do princípio da bagatela deve-se aos estudos empreendidos por Claus Roxin em suas obras *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal* e *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, onde asseverou que tal princípio é um meio de interpretação restritiva do tipo penal. O princípio da insignificância passou a ser uma constante nos estudos do Direito Penal, máxime no estudo do tipo, que é onde tem especial relevância, vez que é uma das formas de excludentes da tipicidade do fato.

Por isso mesmo, segundo Mendonça Neto¹⁵⁴, seria necessário observar e relevar que esse princípio “é de suma importância no atual estágio do Direito Penal, ramo jurídico que sofre uma hipertrofia normativa como resposta ao aumento exponencial da violência”, pois segundo o próprio autor, “permite ao magistrado não cingir-se somente à descrição abstrata do tipo penal, servindo de norte interpretativo no momento da prolação das decisões, possibilitando um veredicto mais condizente com o sistema constitucional do que com a letra fria da lei”.

A Lei penal, com a ameaça da sanção, exerce uma função psicológica de inibição ao crime. A certeza da punição não eliminará a criminalidade, mas reduzirá o número de pessoas que possam ser atraídas para o ilícito.

No Brasil, continua Thums¹⁵⁵, em particular, diante da falência estatal de proporcionar segurança ao cidadão, a “indústria da segurança” prolifera a todo vapor, como praga. Em cada estabelecimento comercial, em cada banco, em qualquer órgão público, em todo o lugar, existem ‘seguranças particulares’. O Estado está transferindo, aos poucos, o ônus da segurança para a iniciativa privada. Em contrapartida, retira as armas dos cidadãos de bem e fomenta a criação de empresas de segurança.

A sociedade pós-moderna está fundamentalmente marcada pela globalização, pela velocidade das informações, pela tecnologia, pela inexistência de fronteiras, porque o homem está desterritorializado. Desapareceu o projeto de vida do homem como ser atomizado de Leibniz, porque a luta não é mais de um homem contra o outro em face de sua natureza violenta, mas pela disputa de bens que garantam a

¹⁵⁴ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁵⁵ THUMS, Gilberto. Estatuto do Desarmamento: fronteiras entre racionalidade e razoabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.04

sobrevivência, o bem-estar, a riqueza, enfim, o poder para dominar o semelhante. O homem dos séculos XX e XXI desenvolveu uma sociedade de massa, de consumo, com concentração de riqueza nas mãos de poucos e clamorosos desequilíbrios socioeconômicos. Como era de se esperar, a violência aflora com toda a sua força.

A violência da sociedade pós-moderna é ontologicamente distinta e apresenta uma fenomenologia típica das sociedades complexas. Buscar as causas dessa violência exige uma reflexão além da simples criminalidade. Gauer¹⁵⁶ descreve as sociedades pós-modernas como:

[...] sociedade do caos, onde as desigualdades sociais, a pobreza, o descontrole de políticas públicas de segurança, a anomia, a omissão do Estado no cumprimento de suas funções primárias, a ideologia da política econômica, tudo isso aliado à concentração urbana, provoca um quadro propício para a eclosão da violência, em todas as suas formas e matizes.

Nas sociedades modernas, é possível encontrar uma grande quantidade de casos da chamada violência policial, contra grupos ou indivíduos isolados. No entanto, ela pode variar conforme a tolerância, tanto do governo como da população, visto que em certos locais há uma vigilância maior sobre a ação policial do que nos demais.

Desta forma, ocorre que em determinados locais um indivíduo que é discriminado por pertencer a determinado grupo étnico ou social torna-se motivo suficiente para ensejar debates acalorados por parte do público, sendo que em outras, tais fatos não chegam a despertar interesse semelhante nos meios de comunicação ou entre os indivíduos pertencentes a esta sociedade.

Segundo Zaluar¹⁵⁷ nas democracias consolidadas ocorreram mudanças profundas no plano organizacional da polícia, “de modo a transformar cidadãos potencialmente vitimizados por ela em sujeitos investidos de direitos e capazes de participar ativamente das funções de controle democrático das violações da lei”. Assim, na visão da autora todos são sujeitos dos direitos e deveres estabelecidos. Através do entendimento da violência como sendo um fenômeno social, percebe-se que a classificação dos atos em violentos ou não violentos varia de cultura para cultura, de período histórico para período histórico.

¹⁵⁶ GAUER, Gabriel J. Chittó. AGRESSIVIDADE: uma leitura biopsicossocial. Curitiba: Juruá, 2001, p.34

¹⁵⁷ ZALUAR, Alba. Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p.403

Muitas são as definições utilizadas para conceituar a violência, dentre elas pode-se utilizar a formulada por Michaud¹⁵⁸:

Há violência quando, numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou mais pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais.

Além desta definição que se refere à violência de forma ampla, é possível compreendê-la pela utilização da força física contra um terceiro, como salienta Chesnais¹⁵⁹: “Trata-se de uma ação direta, corporal, contra pessoas, cuja vida, saúde e integridade corporal ou liberdade individual está em jogo”.

A violência apresenta-se de formas distintas, podendo variar de acordo com os grupos sociais e espaços sociais. Sua manifestação pode ocorrer de diversas formas de acordo com os diferentes tipos, entre estes podemos destacar de acordo com Tavares dos Santos¹⁶⁰:

- Violência política e do Estado.
- Violência costumeira ou difusa, resultante da fragilização das relações sociais e da quebra das regras de sociabilidade, como, por exemplo, a violência cotidiana e o crime doméstico.
- Violência simbólica exercida através dos vários discursos que negam o lugar do outro. Observa-se que, em uma relação de dominação os dominados tendem a tomar o que é apenas uma representação ou classificação (dominante) como se fosse a sua realidade própria. Como exemplo é possível citar a exclusão vivenciada pelas classes populares na escola, devido a suposta falta de competência para aprender verificada nos discursos de colegas que estiveram em melhores escolas devido às melhores condições econômicas.
- Violência como negação da condição humana e restrição de direitos, evidenciadas em situações como a fome, a miséria, a exclusão social e política.

¹⁵⁸ MICHAUD, Yves. A violência. São Paulo: Ática, 1989, p.11

¹⁵⁹ CHESNAIS, Jean Claude. Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours. Paris: Laffont, 1981, p.12

¹⁶⁰ TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. A Cidadania Dilacerada. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 37, p. 131-148, jun. 1993.

Quanto aos atos violentos é possível verificar que nem todos são considerados crimes, bem como o crime não necessariamente precisa ser efetivado através de violência.

O ato transgressor pode ser caracterizado pelo afrontamento das normas aceitas como legítimas em uma dada sociedade ou grupo social, podendo se tornar violento quando estiver acompanhado da utilização da força física no intuito de causar dano a outrem em uma situação de conflito.

Corresponde tanto o ato como à ameaça de praticá-lo. Quanto ao ato transgressor é possível identificá-lo na vida cotidiana de diversas pessoas que se encontram realizando atividades ilegais nas ruas, mas que nem por isso são consideradas como criminosas.

O Princípio da Insignificância deve servir para frear ações que não condizem com o ideal senso de proteção jurídica de direitos e garantias fundamentais. Por isso mesmo são úteis para os chamados delitos de bagatela.

No entanto, segundo Amaral¹⁶¹:

Nos dias de hoje, o acesso à justiça é sensivelmente facilitado, fato este, que faz com que os jurisdicionados postulem a mais variada gama de ações possíveis nos fóruns brasileiros. De fato, muitas questões de parca importância são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, ocasionando uma verdadeira sobrecarga de processos, muitas vezes com assuntos que não justificam a movimentação de todo o aparelho estatal para a resolução desses conflitos.

Já segundo Serrano Junior¹⁶²:

Enquanto o cidadão tem o direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional, através do exercício do direito de ação, o Estado tem dever de prestá-la. Não o fazendo configura-se a denegação de justiça, ensejando que os danos daí advindos sejam reparados pelo Estado, se voltado em regresso contra o agente judiciário a quem pode ser imputado a conduta causadora da denegação de justiça, por dolo ou culpa.

De fato, sem as justificativas adequadas, o juiz não pode eximir-se de julgar, de exercer o comando do processo, negar o julgamento ou retardar o final do processo, deixando perecer o direito ou o objeto de litígio entre as partes.

¹⁶¹ AMARAL, Bruno Pera. Os crimes de bagatela e o princípio da insignificância no direito penal brasileiro. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/26957.htm>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁶² SERRANO JUNIOR, Odoné. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. 2003, p.160

A satisfatória prestação da tutela jurisdicional é um dos principais objetivos do Estado, devendo realizar esta atividade com presteza e celeridade. É através da ação contra o Estado que o particular deve exigir a prestação da tutela jurisdicional.

Seja qual for a natureza do objeto do conflito de interesses levado a apreciação do Judiciário, o juiz dentro de sua competência tem o dever de se pronunciar, mesmo porque a parte só pode recorrer a ele para a solução, de forma que em todos os casos de denegação de justiça, pode-se exigir a reparação do dano pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º XXXV assegura a todos os cidadãos o amplo acesso à justiça, conferindo-lhes a prestação jurisdicional como garantia da lesão ou ameaça aos direitos, não admitindo qualquer restrição a tal direito.

Diante deste fato, impõe-se ao Estado atender satisfatoriamente as pretensões judiciais dos cidadãos, devendo enquanto provedor único e exclusivo da justiça, realizar a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados em lei. O dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional dentro dos prazos previamente fixados decorre do princípio da legalidade.

A ineficiência do serviço traz consigo, em função da responsabilidade objetiva, o dever estatal de reparar eventuais danos. Neste quadro, surge o problema da morosidade na prestação jurisdicional, porque o Estado no exercício desta função, invariavelmente demora para cumprir tal tarefa, o que pode ocasionar danos aos jurisdicionados, que esperam uma rápida solução do conflito de interesses.

Os danos podem ter sua origem por vários fatores, por exemplo, em virtude do desleixo do juiz no cumprimento dos seus atos, ou devido ao próprio serviço judiciário desorganizado, sobrecarregado de processos, mal aparelhado, acarretando graves prejuízos de difícil reparação.

Mesmo que em grande parte o andamento do processo dependa de ação das partes, é responsabilidade do juiz fazer andar o processo, pois ele se desenvolve por impulso oficial. Cabe ainda ao juiz além de dirigir o processo, zelar pela rápida solução do litígio. A prestação jurisdicional implica em ato vinculado, não sendo permitido ao juiz agir com critérios discricionários.

Segundo Serrano Junior¹⁶³ “o Estado ao assumir o monopólio da jurisdição e ao proibir os indivíduos de fazer justiça com as próprias mãos assumiu o dever de prestar uma tutela jurisdicional de qualidade”. Portanto, “cumprido ao Poder Público zelar por certo grau de perfeição na prestação do serviço judiciário, zelando-lhe, igualmente, imputável, a omissão quanto ao dever de fornecer os recursos materiais e pessoais adequados, em qualidade e quantidade”.

Amaral ainda observa que quanto aos chamados crimes de bagatela, “e sobre a importância que vem sendo relevada à aplicação do princípio da insignificância, com o nítido propósito de descriminalizar certas condutas” que, “em face de sua diminuta reprovabilidade, não podem mais ser submetidas à apreciação das sanções penais, possibilitando sua punição através de sanções de outra natureza”. Capez observando essa questão, examina que “no que atine a origem do princípio da insignificância, o instituto teve início no Direito Romano e pertencendo ao Direito Civil” e que o mencionado princípio “fundamenta-se no conhecido brocardo *minimis non curat praetor*, e em 1964 foi introduzido no sistema penal por Claus Roxin”, conforme já se havia observado anteriormente e deve ser frisado por se tratar da origem da questão em estudo.

Andreucci¹⁶⁴, por sua vez, ainda observa que:

O Princípio da Insignificância, ou da Bagatela, deita suas raízes no Direito Romano, onde se aplicava a máxima civilista de *minimis non curat praetor*, sustentando a desnecessidade de se tutelar bens jurídicos insignificantes. Restaria ao Direito Penal a tutela de bens jurídicos de maior monta, deixando ao desabrigo os titulares de bens jurídicos alvo de lesões consideradas insignificantes. Esse princípio é bastante debatido na atualidade, principalmente ante a ausência de definição do que seria irrelevante penalmente (bagatela), ficando essa valoração, muitas vezes, ao puro arbítrio do julgador. De início cumpre ressaltar que o Princípio da Insignificância não se aplica apenas aos delitos patrimoniais, embora em relação a eles seja mais comum sua utilização, mas também aos delitos que violam outros bens jurídicos, tais como os crimes de lesões corporais, os crimes de sonegação fiscal, os crimes contra a Administração etc.

O autor esclarece, como se observará adiante e já se comentou antes, que “há vários precedentes jurisprudenciais baseando-se na mínima lesão ao bem jurídico para excluir a própria tipicidade do fato, havendo”, enquanto que por outro lado, “decisões que, embora não reconhecendo expressamente a bagatela, utilizam a

¹⁶³ SERRANO JUNIOR, Odoné. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. 2003, p.205

¹⁶⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL.

Disponível em:

http://www.cursosexito.com.br/images/upload/articles/19/original_original_O_PRINC_PIO_DA_INSIG_NIFIC_NCIA_NO_DIREITO_PENAL.pdf?1289917144. Acesso em fevereiro de 2020.

insignificância da lesão como causa de diminuição de pena, como acontece com o furto privilegiado (criminoso primário e coisa de pequeno valor) ”.

Para Andreucci¹⁶⁵ “geralmente os casos chegam ao Supremo Tribunal Federal após ter sido negada a aplicação do Princípio da Insignificância pelo Superior Tribunal de Justiça” e segundo o autor, “na Corte Suprema, os ministros se pautam pela insignificância desde que reunidas quatro condições essenciais: mínima ofensividade da conduta, inexistência de periculosidade social do ato, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada”.

E naturalmente, ainda para Andreucci¹⁶⁶, “muitas vezes, as decisões do Supremo Tribunal Federal levam em conta também o Princípio da Intervenção Mínima, oriundo do embate entre duas importantes ideologias modernas”, esclarecendo que “esse princípio prega não se justificar a intervenção penal quando o ilícito possa ser eficazmente combatido por outros ramos do Direito”, sustentando a “necessidade de ser o Direito Penal subsidiário, somente atuando quando os demais ramos do Direito falharem (*ultima ratio*)”.

Portanto, estudiosos como Canhetti et. al.¹⁶⁷ bem observam que “os principais Tribunais do país já foram obrigados a decidir casos onde se discutiu a aplicação do princípio da insignificância” e que “por serem responsáveis pelas diretrizes de nossa jurisprudência, suas posições são importantíssimas para o estudo de qualquer tema, inclusive do princípio da insignificância”. Pois bem, em todas as suas decisões nesse sentido, observa Canhetti et. al.¹⁶⁸ que “o STF, em suas decisões, elencou quatro requisitos indispensáveis para reconhecimento da insignificância”, tais como:

- (a) a mínima ofensividade da conduta do agente,
- (b) a nenhuma periculosidade social da ação,

¹⁶⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL. Disponível em:

http://www.cursosexito.com.br/images/upload/articles/19/original_original_O_PRINC_PIO_DA_INSIGNIFIC_NCIA_NO_DIREITO_PENAL.pdf?1289917144. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁶⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL. Disponível em:

http://www.cursosexito.com.br/images/upload/articles/19/original_original_O_PRINC_PIO_DA_INSIGNIFIC_NCIA_NO_DIREITO_PENAL.pdf?1289917144. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁶⁷ CANHETTI, Bruno Alexander de Paula. FERREIRA, Thaís Caíres. JUNIOR, Mauro Ferreira de Melo. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁶⁸ CANHETTI, Bruno Alexander de Paula. FERREIRA, Thaís Caíres. JUNIOR, Mauro Ferreira de Melo. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>. Acesso em fevereiro de 2020.

(c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e

(d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

A convivência pacífica dentro de uma sociedade só é possível com o estabelecimento de normas reguladoras de conduta, as quais devem ser obrigatoriamente observadas. O Direito tem o papel de limitar a liberdade do individual em benefício do todo. Direito é o conjunto de regras que visam garantir a convivência dos homens em uma sociedade. O Direito existe para que a sociedade viva de forma ordenada, caso contrário seria impossível manter a convivência entre os membros do grupo social. Assim, a ordem social não é capaz de assegurar sozinha uma convivência humana na sociedade. É preciso também a ordem jurídica, da qual o Estado é o titular.

O Direito Processual Penal pode ser definido como o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do direito penal objetivo. O processo penal tem como objetivo tornar efetivo o direito penal, para que a pena prescrita em lei alcance o seu transgressor, desde que comprovada a sua culpabilidade. Para Tucci¹⁶⁹, o poder-dever de punir do Estado está estreitamente ligado com a realização do bem comum, que se traduz na paz e na liberdade dos indivíduos de uma sociedade.

Observando a questão da criminalidade de bagatela, Gomes¹⁷⁰ compreende como principal característica, a "dispensabilidade da pena do ponto de vista da prevenção geral se não mesmo sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial". Nesse sentido, segundo Bitencourt¹⁷¹, o princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado.

O sobredito princípio não é aplicado no plano abstrato. Não é possível, por exemplo, afirmar que todas as contravenções penais são insignificantes, pois, dependendo do caso concreto, isto não se pode revelar verdadeiro. Dessa forma,

¹⁶⁹ TUCCI, R. L. Processo penal e direitos humanos no Brasil. in Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1998, vol. 755.

¹⁷⁰ GOMES, L. F. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, RT. 1997

¹⁷¹ BITENCOURT, C. R. Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

andar pelas ruas armado com uma faca é um fato contravençional que não se reputa insignificante. São de menor potencial ofensivo, subordinam-se ao procedimento sumaríssimo, beneficiam-se de institutos despenalizadores (transação penal, suspensão condicional do processo etc.), mas não são, a priori, insignificantes. Desse modo, referido preceito deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades. O furto, abstratamente, não é uma bagatela, mas a subtração de um chiclete pode ser. Em outras palavras, nem toda conduta subsumível ao art. 155 do Código Penal é alcançada por este princípio.

O Supremo Tribunal Federal assentou “algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal”, tais como:

- (a) a mínima ofensividade da conduta do agente,
- (b) a nenhuma periculosidade social da ação,
- (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e
- (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.¹⁷²

Assim, Apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. “Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º). (...) O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. No caso em tela, a lesão se revelou significativa não obstante o bem subtraído ser inferior ao valor do salário mínimo. Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor "subtraído representava todo o valor encontrado no caixa, sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta" (STF, 2ª Turma, RHC 96813/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/03/2009).

Segundo Capez “cumpre asseverar que o reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu não conduz à extinção da punibilidade do ato, mas à atipicidade do crime e à consequente absolvição do acusado”.¹⁷³ No entanto, tem encontrado ampla acolhida na jurisprudência pátria. O autor então passa a examinar algumas possibilidades de sua aplicação e que sem dúvidas influenciarão cada vez

¹⁷² (STF, 1ª Turma, HC 94439/RS, Rel. Min. Menezes Direito, j. 03/03/2009).

¹⁷³ (STF, 2ª Turma, HC 98.152-6/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/2009).

mais o processo penal nesse corrente século XXI (a seguir transcrito na íntegra, dada a relevância ao presente estudo):

(a) no crime de descaminho: considerou-se que falta justa causa para a ação penal por crime de descaminho quando a quantia sonegada não ultrapassar o valor previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02, o qual determina o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, se os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sendo esse valor modificado pela Lei nº 11.033/04¹⁷⁴

(b) nos crimes ambientais: há julgado da Suprema Corte no sentido de que, em matéria ambiental, surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado (STF, Tribunal Pleno, AP 439/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2008). De forma contrária, já se decidiu que “a preservação ambiental deve ser feita de forma preventiva e repressiva, em benefício de próximas gerações, sendo intolerável a prática reiterada de pequenas ações contra o meio ambiente, que, se consentida, pode resultar na sua inteira destruição e em danos irreversíveis”.¹⁷⁵

(c) no crime de furto: “tratando-se de furto de dois botijões de gás vazios, avaliados em 40,00 (quarenta reais), não revela o comportamento do agente lesividade suficiente para justificar a condenação, aplicável, destarte, o princípio da insignificância”.¹⁷⁶ Da mesma maneira, a conduta perpetrada pelo agente – tentativa de furto qualificado de dois frascos de xampu, no valor total de R\$ 6,64 (seis reais e sessenta e quatro centavos) –, insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela (STJ, 5ª Turma, HC 123981/SP, Rel. Min. Laurita Vaz. J. 17/03/2009, DJe 13/04/2009). E, ainda: “A subtração de gêneros alimentícios avaliados em R\$ 84,46, embora se amolde à definição jurídica do crime de furto, não ultrapassa o exame da tipicidade material, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva, porquanto os bens foram restituídos”.¹⁷⁷

(d) nos crimes praticados contra a Administração Pública: há uma celeuma em torno da questão, pois se argumenta que a norma busca tutelar não somente o

¹⁷⁴ (STF, 2ª Turma, HC 96374/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/03/2009); (CAPEZ, 2011).

¹⁷⁵ (TRF, 1ª Região, ACR 2003.34.00.019634-0/DF, Terceira Turma, Re. Des. Olindo Menezes, j. Em 14.02.2006).

¹⁷⁶ (STF, AgRg no REsp 1043525/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 16/04/2009, DJe 04/05/2009)

¹⁷⁷ (STJ, 5ª Turma, HC 110932/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10/03/2009, DJe 06/04/2009).

aspecto patrimonial, mas também moral da Administração. Nesse contexto, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no sentido de que, em tais casos “descabe agasalhar o princípio da insignificância - consoante o qual não se devem levar em conta a qualificação do agente e os valores envolvidos - quando se trata de prefeito e de coisa pública”.¹⁷⁸

Portanto, o princípio da insignificância constitui um relevantíssimo instrumento que possibilita ao operador do direito avaliar se determinada ação prevista como crime revestiu-se, no caso concreto, de conteúdo ontológico que a possa caracterizar como tal. Assim, de acordo ainda com o autor, tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentam contra a dignidade da pessoa humana.

O famoso brocardo *minimis non curat praetor*, nascido no Direito Romano, é para a maioria dos autores analisados a origem do estudado princípio da insignificância ou bagatela. Ainda sobre o Princípio da insignificância, trata-se de introdução nos sistemas jurídicos internacionais e que influenciou a doutrina brasileira, por atividade e estudos de Claus Roxin, estudioso alemão que nos anos 60 inclui referido princípio no sistema penal. Sua posição era no sentido de que nas chamadas “infrações bagatelares” não haveria a necessidade de aplicação de pena. Portanto, ele estaria excluindo o fato punível.

Precisamente, ele teria dito que “não cabe ao Direito Penal preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o bem jurídico”. Portanto, conforme estudiosos como Luiz Flávio Gomes, dentre outros, “se a finalidade do tipo penal é assegurar a proteção de um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de ofender o interesse tutelado, não haverá adequação típica”. Mas não se pode no “delito insignificante ou de bagatela com crimes de menor potencial ofensivo”, observando-se que “estes últimos são definidos pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95 e submetem-se aos Juizados Especiais Criminais”.¹⁷⁹

¹⁷⁸ (STF, 1ª Turma, HC 88941/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/08/2008). Em sentido oposto: TRF, 1ª Região, Inquérito 9301242141, Corte Especial, Rel. Mário Cesar Ribeiro, julgado em 26/09/1996.

¹⁷⁹ GOMES, L. F. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, RT. 1997

Verificou-se que por se tratar de um tema que não está definido em nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional, o Princípio é citado apenas como referência na Lei Federal de n. 9.099 de 1995, no Direito Tributário (Lei 10522), Direito Ambiental, em Decretos, em normas de Direito Administrativo e Anistia Fiscal, ressaltando-se sempre, a flexibilidade da insignificância. E para que se tornasse possível a presente análise se fizeram uso de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) e verificou-se o critério que norteia a aplicação desse Princípio, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

Mas exatamente por tratar-se de um tema que ainda não esteja completamente definido em instrumentos legislativos ordinários ou constitucionais é que se criou o presente estudo, que analisa de uma forma bibliográfica apenas, mas que certamente auxiliarão na formação de um conceito ideal para o citado princípio, que pode ser tão útil ao momento judicial e processual brasileiro, apesar da cautela que se deve empregar em sua utilização por parte dos magistrados pátrios quaisquer sejam as ações e suas decisões.

Somente os critérios empregados pelo Superior Tribunal Federal (STF) para seu emprego, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica; já auxiliam bastante tanto acadêmicos quanto operadores do Direito a melhor compreendê-lo em toda a sua amplitude e possibilidade de utilização.

Mas enfim, conforme se pode observar, se poderia resumir o Princípio da Insignificância, numa orientação derivada do Direito Romano, trabalhada e modernizada no Direito Italiano e em outros países que chega ao Brasil com os estudos de Roxin, e se amplia com os pilares Constitucionais de 1988. Incide quando não existe uma lesão punível, nem um risco de sua ocorrência a qualquer bem jurídico.

Trata-se da não imposição de uma pena às questões de bagatela, ninharias, ocorrências de lesão mínima que não afetem concretamente o bem juridicamente protegido, de forma que a conduta do sujeito se torna atípica e não se torna necessário o Direito de Punir do Estado, nem a intervenção dos Tribunais no fato que lhe deu causa.

2.4. O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE “REDUÇÃO DE DANOS”

Conforme se pode perceber-se, de modo geral, o direito criminal se desenvolve, primeiramente, de forma preventiva, porque sua finalidade é prevenir o crime e não punir o infrator da ordem jurídico penal. Por isso, é que a atuação do direito criminal deve ser feita por meio de políticas públicas que proporcionem os indivíduos oportunidades de se afastar e não vir a cometer crimes. Assim, a pena tem um caráter secundário, e não é prioridade dentro do direito criminal.

Diante disso, o direito criminal tem como finalidade maior exercer um controle sobre a sociedade, sendo que este controle se baseia em princípios constitucionais fundamentais, que “repousam em um arcabouço de leis que garantem os direitos do cidadão”, o que foi intensificado com a Constituição Federal de 1988, principalmente por conta das cláusulas pétreas – não modificáveis pelo legislador infraconstitucional – que determinam o limite do direito de punir pelo Estado.

Dentro desse contexto, o direito criminal repousa no contrato social, pois estabelece que todos na sociedade, estão submetidos a uma mesma regra. Nesse sentido, o:

[...] legislador infraconstitucional valora o sentimento do corpo social no tocante às condutas humanas e resolve, por meio do axioma, estabelecer quais condutas serão consideradas criminosas para a coletividade. Depois de estabelecidas e tipificadas estas condutas, o legislador vai estipular sanções e, por meio da legislação processual, como os indivíduos responderão perante ao aparelho judicial a fim de que a justiça seja aplicada.¹⁸⁰

Portanto, o direito criminal é responsável por sistematizar as normas, orientando o agir do Estado e dos indivíduos na sociedade, sem, contudo, infringir, a dignidade da pessoa humana, uma vez que este princípio destaca que o ser humano deve ocupar o centro das atenções do Estado, por isso devem ser proibidos somente comportamentos que lesem a sociedade socialmente e que prejudiquem o convívio em sociedade.

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, sendo inerente ao ser humano e por causa disso, não poder ser suprimido por conta de sua natureza. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é:

¹⁸⁰ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.33

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁸¹

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser levado em consideração na intervenção mínima do Estado em virtude de se buscar garantir os direitos básicos do ser humano, em virtude do valor desta, e com base nisso, deve ser afastado todo tipo de crueldade e desrespeito à vida humana.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da lesividade, este é reconhecido como princípio da ofensividade, que para Batista:¹⁸²

[...]transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que se possam ter as atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo –, o direito coloca face a face, pelo menos, dois sujeitos.

Desse modo, o princípio da lesividade proíbe as incriminações referentes a uma atitude interna do agente, bem como, proíbe incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor. Proíbe também, incriminações simples ou de condições existenciais e de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O princípio da lesividade permite que o direito criminal proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e que atinjam bens de terceiros. Assim, o princípio da lesividade serve como norte ao legislador no sentido de observar as condutas que extrapolem a pessoa do agente e atinjam diretamente aos bens de outrem que são proibidas pelo Estado com base no Direito Penal.

Além disso, tem-se o princípio da adequação social serve de orientação, para o legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais dentro do Código penal, sendo que condutas que no passado eram consideradas socialmente inadequadas, se hoje forem aceitas pela sociedade, farão com que o legislador afaste

¹⁸¹ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.34

¹⁸² BATISTA, Nilo. Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revan. 1996, p.91

a criminalização, tal como se exige, atualmente com a prática do jogo do bicho, conduta perfeitamente assimilada pela sociedade, que, inclusive pratica jogos semelhantes, e que mereceram a repressão oficial do Estado.

Portanto, a adequação social é importante porque é a maneira do legislador se orientar para a criação ou revogação de figuras típicas, por isso em determinada época e contexto o que é crime não será efetivamente em outro, pois condutas inadequadas podem vir a se tornar aceitas em outro ordenamento jurídico-penal, a partir do momento em que são perfeitamente assimiladas pela sociedade.

Conforme esses princípios, o direito criminal exerce um controle social cuja funcionalidade é a de que o legislador faça a transformação social dos conflitos desviantes, tendo em vista que a “sociedade está em conflito devido à agregação social, e a convivência em comunidade faz com que diversos tipos de conflituosidade sejam detectados na sociedade”.¹⁸³

O tráfico de drogas no Brasil foi intensificado devido ao fracasso da segurança pública, que não proporciona de forma competente, a segurança efetiva dos cidadãos brasileiro, deixando espaço para que se formem grupos criminosos, como o Comando Vermelho - CV.

Entende-se por segurança pública “a atuação conjunta dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com suas competências e funções específicas, atuando de modo eficaz e eficiente diante das necessidades de cuidados e amparo na proteção cidadã”.¹⁸⁴ Nesse sentido, o sistema de segurança pública brasileiro, deve ser executado conforme preceitos constitucionais, executado por meio de corporações policiais, como é o caso da polícia militar e a polícia civil.

Para o Ministério da Justiça, a segurança pública é:

Uma atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei.¹⁸⁵

¹⁸³ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.34

¹⁸⁴ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.34

¹⁸⁵ BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.35

Dessa maneira, ela é formada por macro sistema, como o Sistema Policial, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Sistema Penitenciário, porém o combate à criminalidade organizada tem se resumido meramente em ações de caráter policial, e pior, mais em ações policiais ostensivas do que ações policiais inteligentes, e ainda tem buscado a resolução dos conflitos no sistema penitenciário com punição quase que estritamente em caráter de isolamento social como execução de pena.

No contexto atual, o tráfico de drogas é um dos grandes problemas que assolam a segurança pública brasileira, pois apesar do Estado ter o poder de punir esse tipo de crime, não vem investido em políticas de intervenção, controle e desmantelamento das redes de comando do tráfico de drogas, mostrando omissos e ausente na função de cuidar da segurança nacional em confronto com a violência e a criminalidade difusa, o que motivou e incentivou o fortalecimento do crime organizado, contribuindo grandemente no aprimoramento de suas atuações, desmoralizando cada vez mais o papel do poder público em zelar pela segurança e incolumidade da sociedade.

Assim, a segurança pública no Brasil é:

[...] uma das maiores preocupações da população e, em virtude do aumento vertiginoso da violência, tem sido explorada e debatida pelas entidades governamentais e não governamentais no sentido de buscar uma solução que resolva esta questão, a qual, sem dúvida alguma, está entre as primeiras necessidades de qualquer ser humano.¹⁸⁶

Corroborar-se com o pensamento do referido autor porque a violência está cada vez maior no Brasil, sendo que a mesma na maioria tem como causa primária o tráfico de drogas, estando direta ou indiretamente vinculada a ele, o que acaba por aumentar a sensação de impunidade.

Na verdade, o governo não garante à população os necessários direitos básicos para que consigam viver com dignidade, como saneamento básico, hospitais, lazer, escolas e segurança, fundamentalmente para a classe menos favorecida da sociedade que está nas periferias, propiciando oportunidades de crescimento ao tráfico de drogas, o qual adquire características empresariais, oferecendo serviços a essas sociedades carentes, as quais ficam reféns de poderosos e perigosos bandidos,

¹⁸⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações as disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999, p.80

os quais também subornam os agentes que deveriam ser responsáveis por combatê-lo.

Diante disso, a saída para essa situação, à prevenção como ato de combate, atuando efetivamente no processo de formação social, cultural e educacional do cidadão, e aplicar a repressão como medida de controle para remediar quando não for mais caso de prevenir, acompanhando rigorosamente o cumprimento de normas e das penas.

A comunicação é um fator de grande relevância, pois é um inseparável aliado do crime organizado, sem este instrumento, líderes de facções criminosas não teriam como dar prosseguimento nas suas ordens de execução e comandar seus seguidores obedecer a missões, o que conseqüentemente paralisaria as rebeliões internas e os ataques terroristas na sociedade, impediria o acesso a informações com outros membros, impossibilitaria a negociação de favores com agentes corruptos e dificultaria todo planejamento de fuga.

Sendo assim, o controle do tráfico de drogas deveria ser feito pela polícia militar, porém esta está bastante corrompida em função dos baixos salários, falta de ética entre os policiais, e outros problemas relativos a essa categoria, que acabam por comprometer um trabalho efetivo e de qualidade.

Por sua vez, a polícia civil, mantém-se ainda mais distante do combate ao tráfico de drogas, pois embora tenha entre suas funções, a busca, apreensão e encaminhamento de drogas para as delegacias dos envolvidos com o comércio ilícito, ela pouco desempenha essa função.

Diante disso, o sistema de segurança pública existe como uma necessidade de assegurar a convivência pacífica, livre e justa baseada no Estado de direito democrático, porém, isto não ocorre na prática, tanto que o aumento da criminalidade é evidente.

Sendo assim, o poder do narcotráfico no Brasil, desde a década de 1990, vem ganhando proporções assustadoras. Embora seja esse um problema recente, as estatísticas apontam para o aumento da criminalidade e de um verdadeiro caos social.

Desse modo, as organizações ligadas ao tráfico desafiam o Estado e ganharam notoriedade, desde o início do ano de 2006, sobretudo com as manchetes da mídia impressa e televisiva entre os meses de maio a julho do mesmo ano, sobre ocorrências na cidade de São Paulo. Foram demonstrações abusivas de um poder

potencialmente violento em confronto com o Estado. Esses grupos criam a sensação de que a sociedade toda virou refém de uma crise sem saída.

Diante disso, o Brasil se apresenta como um importante país de “trânsito” para a cocaína que ingressa nos Estados Unidos e Europa. É um dos mais importantes centros de lavagem de dinheiro do mundo, o que se deve principalmente à elevada corrupção policial causada pelo tráfico no nível estadual e local é um problema.

3. EFICÁCIA PENAL X EFICIENTISMO PENAL: UMA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL - CRÍTICA À COMINAÇÃO DA PENA EM ABSTRATO E A QUESTÃO DA ADEQUAÇÃO AO MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tendo como base a teoria contratualista, há que se considerar cidadão aquele que aceita e incorpora o contrato social como item necessário à sua sobrevivência e ao bem comum.

Hobbes, ao dissertar sobre o contrato social, o explica como meio para o convívio pacífico e a autopreservação já que, anteriormente, não havia qualquer limitação sobre os desejos humanos.

Ao que se insurgia contra o contrato, retornava ao estado de natureza, e, uma vez não tendo acesso as normas inerentes ao pacto, a ele, não caberia tais prerrogativas, existindo tão somente a expiação.

De forma similar, o Direito Penal do Inimigo trata de combater indivíduos que em sua atitude, ou mediante sua incorporação a uma organização, se afastam, provavelmente, de forma duradoura, ou pelo menos de forma decisiva, do Direito, ou seja, não oferecem uma garantia cognitiva mínima que seria necessária para o seu tratamento como pessoa. Pois um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.

Diante disso, observa-se a diferenciação criada ao delimitar o campo de A definição de inimigo permeia a temática jurídico-penal desde os tempos romanos, aproximadamente entre o século IV e VI⁴⁶, quando ao sancionar os inimigos, colocava-se a “possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema de hostilidade.”

A mudança de cidadão para inimigo aconteceria mediante a reincidência, a habitualidade, o profissionalismo criminal e, finalmente, a integração em organizações criminosas estruturadas, e, essa mudança, muito mais do que o significado de cada ato delitivo concreto, se manifestaria numa dimensão fática de periculosidade ao qual haveria que se fazer frente de modo ágil.

É de suma importância atentar que as atividades empregadas por tais indivíduos, quando da exteriorização de seus atos, caracterizar-se-ão por atos contra bens jurídicos protegidos pelo Direito penal, elenca-se: danos, extorsões, lesões, homicídios etc.; todavia esses comportamentos não servem de base para a atuação

do Direito Penal do Inimigo, uma vez que cidadãos podem vir a cometê-los e sofrerem as suas respectivas sanções conforme o ordenamento jurídico.

Faz-se notar, então, que as realizações dessas ações não são por si só, definidoras do status de inimigo, e sim a habitualidade e o profissionalismo criminal desse indivíduo, assim como manter-se em organizações que vão de encontro ao ordenamento e fazem de suas atividades, inequivocamente, criminosas.

Dessa forma quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Assim, aos que não detêm um comportamento pessoal que ofereça segurança cognitiva, não haverá o tratamento como cidadão, e, concomitantemente, o Estado não o entenderá como pessoa já que mantém conduta pessoal que vulneraria o direito a segurança da coletividade.

O Direito Penal é o ramo jurídico cuja finalidade é a disciplina da sociedade. Pode-se definir uma sociedade através de uma análise deste direito, pois este representa os costumes, as emoções e a realidade daquele povo. Neste mesmo sentido, o Direito Penal só deve ser acionado como última opção, ou seja, quando os demais ramos do Direito falharem, o Direito Penal deve trazer a solução. Qualquer ideia em contrário seria levantar falsas esperanças para a sociedade.

No tocante ao Direito Penal do Inimigo, tem-se que há uma divisão entre os cidadãos que cometem crime dos criminosos profissionais ou delinquentes. Aqui, verificou-se a ideia de que cada um merece uma forma de tratamento, pois o cidadão ao cometer um crime, ele agride a lei, enquanto que o delinquente atenta contra toda a sociedade.

O delinquente é tido como o inimigo do Estado, pois suas atitudes agredem uma parcela significativa da sociedade, corrompendo o sistema. Não significa que o delinquente deve ser excluído do Direito, mas ele deve receber um tratamento muito mais rígido do que aquele dispensado ao cidadão.

Esta teoria é repudiada, baseada na ideia de que todo ser humano tem o direito se arrepender, ou seja, todos têm direito a uma segunda chance e que esta divisão estaria ferindo os preceitos de um Estado de Direito. Aplicar o Direito Penal do

Inimigo seria inverter a vítima, que deixaria de ser os cidadãos passando a ser o Estado.

Mesmo que haja larga crítica a teoria do direito penal do inimigo, ele é implicitamente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. De forma reiterada a legislação infraconstitucional introduz leis diferenciadoras, ou seja, o Direito Penal deixa de ser a última opção para assumir a dianteira jurídica na solução dos conflitos sociais.

A sociedade também é falsamente informada de que o endurecimento das normas penais trará segurança, embora estas “verdades” sejam vinculadas por pessoas leigas em relação à Ciência Jurídica. E aproveitando a deixa, o Estado se omite de realizar as verdadeiras ações contra a violência, que seria um maior investimento nos Direitos Sociais, ou seja, melhorar a educação, a saúde, oferta de trabalho entre outros.

A definição de inimigo ultrapassa a definição trazida por Hobbes e tem raízes fincadas no direito romano, onde os *hostis* era o inimigo público, sendo negada a característica de ser, restando-lhe um tratamento baseado exclusivamente na hostilidade.

O tratamento diferenciado dado ao Inimigo, assim como o dado por Hobbes ao inimigo do Leviatã, ainda é encontrado nas legislações penais modernas, porém, sua caracterização é expandida, não se limitando àqueles que se revoltam contra o Estado.

As definições de inimigos flexibilizaram-se conforme o contexto histórico vivenciado pelas sociedades. Nessa ótica, discute-se a possibilidade de tratamento diferenciado de alguns segundo a sua periculosidade e, conseqüente, a utilização de uma legislação diferenciada, visando tratamentos necessários para a sua contenção.

A evolução desse conceito ultrapassou os séculos, e manteve-se nas diversas normatizações, porém modificando seu intuito caracterizador conforme necessário. Interessa observar que, a conceituação do indivíduo como Inimigo, “na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade.”

No século XX, o inimigo ganhou forma no período entre guerras, principalmente nos regimes autoritários que se fizeram presente nessa época. A fabricação do inimigo expandiu-se ao ponto de analisar as características físicas ou religiosas para sua identificação.

Contudo, após 11 de setembro de 2001, há uma nova definição de Inimigo, o que se demonstrava indefinido pela caracterização de delitos econômicos e corrupção toma forma frente ao terrorismo. Nesse contexto, há a utilização de discursos emergenciais, e como se “pretende justificar um controle maior sobre toda a população para evitar a infiltração de terroristas, facilita-se e reforça-se igualmente o controle que se exerce sobre estes, especialmente sobre os estrangeiros.”

Retoma-se a diferenciação romana em que os estrangeiros são os inimigos em muitos casos, sendo que, no século XXI, os novos alienígenas hostis são na grande maioria imigrantes. A nova normatização prega a necessidade de uma repressão mais efetiva já que o inimigo passa a agir sem fronteiras, causando desordem e evidenciando a carência de meios e métodos que os detenham.

Nota-se que, após essa impossibilidade de classificação do indivíduo ao qual o tratamento diferenciado se destina, cogita-se a “possibilidade de que o Estado de Direito possa limitar as garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o objetivo de identificar e conter os inimigos”.

Deste modo, buscar-se-ia, como método de prevenção e contenção, uma medida de endurecimento, porém limitada aos que como inimigos forem taxados. Todavia, tal tendência de restrições de direitos formularia um maior endurecimento da legislação penal de uma forma geral, uma vez não existir delimitações básicas quanto ao conceito de inimigo, sendo impossível identificá-lo em meio a uma sociedade.

O direito penal de primeira velocidade orienta-se pelos princípios político-criminais clássicos em que há a aplicação da pena privativa de liberdade ao infrator, porém permeada das prerrogativas inescusáveis, tais como garantias individuais e princípios processuais.

Quanto ao direito penal de segunda velocidade, apresenta-se por penas diferenciadas, não se pautando nas penas restritivas de liberdade, mas em “penas restritivas de direito ou multas, esses princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada pela menor severidade de sanção.”

Observa-se, então, a existência de transações penais com o intuito de substituir penas restritivas de liberdade por sanções diferenciadas tais como pagamento de multas, tendo a lei 9.099 de 1995 na legislação brasileira adotada tal perspectiva.

Já o direito penal de terceira velocidade, Silva Sánchez¹⁸⁷ caracteriza como um direito penal em que há a pena restritiva de liberdade, sendo adotada, conjuntamente, uma ampla relativização das garantias político-criminais. Tal relativização abarcaria regras processuais e garantias menos rigorosas que as encontradas no direito penal de primeira velocidade, porém destinadas a determinados sujeitos e situações excepcionais onde a utilização desse direito seria inevitável.

No direito penal de terceira velocidade, busca-se a utilização das penas restritivas de liberdade em que há a manutenção do delinquente no âmbito prisional como intuito de manter a segurança da sociedade, concomitantemente a relativização de suas garantias processuais uma vez ele se mostrar um perigo real para a segurança efetiva.

Tais relativizações de garantias se fariam presentes nos processos de delinquentes habituais em que o comportamento do indivíduo está voltado para a criminalidade reiterada e não há a segurança em seu comportamento pessoal havendo a manifestação desse déficit em sua conduta. Cabendo ressaltar a necessidade da existência de um estado emergencial no qual haja a pertinência de tais medidas excepcionais, haja vista a renúncia de direitos essenciais visando à segurança de uma sociedade.

No passado, acreditava-se que bastava o Estado liberal clássico, que através da omissão de condutas danosas ao indivíduo, resguardaria a dignidade da pessoa humana. No entanto, o Estado deixou de ser o único possível agressor dos indivíduos. Devido a uma sociedade de poder crescente, é cada vez maior o número de entes privados que exercem seu poder social e econômico sobre outros particulares. Portanto, na posição de responsável por demandas sociais, o Estado brasileiro, abandonando a antiga filosofia da não-intervenção, passa a seguir um posicionamento ativo na garantia de direitos fundamentais.

Assim como é importante o fim da divisão entre o Estado e a sociedade, também é importante o fim da *summa divisio* para a legitimidade da eficácia mencionada, marcada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), que passou a englobar aspectos de direito privado em adição aos temas de direito público. Portanto, o princípio da unidade do ordenamento jurídico e o princípio da supremacia

¹⁸⁷ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. La expansión Del derecho penal. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p.11

constitucional também ratificam a ideia da eficácia horizontal. Dessa forma, apesar da ausência de enunciado exposto na Constituição federal de 1988 sobre a eficácia horizontal, o contexto histórico-jurídico proporciona a ideia de aplicabilidade das normas constitucionais às relações privadas, visto que o Estado deixa de ser a única ameaça aos direitos fundamentais.

Os teóricos respondem à acusação de que o Judiciário feriria o princípio democrático através da eficácia direta. Diz-se que a assunção da ideia da Constituição como norma e do Poder Judiciário como seu guardião, deitaria por terra o argumento da ilegitimidade democrática da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Até porque, “o respeito aos direitos fundamentais, como demonstra a teoria do discurso é um pressuposto material para a própria possibilidade de democracia”.¹⁸⁸

Portanto é função legítima do Judiciário a guarda do Direito. Além disso, não valeria de nada um princípio democrático íntegro, se o Judiciário permitisse que os direitos fundamentais, uma das condições para o exercício desse princípio, fossem violados sob a justificativa que não cabe ao Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas.

Sobre a diminuição da segurança e previsibilidade jurídicas, tendo em vista, a possibilidade de decisões judiciais fundadas em princípios gerais do direito constitucional, cabe ressaltar que haverá sim a perda de alguma segurança, mas o princípio da segurança jurídica não é supremo, nem superior ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, foi criada, primordialmente, para garantir uma maior igualdade entre os povos. Outras cartas de direitos a precederam, porém, a Declaração foi o primeiro documento a estabelecer um objetivo comum, a ser atingido por todas as nações.

Seus artigos possuem princípios universais, indivisíveis e interdependentes, mesmo assim, a Declaração não conseguiu atingir seu ideal plenamente. Até hoje, muitas são as violações contra o ser humano, e a ineficácia do governo na aplicabilidade da lei e na apuração de denúncias, acaba agravando esta situação. A

¹⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.241

busca da igualdade é um dos mais marcantes significados, dos seus 30 artigos. E também a consolidação de liberdades, conquistadas por toda a humanidade.

Neste aspecto Bobbio¹⁸⁹ afirma:

No que se refere às novas formas de defesa das velhas liberdades, é preciso assinalar a tendência, que se manifestou logo após a Segunda Guerra Mundial, no sentido da proteção internacional dos direitos do homem, aos quais remete, desde seu Preâmbulo, o Estatuto das Nações Unidas. Com a Declaração Universal dos Direitos do homem, aprovada pela em 10 de dezembro de 1948, pela Assembléia das Nações Unidas, foi feita a primeira tentativa de universalizar – ou seja, de estender a todos os povos da terra - aqueles princípios de liberdade que foram afirmados pelas primeiras Constituições liberais no interior dos limites de cada estado nacional. Essa universalização dos direitos do homem, apenas enunciada e solenemente proclamada deveria ser o pressuposto natural de sua garantia internacional.

É evidente que o mundo em 1948 era muito menos complexo, do que o de atualmente, pois hoje apesar da globalização, que está mudando as relações entre países e povos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ainda é extremamente válida, apesar do que algumas pessoas afirmam. Ela assume uma maior responsabilidade devido à proliferação dos conflitos internos e externos, a maioria deles motivados pela intolerância aliada à discriminação racial, étnica, religiosa e cultural. O caráter perene da proclamação da dignidade e igualdade de todos, da fraternidade como norma de conduta entre os homens, da não discriminação por qualquer motivo que seja – raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião, origem nacional ou social, nascimento ou propriedade – do direito à diversidade de crença, de convicções e de expressão é ressaltado pelas tragédias e conflitos atuais.

Outro questionamento existente acerca da Declaração Universal dos Direitos Humanos é sobre sua universalidade, ancorado no argumento de que a declaração impõe valores ocidentais que não são partilhados por outras sociedades. Quanto a esse questionamento, convém salientar que no processo de sua elaboração foram consultados os principais pensadores da época, representantes de distintas culturas e correntes filosóficas. O texto adotado resultou de um esforço de negociações diplomáticas, para acomodar as mais diferentes concepções dos Direitos Humanos, também tomaram parte das negociações e na votação, as delegações de países de diferentes regiões.

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone editora, 1996, p.94

Segundo Bobbio¹⁹⁰ “é necessário ressaltar também que existem outros diplomas que constituem a arquitetura internacional dos Direitos Humanos e abrigam uma contínua inclusão de direitos, foram se aderindo como simples especificação daqueles direitos contemplados na Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Assim, a defesa da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos é essencial para a construção de uma sociedade pacífica e para o progresso integral dos indivíduos, povos e nações.

É preciso analisar ainda que os direitos fundamentais inerentes ao homem estão dispostos na Constituição Federal de 1988, em seu título II. Tais direitos, segundo Bonavides¹⁹¹ de índole individualista, podem ser resumidos como direitos de liberdades e o sujeito ativo destes direitos é o próprio indivíduo, estando no polo passivo o próprio Estado e as demais pessoas que não sejam portadoras de direitos de liberdades.

Tais direitos, segundo Moraes¹⁹², possuem seis características: a) são inerentes a natureza do homem; b) são inalienáveis, ou seja, são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis; c) são imprescritíveis e podem ser invocados a qualquer momento; d) são irrenunciáveis; e) são absolutos e, por fim, f) são universais.

Diz-se que o princípio da dignidade humana, carrega consigo um alto grau de abstração que dificulta seu devido entendimento pelos estudiosos, ou mais ainda, uma unanimidade entre os autores. Seria, no entanto, essa dignidade, a prerrogativa de cada ser em ter seus direitos e prerrogativas respeitados pelos demais e de tê-los coibidos pelos maus comportamentos de outrem, que desabonem a sua liberdade, privacidade, integridade, ou seja, sua dignidade própria.

A dignidade teria ainda a ver com valores que impeçam a degradação humana, conservando-lhes em bom convívio e pacificamente entre os demais. É dada assim, ao homem, uma condição privada para que possa cuidar de si próprio e de seus próprios interesses, e fruir da vida como bem lhe entender, logicamente, dentro dos ditames da lei e da moral social. Seriam ao menos quatro consequências da criação e imposição desse princípio na sociedade, quais sejam:

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.05

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p.564

¹⁹² MORAES. Guilherme Braga Peña de. Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997, p.180

- a) igualdade de direitos entre todos;
- b) garantia de independência e autonomia para todos;
- c) observância e proteção dos direitos inalienáveis;
- d) não admissibilidade de condições subumanas de vida.

Então mencionado princípio viria a impedir que o ser humano viesse a ser tratada como um mero objeto, como máquina, como escravo. Trouxe-lhe a prerrogativa pela qual poderia fazer seus planos e viver livremente sem injustas imposições, sem crueldade, e protegendo-lhe assim, permite-lhe uma condição existencial mínima favorável ao seu desenvolvimento e à sua própria vida e bem-estar perante seus iguais e toda a sociedade civil e o próprio Estado.

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito brasileiro traz, assim, um importante vínculo da lei à devida observância dos direitos fundamentais do homem e dos direitos humanos e implica em colocar o ser humano no centro do universo jurídico. Interessante ainda notar-se que tal princípio sempre caminhará junto ao da igualdade, uma vez que não deverão existir direitos ou privilégios para um ou um determinado grupo e não para outros. De sorte que, todos estão situados no instituto, que visa a proteção da coletividade e dos direitos e garantias individuais, sobretudo.

Decorrencia disso será a impossibilidade de o homem vir a ser pelo menos em tese, reduzido em sua dignidade ou direitos, pelo Estado ou quem quer que seja. De modo que não se verá mais na sociedade a coisificação do homem ou a situação do escravo, seja por um igual ou pelo próprio sistema, se o mesmo extrapolar suas prerrogativas. Respeitam-se, concomitantemente, os direitos da personalidade, que mais adiante melhor analisaremos. Preserva-se ainda, os direitos humanos, ao não permitir sofra o homem por aquilo que não deu causa ou de forma injusta diante das possibilidades legais para os casos.

Desta maneira vê-se a grande influência trazida às normas penais e processuais penais por intermédio desse princípio fundamental do homem. Não poderá o Estado punir aqueles a quem deva punir sem a devida atenção aos seus direitos e aos limites da própria punição. Não poderá expor o acusado a tratamento desumano, indigno ou injusto. Permitirá ainda, que o mesmo seja atendido em todas as suas solicitações e remédios que lhe permitam a lei, para cuidar-se diante de terceiros e diante do próprio Estado a quem poderá culpar por ações que exorbitem sua esfera de poder e de dever.

Assim, tem-se o importante princípio como verdadeiro corolário da Justiça a fim de se impedir o desapareço dos indivíduos pela atividade punitiva do Estado. E verifica-se ainda a Dignidade da pessoa humana como um limite à autonomia da vontade, evitando-se que, por exemplo, num contrato qualquer uma das partes seja reduzida a mero objeto da pretensão, sendo-lhe desrespeitado o direito de igualdade que as normas lhe outorgam como direito no campo contratual e ainda, expondo-o aos riscos incalculáveis do negócio manipulado à livre execução da outra parte.

O Estado democrático de direito aufere aos cidadãos garantias fundamentais como a liberdade, a cidadania, direito a propriedade entre outros direitos essenciais à qualidade mínima de existência e respeitabilidade social e jurídica entre os homens. Sabe-se ainda que a liberdade da pessoa, que hoje afirmadamente se trata da base do Estado democrático de direito, é uma questão defendida pelo art. 5º da Constituição Federativa do Brasil que diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Desta forma, o assim chamado “Estado democrático de direito” tem a função de tornar realidade, perante a sociedade como um todo, as garantias fundamentais da pessoa humana. No entanto, um senso sempre presente de responsabilidade deverá guiar o senso de liberdade humana, somente assim o homem dela fará jus e se verá livre da possibilidade a todos imposta de privação da mesma como punição por ato ou omissão ilegal.

Como decorrência desse reconhecimento e proteção jurídico-constitucional aos cidadãos, mesmo no campo penal, é que surgem o Princípio da Insignificância, que deriva do Princípio da Intervenção Mínima. Canhetti et. al.¹⁹³ analisa que:

O Direito Penal é um ramo do direito fundamentado em princípios. Um importante princípio norteador de suas bases é o Princípio da Intervenção Mínima. Esse último ensina que o Direito Penal somente pode atuar nos casos de real necessidade, norteador para isso, na fragmentariedade e subsidiariedade. A subsidiariedade significa que o Direito Penal só deve ter aplicação, nas hipóteses em que as outras áreas do direito forem insuficientes ou ineficazes. Já a fragmentariedade determina que a intervenção penal só deva ser justificada nas hipóteses de lesões relevantes aos bens jurídicos por

¹⁹³ CANHETTI, Bruno Alexander de Paula. FERREIRA, Thais Caíres. JUNIOR, Mauro Ferreira de Melo. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>. Acesso em fevereiro de 2020.

ele tutelados. Dessa forma, se o Direito Penal só atua para defesa de relevantes lesões aos valores por ele elencados, significa que, se não ocorrer, de fato, nenhuma lesão, ou risco sério de lesão a esses bens, ele não deve atuar. Isso nada mais é do que uma interpretação a contrario sensu, do que dispõe o princípio da fragmentariedade, derivado da intervenção mínima. Nesse ponto é que nasce o princípio da insignificância, prevendo como atípico uma infração penal formalmente válida, que não traga lesão, ou risco de lesão, a um bem jurídico tutelado no âmbito penal.

Portanto, trata-se, segundo Canhetti et. al. de princípio já antigo, uma vez que é previsto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, nos termos de seu artigo 8º:

Art. 8.º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Canhetti et. al.¹⁹⁴ então observa que “o princípio da insignificância ou bagatela, também conhecido como delito de lesão mínima, nasceu no Direito Romano, mas só com Claus Roxin, em 1964, é que ganhou relevância no ornamento penal”. Sobre isso se avaliarão maiores detalhes no próximo capítulo.

Todos os autores pesquisados informam o Princípio da Insignificância como derivando do chamado *minimis non curat praetor*. No Brasil, muito particularmente, a análise referente a questões de criminalidade de bagatela, insignificância, etc.; passaram a tomar forma com a Constituição Federal de 1988, a partir da qual, de acordo ainda com Canhetti et. al. “novos vetores, paradigmas e interpretações jurídicas ganharam relevância no cenário jurídico”.

Sobre a Teoria do Crime, Canhetti et. al.¹⁹⁵ analisa que:

O crime, após 1988, também recebeu novos elementos. Todos conheciam as infrações penais como adequação fato-norma, e se restringiam a essa subsunção típica. Com advento da dignidade humana, além desse elemento formal, a infração penal recebeu outro elemento material. Para um fato ser chamado de infração penal, além de estar previsto em lei como tal, necessita colocar em risco os valores fundamentais da sociedade. Quer dizer, deve colocar em perigo os bens jurídicos mais importantes e relevantes para nossa sociedade. A partir daqui, deriva o princípio da insignificância, como decorrência do novo elemento material componente da infração penal.

¹⁹⁴ CANHETTI, Bruno Alexander de Paula. FERREIRA, Thaís Caíres. JUNIOR, Mauro Ferreira de Melo. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁹⁵ CANHETTI, Bruno Alexander de Paula. FERREIRA, Thaís Caíres. JUNIOR, Mauro Ferreira de Melo. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>. Acesso em fevereiro de 2020.

Sobre isso, importa comentar que o crime geralmente envolve a culpabilidade, a tipicidade e a antijuridicidade e deriva de situações contrárias e conflitantes. Trata-se, pois, de um fenômeno social.

Na visão de Silva Jr.¹⁹⁶:

As escolas e teorias dos crimes são na Criminologia tradicional: Escola clássica; Escola positiva; Teorias bioantropológicas; Teorias psicodinâmicas; Teorias psico-sociológicas; Sociologia criminal; Teorias ecológicas; Teorias da subcultura e Teorias da anomia. Quanto à Criminologia nova ou crítica tem-se: Teoria da rotulação; Etnometodologia e Criminologia radical. Os autores explicam que a ciência que investiga o problema do crime pode ser classificada em criminologia tradicional e criminologia nova ou crítica. A criminologia tradicional procura quais as causas do crime; como é possível prevenir a sua ocorrência. Já a criminologia crítica, também investigando o fenômeno criminal, indaga porque determinadas pessoas são tratadas como criminosas; quais as conseqüências dessa seleção; como ela é efetivada. Enfim, sobre o mesmo objeto, os cientistas elaboram questões diferentes que reclamam respostas diferentes. Existindo, entre essas vias de explicação do crime, mais uma relação de complementariedade do que de exclusão, fazendo da criminologia uma ciência interdisciplinar que envolve a biologia, a psicologia e a sociologia. Nessa visão, os autores citados agrupam as teorias criminológicas da seguinte maneira: Dentro da Criminologia tradicional tem-se: a escola clássica, escola positiva e sociologia criminal; e dentro da Criminologia nova ou crítica, a teoria da rotulação, etnometodologia e criminologia radical.

Atualmente, segundo Silva Jr.¹⁹⁷ “as teorias que analisam o criminoso, buscando uma explicação para o crime, podem ser agrupadas da seguinte maneira (teorias de controle)”, a seguir transcritos:

a) Teorias bioantropológicas. Há pessoas predispostas para o crime. A explicação do crime depende de variáveis congênitas (relativas à estrutura orgânica do indivíduo). O criminoso é um ser organicamente diferente do cidadão normal.

b) Teorias psicodinâmicas. O criminoso é diferente do não-criminoso, mas essa diferença não é congênita. Decorre de falhas no processo de aprendizado e socialização do criminoso, uma vez que o homem é, por natureza, um ser a-social (*homo lupus hominis*). Para Silva Jr.¹⁹⁸ “compreender as causas do crime, investiga

¹⁹⁶ SILVA JR. Edson Miguel. TEORIAS CIENTÍFICAS SOBRE O PROBLEMA DO CRIME. Disponível em: <http://www.direitofba.net/mensagem/josebarroso/cr-teoriascientificas.doc>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁹⁷ SILVA JR. Edson Miguel. TEORIAS CIENTÍFICAS SOBRE O PROBLEMA DO CRIME. Disponível em: <http://www.direitofba.net/mensagem/josebarroso/cr-teoriascientificas.doc>. Acesso em fevereiro de 2020.

¹⁹⁸ SILVA JR. Edson Miguel. TEORIAS CIENTÍFICAS SOBRE O PROBLEMA DO CRIME. Disponível em: <http://www.direitofba.net/mensagem/josebarroso/cr-teoriascientificas.doc>. Acesso em fevereiro de 2020.

porque a generalidade das pessoas não comete crimes”, sendo que “o crime decorre do conflito interior entre os impulsos naturais e as resistências adquiridas pela aprendizagem de um sistema de normas”.

c) Teorias psico-sociológicas. Predomínio dos elementos sociais e situacionais sobre a personalidade.

d) A sociologia criminal (séc. XIX / XX), por sua vez, busca as causas do crime na sociedade. O crime é analisado como um fenômeno coletivo, sujeito às leis do determinismo sociológico e, por isso, previsível. A sociedade contém em si os germes de todos os crimes. Diz ainda Silva Jr.¹⁹⁹ que “o criminoso é mero instrumento no comportamento criminoso” e que “a solução para o problema do crime está na reforma das estruturas sociais”.

Atualmente, explica ainda Silva Jr. que “as teorias que analisam a sociedade criminógena, privilegiando a dimensão causalista na conduta desviada, são denominadas de teorias etiológicas e se subdividem em”:

- Teorias ecológicas ou da desorganização social (escola de Chicago). A explicação do crime decorre da antinomia mundo urbano/mundo rural. A cidade moderna caracteriza-se pela ruptura dos mecanismos tradicionais de controle (família, vizinhança, religião, escola) e pela pluralidade das alternativas de conduta.

- Teorias da subcultura delinquente. O crime resulta da interiorização (aprendizagem, socialização e motivação) de um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa.

- Teorias da anomia ou da estrutura da oportunidade. O crime é o resultado normal do funcionamento do sistema e da atualização dos seus valores. O sistema produz o crime e o produz como resultado normal (esperado) do seu próprio funcionamento.

Silva Jr. explica que “a criminologia nova também estuda a sociedade criminógena, mas em outra perspectiva”, de modo que representam essa via de explicação do problema do crime:

- Teoria da rotulação ou *labeling approach* (surge na década de 60). O crime não é uma qualidade ontológica da ação, mas o resultado de uma reação social.

¹⁹⁹ SILVA JR. Edson Miguel. TEORIAS CIENTÍFICAS SOBRE O PROBLEMA DO CRIME. Disponível em: <http://www.direitofba.net/mensagem/josebarroso/cr-teoriascientificas.doc>. Acesso em fevereiro de 2020.

- Etnometodologia (também surge na década de 60). Com base na fenomenologia, estuda a intersubjetividade do cotidiano, como ele é verdadeiramente vivido por seus participantes. O crime é visto como uma construção social realizada na interação entre o desviante e as agências de controle.

- Criminologia radical ou criminologia marxista (surge na década de 70). Baseia-se na análise marxista da ordem social. Considera o problema criminal insolúvel em uma sociedade capitalista, sendo necessária a transformação da própria sociedade.

Desta forma, Silva Jr.²⁰⁰ entende que “dentro das teorias científicas sobre o problema dos crimes, percebe-se que a investigação científica depende de uma prévia visão do homem e da sociedade”, de modo que fica claro que “é do desdobramento dessas questões fundamentais em torno da natureza humana e da ordem social que surgem as perguntas e as respostas ao problema do crime, ou seja, as teorias científicas sobre o crime”.

Daí as considerações de que ao estudar o crime se deve ter consciência de que as descobertas científicas, normalmente consideradas como impessoais e objetivas, trazem invariavelmente consigo a marca do tempo e do lugar. O tópico seguinte abordará o caráter pedagógico das penas.

3.1. O CARÁTER PEDAGÓGICO DAS PENAS

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, caput, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito, significando não apenas que todos devem ser submissos ao império da lei, mas que as leis possuam conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade.

De fato, os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente automática dos tipos incriminadores,

²⁰⁰ SILVA JR. Edson Miguel. TEORIAS CIENTÍFICAS SOBRE O PROBLEMA DO CRIME. Disponível em: <http://www.direitofba.net/mensagem/josebarroso/cr-teoriascientificas.doc>. Acesso em fevereiro de 2020.

ditada pela verificação rudimentar da adequação típica, olvidando-se de qualquer apreciação do injusto.

Por consequência, o direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, que atuam como garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal.

As legislações penais nos Estados modernos fazem uso excessivo do instituto da pena e hipertrofiam o Direito Penal à medida que o utilizam para disciplinar áreas sociais antes submetidas à disciplina do Direito Administrativo, Direito Civil etc. Contrariam, assim, a tendência de mínima intervenção da Lei Penal na realidade social e, também, os princípios basilares do Estado de Direito.

Nesse contexto de máxima intervenção penal muitos fatos sociais são alcançados pela descrição abstrata do tipo penal, e algumas dessas condutas formalmente típicas não apresentam nenhum significado jurídico para o Direito Penal, devido a seu insignificante poder ofensivo contra o bem jurídico penalmente tutelado. Em face de tais circunstâncias foi formulado o Princípio da Insignificância em matéria penal, para excluir da incidência penal as condutas formalmente típicas que, em razão de sua ínfima lesividade, não chegam a pôr em risco o bem jurídico-penal tutelado.

Incontestável a correlação intrínseca dos costumes e regras sociais com o Direito propriamente dito. A criação e normatização de qualquer ordenamento jurídico advém de maneira avassaladora dos hábitos sociais presentes dentro de uma determinada realidade. O fato social é que dá causa à criação de regras sociais. Ambos se influenciam a todo instante. Corrobora-se tal pensamento através da famosa expressão: *Ubi societas, ubi jus* sem sociedade, não há Direito.

As formas que dominam a funcionalidade da vida social não são exercícios meramente fáticos, mas ordenamentos históricos que se aperfeiçoam e se desenvolvem no interior das relações das condições entre a objetiva existência da vida (por exemplo o desenvolvimento técnico) e as atitudes valiosas, com as quais a comunidade responde valorando e ordenando sobre a correspondente existência do ser.

Os fatos sociais são a expressão da exteriorização da maneira de pensar, sentir e agir dos participantes de uma determinada sociedade. São situações corriqueiras que ocorrem assiduamente no cotidiano. Referem-se a valores morais, religiosos, costumes e hábitos.

O Direito Penal de um Estado democrático e social somente se justifica como um sistema de proteção da sociedade e de seus valores mais transcendentais, sendo que os interesses sociais que por sua importância podem merecer a proteção do Direito se denominam bens jurídicos.

Explica Prado²⁰¹ que nem todo tipo penal possui um objeto da ação, vide os delitos de mera atividade, ao contrário do bem jurídico, já que, “somente através dele, ao fundamentar a ilicitude material da conduta reprovada, confere-se legitimidade à intervenção penal editada pelo legislador”.

Para Silva²⁰², “os crimes descritos nas normas penais são o último grau do sistema jurídico, justificando sua existência para a proteção dos direitos essenciais ao homem”.

Mirabete²⁰³, por sua vez, afirma que o Direito Penal tem uma aspiração ética, já que “a sua finalidade consiste em impedir a ocorrência de crimes que afetem os bens jurídicos penalmente tutelados de um modo que seja intolerável, sendo esta a razão de seu caráter preventivo”. Nesse contexto, Carvalho²⁰⁴ explica que, “a correta compreensão da lesividade no âmbito penal passa por uma reflexão acerca do próprio conceito de bem jurídico”.

Adverte Sánchez²⁰⁵ que a determinação do conteúdo do conceito de bem jurídico não deve servir de mero escudo para a proteção penal de qualquer tipo de interesses, estratégias ou convicções morais cuja lesão, no entanto, “careceria de uma autêntica repercussão negativa na realização dos indivíduos como seres sociais”.

Para Franz von Liszt²⁰⁶:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público.

²⁰¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 4: parte especial: arts. 289 a 359-H. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2001, p.52

²⁰² SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.24

²⁰³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: 17ª ed., vol. 2, São Paulo: Atlas. 2001, p.58

²⁰⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. 2ª ed. rev. e ampliada São Paulo: Saraiva, 1988.

²⁰⁵ SANCHEZ, Jesús Maria Silva. La expansión Del derecho penal. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p.428

²⁰⁶ LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p.93

Destarte, o bem jurídico-penal está relacionado com uma escolha, e esta deve refletir, na exata medida, a relevância do objeto. Os bens jurídicos são aqueles indispensáveis para a convivência humana, devendo, para tanto, ser protegidos pelo poder do Estado consubstanciado na pena. Nesse contexto, a questão da lesividade aponta para a criminalização de determinado comportamento atrelada à concreta identificação de perigo real e efetivo a um bem jurídico tutelado.

A partir da proposta de proteção de bens jurídicos construiu-se o princípio da insignificância, base na qual se sustenta a atipicidade de comportamentos que agridam de maneira irrelevante o valor tutelado.

O legislador penal, em sua função legiferante, descreve abstratamente a conduta típica procurando colocar em seu arcabouço o maior número possível de atos humanos. Todavia, o Direito Penal não tem o papel de proibir condutas que não pioram a situação do bem jurídico protegido, porém a melhoram. Dessa forma, há ausência de um risco juridicamente relevante nas hipóteses em que o autor modifica o curso causal, de tal modo a diminuir o perigo já existente para a vítima, isto é, influência no resultado, em sua forma concreta.

Para proteger os interesses sociais mais relevantes, deve o Estado adotar primeiramente meios menos lesivos antes de empregar o Direito Penal. De acordo com Dias²⁰⁷, “o Direito Penal constitui um instrumento de tutela subsidiária, ou seja, *ultima ratio* na proteção de bens jurídico-penais”.

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal não encontram amparo apenas neste ramo do Direito. Na verdade, ao selecionar tais bens jurídicos o Direito Penal o faz porque outro ramo já busca preservá-lo, ainda que de forma insuficiente. A essa circunstância, que lhe é característica, dá-se o nome de princípio da fragmentariedade. O axioma da subsidiariedade é um dos pilares do Direito Penal de cunho liberal, tanto que, como explica Dias, o conceito material de crime constitui-se, fundamentalmente, pela violação de bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Destarte, o princípio da fragmentariedade significa que nem todas as violações e ameaças a bens jurídicos devem ser resolvidas na seara penal. Segundo

²⁰⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.99

Prado²⁰⁸, pelo princípio da fragmentariedade, os bens jurídicos apenas devem ser defendidos penalmente quando diante de agressões intoleráveis:

Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. [...] esclareça-se, ainda, que a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.

Apesar de guardar proximidade com o princípio da intervenção mínima, deste difere. Nas palavras de Toledo²⁰⁹:

Do ângulo penalístico, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas do Direito Penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais. Não se deve, entretanto, supor que essa especial proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesões possíveis. Mesmo em relação aos bens jurídicos-penalmente protegidos, restringe o Direito Penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial. Protegem-se penalmente certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão.

O princípio da intervenção mínima significa que ao Estado somente compete intervir subsidiariamente, ou seja, quando nenhum outro ramo do direito é apto a dar a resposta para o conflito social, atuando, desse modo, como *ultima ratio*. O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só dever atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.²¹⁰

Simplificando a questão, seria defensável afirmar que a questão se refere à ponderação do mal menor, isto é, a indiferença estatal à lesão do bem jurídico ou o emprego do Direito Penal para proteger e evitar lesões e ameaças ao bem jurídico.

²⁰⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial: arts. 1º ao 120. v 1. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.119

²⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.17

²¹⁰ PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

Portanto, o exercício do *jus puniendi* só se encontra legitimado quando tiver por função reprimir condutas materialmente lesivas ao bem jurídico atacado, já que a missão do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos penalmente relevantes. Assim, o juízo de tipicidade penal, em razão da concepção material do tipo, apenas considerará típica a conduta que concretamente lesionar o bem jurídico-penal tutelado, não sendo suficiente para configurar o delito a simples tipicidade formal, que consiste na mera adequação do fato realizado com a descrição abstratamente prevista.

A lesividade assume, deste modo, a característica de restrição à incidência do tipo incriminador, uma vez que, com o balizamento que produz, deixa evidente que apenas haverá enquadramento de determinada conduta se agredido ou menos em risco concreto de agressão estiver o bem jurídico regrado na Constituição Federal.

O Princípio da Insignificância tem lugar para corrigir a discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, visando afastar a incidência da lei criminal sobre as condutas típicas penalmente insignificantes.

Desta feita, toda conduta típica que não venha a concretizar o conteúdo material do tipo penal, ou seja, que não lesione materialmente o bem jurídico tutelado, deverá ser excluída do âmbito da lei criminal em razão de sua irrelevância jurídica para o Direito Penal, já que a sanção criminal deve ser empregada apenas contra as formas de agressões mais graves aos bens jurídicos penalmente protegidos.

Conforme Ponte²¹¹, em relação à aplicação do princípio da insignificância:

Convém observar que a tarefa judicial de desconsiderar as condutas irrelevantes, apesar de tipificadas, deve ser absolutamente responsável e fundada em preceitos constitucionais, sob pena de o Poder Judiciário abandonar sua real vocação e usurpar funções próprias do legislador, ao puro arbítrio e talante do aplicador da lei; o que seria inaceitável.

Com efeito, o princípio da insignificância, não pode ser traduzido como excludente de punibilidade, mas sim como da própria tipicidade (material), implicando consequências jurídicas ao acusado. Logo, descaracterizando-se o aspecto material do tipo penal, a conduta passa a ser atípica, impondo-se o perdão ao agente. Por outro lado, caracterizado o aspecto material do tipo penal, a conduta passa ser típica, o que implicará a condenação do agente.

²¹¹ PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.77

Desse princípio decorrem, ainda, os critérios de necessidade e adequação da pena. Ela deve ser necessária por não existir outra apta a reprová-la. Adequada por possibilitar o resultado pretendido, ou seja, a retribuição e a prevenção geral e a especial. Para Bonavides²¹², a proporcionalidade pretende instituir a relação entre fim, meio e a situação de fato, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso, em que juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos fundamentais.

Quando se analisa a aplicação, ou não, de uma norma penal a determinado caso concreto, nada mais há do que aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, de um juízo de desproporção acerca da potencial incidência da sanção penal a uma dada situação fática. Observa-se então que o princípio da insignificância se relaciona com o princípio da proporcionalidade tendo em vista que o fundamento do princípio da insignificância está na ideia de que a proporcionalidade que a pena deve manter em relação à significância do crime.

No que se refere ao papel do Estado a partir da ótica do direito penal, destaca-se que ele exerce o *ius puniendi* (direito de punir), por isso tem o dever de aplicar uma sanção ao indivíduo que macula a norma jurídica, conseqüentemente, castigando-o. Sendo que o castigo demandado pelo Estado está previsto nas Leis, pois o direito de punir do Estado é legítimo, sendo sua legitimidade uma forma de conservar a sociedade de forma justa, conservando assim, a sociedade e os indivíduos, com a ausência do mal.²¹³

Sobre direito criminal, destaca-se que a criminologia no século XIX se consolidou por meio da Escola Clássica, Escola Antropológica e a Escola Crítica. Por Escola Clássica, entende-se que a mesma vê o crime praticado a partir do livre arbítrio do homem, por isso o crime não é entendido como resultado de fatores sociais ou biológicos, mas demanda de sua própria moral e por causa disso, deve ser responsável pelo crime que pratica.

²¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2013

²¹³ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000

A Escola Antropológica, por sua vez, considera que crime é praticado por um indivíduo que tem motivação para realizar o ato criminoso, ou seja, a sociedade e os fatores biológicos acabam por impulsioná-lo para agir dessa maneira.²¹⁴

Para a Escola Antropológica, a cultura e a raça são elementos fundamentais para se compreender a criminalidade, principalmente porque a responsabilidade do criminoso pelo crime recaia sob o ângulo do determinismo biológico e social, pois o crime é resultado de condições físicas, morais e psicológicas as quais os indivíduos estavam suscetíveis em função do meio social em que estavam inseridos. Além disso, a Escola Antropológica centra seus estudos no indivíduo e não no crime dado o teor da sua ciência que faz parte das ciências humanas que estuda as relações sociais as quais o indivíduo está inserido, tal semelhante como os estudos sociológicos, sendo que os delinquentes eram tidos como marginais e desviantes denominados de criminoso natos.²¹⁵

Retomando a Escola Crítica, esta percebe o indivíduo como um ser social responsável socialmente, dividindo assim, o criminoso em duas categorias: o fraco de espírito, denominado de ocasional; e o criminoso nervoso, denominado de passional. E com base nos tipos de criminosos, a Escola Crítica vale-se do princípio da proporcionalidade da pena.

A teoria darwinista e de Spencer para explicar a evolução do pensamento sobre a relação entre raça, mestiçagem e criminalidade, valendo-se, portanto, dos estudos de hereditariedade e meio social. Dessa maneira, a questão criminal dentro da sociedade brasileira está atrelada a raça, cultura e criminalidade, em que se pode destacar a figura de Nina Rodrigues, o qual trabalha a questão da responsabilidade penal das raças, enfatizando que a criminalidade e a imputabilidade são aspectos da evolução social e mental dos indivíduos, estabelecendo a dicotomia: raças superiores e raças inferiores.²¹⁶

Dessa forma, até o no final do século XIX, a raça não era fenômeno sócia, mas um fenômeno de ordem biológica e intrinsecamente hierárquico, conforme defendiam as teorias raciais europeias de sua época. Neste sentido, “tornar-se

²¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000

²¹⁵ FELDENS, Luciano. A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

²¹⁶ FELDENS, Luciano. A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

negras”, significava, para tais pensadores, não implicaria apenas uma degeneração racial advinda da miscigenação, mas também decadência psicocultural da raça branca. Conforme se pode perceber-se, de modo geral, o direito criminal se desenvolve, primeiramente, de forma preventiva, porque sua finalidade é prevenir o crime e não punir o infrator da ordem jurídico penal. Por isso, é que a atuação do direito criminal deve ser feita por meio de políticas públicas que proporcionem os indivíduos oportunidades de se afastar e não vir a cometer crimes. Assim, a pena tem um caráter secundário, e não é prioridade dentro do direito criminal.²¹⁷

Diante disso, o direito criminal tem como finalidade maior exercer um controle sobre a sociedade, sendo que este controle se baseia em princípios constitucionais fundamentais, que “repousam em um arcabouço de leis que garantem os direitos do cidadão”, o que foi intensificado com a Constituição Federal de 1988, principalmente por conta das cláusulas pétreas – não modificáveis pelo legislador infraconstitucional – que determinam o limite do direito de punir pelo Estado. Dentro desse contexto, o direito criminal repousa no contrato social, pois estabelece que todos na sociedade, estão submetidos a uma mesma regra. Nesse sentido, o:

[...] legislador infraconstitucional valora o sentimento do corpo social no tocante às condutas humanas e resolve, por meio do axioma, estabelecer quais condutas serão consideradas criminosas para a coletividade. Depois de estabelecidas e tipificadas estas condutas, o legislador vai estipular sanções e, por meio da legislação processual, como os indivíduos responderão perante ao aparelho judicial a fim de que a justiça seja aplicada.²¹⁸

Portanto, o direito criminal é responsável por sistematizar as normas, orientando o agir do Estado e dos indivíduos na sociedade, sem, contudo, infringir, a dignidade da pessoa humana, uma vez que este princípio destaca que o ser humano deve ocupar o centro das atenções do Estado, por isso devem ser proibidos somente comportamentos que lesem a sociedade socialmente e que prejudiquem o convívio em sociedade.

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, sendo inerente ao ser humano e por causa disso, não poder ser suprimido por conta de sua natureza. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é:

²¹⁷ FELDENS, Luciano. A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

²¹⁸ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.33

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e com responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²¹⁹

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser levado em consideração na intervenção mínima do Estado em virtude de se buscar garantir os direitos básicos do ser humano, em virtude do valor desta, e com base nisso, deve ser afastado todo tipo de crueldade e desrespeito à vida humana.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da lesividade, este é reconhecido como princípio da ofensividade, que para Batista²²⁰:

[...] transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que se possam ter as atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo –, o direito coloca face a face, pelo menos, dois sujeitos.

Desse modo, o princípio da lesividade proíbe as incriminações referentes a uma atitude interna do agente, bem como, proíbe incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor. Proíbe também, incriminações simples ou de condições existenciais e de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. O princípio da lesividade permite que o direito criminal proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente e que atinjam bens de terceiros. Assim, o princípio da lesividade serve como norte ao legislador no sentido de observar as condutas que extrapolem a pessoa do agente e atinjam diretamente aos bens de outrem que são proibidas pelo Estado com base no Direito Penal.

Além disso, tem-se o princípio da adequação social serve de orientação, para o legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais dentro do Código penal, sendo que condutas que no passado eram consideradas socialmente inadequadas, se hoje forem aceitas pela sociedade, farão com que o legislador afaste a criminalização, tal como se exige, atualmente com a prática do jogo do bicho,

²¹⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.34

²²⁰ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revan. 1996, p.91

conduta perfeitamente assimilada pela sociedade, que, inclusive pratica jogos semelhantes, e que mereceram a repressão oficial do Estado.

Portanto, a adequação social é importante porque é a maneira do legislador se orientar para a criação ou revogação de figuras típicas, por isso em determinada época e contexto o que é crime não será efetivamente em outro, pois condutas inadequadas podem vir a se tornar aceitas em outro ordenamento jurídico-penal, a partir do momento em que são perfeitamente assimiladas pela sociedade.

Conforme esses princípios, o direito criminal exerce um controle social cuja funcionalidade é a de que o legislador faça a transformação social dos conflitos desviantes, tendo em vista que a “sociedade está em conflito devido à agregação social, e a convivência em comunidade faz com que diversos tipos de conflituosidade sejam detectados na sociedade”²²¹

O Direito mantém um liame extremamente tênue entre a tipificação da norma a vigor e as condutas sociais, costumes e hábitos presentes em uma determinada sociedade.

Nos dizeres de Welzel²²², o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa relevância social. Emerge, então, a ideia de que se uma conduta é aceita socialmente, ou seja, que por sua adequação social não é malquista pela sociedade, também não pode ser tipificada penalmente. A constituição dos delitos, bem como a sua normatização, está intimamente relacionada com o que a sociedade em geral considera permitido ou adequado.

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. Imaginem o caos se fossem processadas por lesão corporal todas as mães que furam as orelhas de suas filhas, ou os tatuadores no exercício de seu trabalho.

²²¹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.34

²²² WELZEL, Derecho Penal alemán, 12ª ed. Chilena, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, apud Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, parte 1, 15ª ed., 2010.

Apesar da aparência putativa de delitos típicos, comportamentos como os acima descritos encontram-se fora da seara do proibido por se tratarem de condutas aceitas e ponderadas como normais dentro da sociedade.

Hans Welzer, o precursor da teoria da adequação social, nos leciona que não há a necessidade de adequação literal da conduta no meio social, basta o seu mero reconhecimento para que surja a dissonância ululante entre duas realidades que devem viver atreladas. É claro que se perfaz de suma importância que seja sempre respeitado o direito à vida, bem maior a ser tutelado pelo nosso Código Penal e por nossa Carta Magna. Segundo ele, a conduta adequada socialmente nem sempre é exemplar, porém é ela que traduz o significado social, expresso de maneira funcional dentro de todo o âmbito de convívio das pessoas.

Analisando essa teoria, tem-se que a norma jurídica advém de um incômodo social. Existe a necessidade de que haja a afetação a um bem jurídico. Caso não exista tal afetação, sob a égide de uma interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais, pode ocorrer a exclusão do resultado típico. Essa exclusão se daria dentro de um contexto de desvalor do estado de coisas, pois não há a presença de um resultado passível de tipificação material diante da falta de reprovabilidade social da conduta.

A adequação social nesse primeiro nível, de ordem geral, corresponde a um juízo feito pelo legislador mediante o qual procede-se a uma valoração do comportamento, constituindo, na realidade, um critério valorativo externo no âmbito da interpretação de sentido dos tipos e de caráter extra-sistemático, e funciona como uma causa de exclusão do desvalor penal do resultado. Já o segundo nível, trata-se de uma justificação da conduta. Esse nível é também conhecido como concreto. Essa segunda nomenclatura surgiu para alcançar o concreto e preciso fim da causa de justificação.

A adequação social hoje é tida por grande parte dos penalistas como um princípio geral de interpretação, um critério de interpretação. Como tal depreende-se que é impossível trazer o conceito de dolo a partir da vontade e consciência de afetar um bem jurídico que é tido como socialmente aceitável e permitido. Cabe ressaltar que a corrente que a destaca como causa de excludente de tipicidade material vem se fortalecendo.

Como exemplo de atos atípicos materialmente, cito os efeitos colaterais ocasionados pela ingestão de determinados medicamentos receitados por um médico para tratamento de alguma enfermidade, as lesões advindas da prática de esporte ou

mesmo de uma intervenção cirúrgica, a destruição de bem material realizada por empresa de demolição regularmente contratada entre muitos outros. Nessa seara, deve-se ter o cuidado para não confundir o conceito do princípio da adequação social com a teoria do risco permitido. O risco permitido prevê a realização de ações dolosas típicas, caso sejam imprescindíveis. Porém não pode haver um excesso nessa ação. O sujeito deve limitar-se à necessidade de aplicação daquela conduta, como ocorre nos casos do direito de correção ou disciplina a coação ou privação da liberdade devem se limitar ao fim correccional, ou tais como no exercício do dever legal, prática de esportes violentos, entre outros.

Tanto as adequações sociais como o risco permitido culminam na ausência de um resultado penalmente típico. Todavia sua exclusão se dá de formas distintas, ocorrendo na adequação social através da interpretação teleológico-restritiva. No risco permitido, ela ocorre da impossibilidade de desvalorar no Direito Penal um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa.

É cediço ainda que tal princípio não seja estático. Ele se encontra sempre em transformação, no mesmo compasso em que se modificam os valores que regem a sociedade, sejam eles fatores culturais, históricos ou costumeiros. Condutas como a capoeira, que outrora já foram passíveis de punição, hoje integram nossa cultura. Em contrapartida, condutas antes não punidas, hoje se tornaram típicas, como os maus tratos aos animais, por exemplo.

Assevera-se aqui a importância da valorização desse princípio desde o fazimento da norma, até sua possível abolição. No que tange aos possíveis efeitos jurídicos da aplicabilidade efetiva desse princípio na regência de casos concretos, a doutrina criou três mecanismos passíveis desta aplicação principiológica. Veja-se:

a) Descriminalização afeta a estrutura legislativa ao reestruturar o ordenamento jurídico de forma a abolir a tipificação de determinada conduta antes tida como crime, através do instituto do *abolitio criminis*, como ocorrera com a blasfêmia, o adultério, o homossexualismo e a prostituição;

b) Despenalização reduz a pena do delito sem descriminalizá-lo. Portanto, passam-se a aplicar medidas alternativas de sanção em detrimento da privação de liberdade. A exemplo, cito o porte ou uso de drogas para consumo próprio art. 28, parágrafo 1º, Lei 11.343/06;

c) Desconsideração judicial da tipicidade tem natureza judicial e trata-se da aplicação do princípio pela discricionariedade do magistrado diante da complexidade do caso concreto em tela.

Cumpra ainda perquirir que outros princípios são essenciais para traçarmos a plena compreensão acerca dos institutos que envolvem a adequação social: o princípio da insignificância, fragmentabilidade, intervenção mínima do Estado, legalidade e lesividade.

O Direito Penal não pode ser aplicado pela mera imoralidade de uma ação ou omissão. Isso não basta para que se vislumbre a possibilidade de aplicação de uma sanção. É imprescindível que haja uma ofensa efetiva a um bem jurídico a ser tutelado. Deve haver a lesão ou o perigo eminente de lesão a um bem jurídico determinado.

O bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e tem suficiente importância para manter a livre convivência social.

O conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário.

Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Dentro do contexto apresentado, esse princípio tem por objetivo guiar a atividade legiferante e também servir de critério interpretativo em atenção ao caso concreto. Tem-se, assim, uma duplicidade de função, determinada pela sua atuação político-criminal. Por fim, não há que se falar em ação penal repressiva do Estado caso não se configure o efetivo e concreto perigo ou lesão a um bem jurídico já tutelado.

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 estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal estipulou alguns requisitos para a aplicação coerente deste princípio. São eles: mínima ou nenhuma periculosidade, reprovabilidade, ofensividade e lesividade.

O significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão

somente valores imprescindíveis de tutela de todos os bens jurídicos. E nesse âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal. O significado desse princípio se traduz pela limitação do Direito Penal em tutelar os bens jurídicos inerentes ao convívio social, ou seja, há uma tutela seletiva, sob a égide de perceber que nem todos os bens são por ele protegidos.

Ademais, deve ainda ser indiscutível a relevância de quão gravídica e intensa foi a lesão/ofensa ao bem jurídico em comento. Logo, conclui-se que a proteção imposta penalmente não é absoluta e sim relativa, posto a essencialidade que a agressão realizada seja socialmente intolerável.

Nota-se que desse sistema descontínuo de seletividade dos bens jurídicos a serem protegidos e a conseqüente criminalização perante a imprescindibilidade de proteção jurídica-penal, extrai-se essa característica fragmentária, dividida ou fracionada da ciência penal.

Não se deve punir alguém por um fato, mesmo que descrito em lei, se a conduta praticada é aceita ou tolerada pela sociedade. Assim, mesmo que tipificada pela lei como conduta criminosa, o sujeito que a cometeu não merece punição, já que a seu comportamento é aceito e permitido no ambiente social em que convive.

Com relação a este princípio, Nucci²²³ leciona que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado, como exemplo o autor ressalta o uso de brincos e tatuagens, que é algo tradicionalmente aceito pela sociedade como forma de embelezamento, embora configure lesão a integridade física.

No que diz respeito ao princípio da insignificância, pode-se dizer que o Direito Penal sendo a *ultima ratio*, no sistema penal punitivo, não se deve ocupar de bagatelas. Atualmente, existem diversos julgados apreciando a matéria considerando que prejuízos ínfimos não merecem tutela penal. Um exemplo dessa incidência é o crime de contrabando por sacoleiros vindo do Paraguai, que trazem coisas de insignificante valor.

Outro exemplo é o furto de coisas insignificantes, tal como o de um chiclete exposto à venda em um comércio. Desde logo insta lembrar que a teoria da força normativa da constituição e toda a discussão acerca da sua efetividade proporcionou

²²³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

uma reconstrução da dogmática jurídica, ao passo que o Direito passou a não mais ser visto como um instrumento de dominação, mas de formação de um espaço democrático. Por esse motivo, toda a ordem jurídica deverá se submeter ao que chamamos de filtragem constitucional ou constitucionalização do direito, em que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, assim como seus respectivos institutos e valores devem ser revistos à luz da constituição.

Os pressupostos da filtragem constitucional são a preeminência normativa da Constituição e sistema aberto normativo de regras e princípios. No que tange à preeminência normativa esta é oriunda da ideia de supremacia da constituição idealizada por Kelsen, que resulta na primazia constitucional dentro do ordenamento jurídico, na possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis e, por fim, a efetiva aplicação das normas constitucionais.

Contudo, coube também à filtragem constitucional estender os resultados da preeminência normativa para um sistema aberto e não apenas ao sistema fechado, idealizado por Kelsen.

Na esfera penal, a filtragem constitucional atua como instrumento de releitura dos elementos da teoria do delito, na medida em que os valores constitucionais são irradiados no sistema jurídico-penal constituindo um Direito Penal democrático, garantista e minimalista. Desse modo, a criminalização de condutas deverá ocorrer em observância à diversos princípios norteadores, quais sejam: a legalidade, intervenção mínima, lesividade, individualização da pena, e, sobretudo, ao princípio dignidade da pessoa humana, considerado basilar do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, pode-se notar que algumas condutas tipificadas no Código Penal não condizem com a realidade que se vive hodiernamente e, portanto, não possuem mais incidência. Isto se dá ante a falta de legislação atual e leva o magistrado a viver situações em que a conduta considerada típica não demonstra ter causado lesão à vítima ou ao bem, e, a fim de evitar o encarceramento de um réu primário, aplica os aludidos princípios da insignificância e da adequação social.

Conclui-se, portanto, que a filtragem constitucional da criminalização de condutas é uma maneira de se proteger apenas aqueles bens realmente importantes e aquelas condutas que de fato causem lesão ao bem juridicamente protegido. Outrossim, o Direito Penal como *ultima ratio* deve se preocupar em criminalizar apenas aquelas condutas que possuam relevância jurídica e aqueles bens que merecem proteção estatal. O papel do sistema penal garantista é obedecer aos

princípios que limitem o poder punitivo do estado, a fim de se evitar injustiça e violação ao Estado Democrático de Direito geralmente vivenciadas nos regimes absolutistas.

3.2. A QUESTÃO DA CORRUPÇÃO GOVERNAMENTAL: PENAS “SIMBÓLICAS” PARA CRIMES DE “LESA-DEMOCRACIA”

Conforme observações de Mendonça Neto²²⁴ “a origem do Princípio da Insignificância Penal é um tanto controversa”. Ele assim se refere, pois, a maior parte dos autores entendem que “ele nasceu no direito romano e que estava contido no brocardo mínima *non curat praetor, de minimis non curat praetor* ou *de minimis praetor non curat*, ou seja, o pretor não cuida das causas mínimas, dos delitos bagatelares”. Mañas²²⁵, por sua vez, observa que “pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat praetor*”.

Lopes²²⁶, por sua vez, se situa entre os críticos dos que estabelecem sua origem romana. O autor analisa e reconhece “a excelência do direito civil romano”, mas pondera que “naquela época, o conhecimento acerca do princípio da legalidade penal ainda era muito escasso” e comenta que “o brocardo era apenas uma máxima” e que “o direito da antiga Roma se sedimentava em conceitos inerentes ao direito privado, pouco se conhecendo sobre o alicerce da legalidade penal”.

Para ele, “o princípio da insignificância teve sua origem com o pensamento liberal dos jusfilósofos iluministas, estando umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade”, não sendo, portanto, a “restauração da máxima romana, mas um desdobramento da natureza fragmentária do Direito Penal”.

Lopes²²⁷ é claro ao dizer que:

Não se pode desvincular o princípio da insignificância do princípio da legalidade [...]. A insignificância não é exceção à legalidade, mas princípio

²²⁴ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

²²⁵ MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.56

²²⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95, juizados especiais criminais, lei nº 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual. 2. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p.41

²²⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95, juizados especiais criminais, lei nº 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual. 2. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p.41

complementar densificador de seu conteúdo material. Onde não se valoriza a legalidade, qual será o papel da insignificância? Ao contrário de grande parte da doutrina, menos atenta a esse aspecto, entendo que o que justifica modernamente o princípio da insignificância e sua aceitação no Direito Penal não é seu caráter opositor ao direito positivo, qual fosse uma solução extrajurídica para problemas aplicativos daquela modalidade descritiva de direito, mas a sua natureza intrínseca à normatividade jurídica.

Mendonça Neto²²⁸ avalia que “o princípio da insignificância, conquanto possa ser extralegal, não é extrajurídico, tampouco contrajurídico” e que “é um princípio sistêmico, decorrente da própria natureza fragmentária do Direito Penal. Para dar coesão ao sistema penal é que se o fez”.

Já a opinião de Dalbora²²⁹ é a seguinte:

(...) Parece-nos, com efeito, que o adágio mínimo non curat praetor tem que haver surgido com muita maior probabilidade entre os humanistas que o que é lícito supor a propósito dos juristas da Recepção. (...) Desta sorte, que os humanistas construíram o apotegma mínima non curat praetor, que, conforme restou explicado, tem um sentido eminentemente liberal e refratário a qualquer imposição autoritária, não parece – dentro, por suposto, das possibilidades de uma conjectura – hipoteticamente infundado.

Mendonça Neto²³⁰ examina que “o princípio da legalidade já estava arraigado na Bill of Rights, datada do século XIII, entretanto, sem conter qualquer manifestação que evidenciasse o princípio da insignificância”. O autor compreende que “com o advento do Iluminismo, período em que o princípio da legalidade teve seu auge, o princípio da insignificância passou a ser estudado com mais acuidade”.

Nesse sentido, explica Prestes²³¹, que:

Também se afirma que teve sua origem, juntamente com o princípio da legalidade, durante o Iluminismo, como forma de limitação do poder absolutista do Estado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 5º., implicitamente, faz referência ao princípio da insignificância, revelando que a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade, o que cria um caráter seletivo para o Direito Penal e o desprezo às ações insignificantes.

²²⁸ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

²²⁹ DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: RT, ano 4, n. 14, p. 41-81, abr./jun./1996, p.62

²³⁰ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

²³¹ PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. O Princípio da Insignificância como causa de excludente da tipicidade no direito penal, 1. ed. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2003, p.36

Mendonça Neto²³² ainda observa que “somando-se ao art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o art. 8º do mesmo diploma também alude à necessidade de uma significativa lesão ao bem jurídico tutelado para que haja a interferência do Direito Penal”, ao estatuir:

Artigo 8º - A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Tal dispositivo evidencia, de acordo com Mendonça Neto²³³ “o princípio da legalidade, da anterioridade da lei penal, da intervenção mínima e da fragmentariedade. Implicitamente, traz à tona o princípio da insignificância”.

Nesse sentido, analisa-se que o princípio da estrita legalidade encabeça a seara principiológica de quase todos os ramos jurídicos, pois é o fundamental dos enunciados dispostos no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, resumindo-se em um dos princípios basilares do Estado de Direito, que garante a segurança das relações jurídicas. Assim já lecionou Xavier (apud Lacombe²³⁴), afirmando que “o princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, sendo à luz deste conceito que tal princípio vem sendo estudado e desenvolvido”.

Noutra banda, de acordo ainda com Mendonça Neto²³⁵:

Há quem defenda que o mesmo somente surgiu no século XX, por ocasião do fim das Grandes Guerras, período em que a escassez de alimentos e de outros bens indispensáveis à sobrevivência, somada ao crescente índice de desemprego, culminou com a prática de pequenos furtos, que receberam a denominação de crimes de bagatela (*Bagatelledelikte*). Decerto, o princípio da insignificância está intimamente relacionado ao princípio da legalidade e evoluiu juntamente com este, tendo, provavelmente, nascido com as ideias liberais dos filósofos iluministas. Contudo, passou a ter maior aplicação no século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, conforme salientado. Não se deve olvidar que o estágio atual do princípio da bagatela deve-se aos estudos empreendidos por Claus Roxin em suas obras *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal* e *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, onde asseverou que tal princípio é um meio de interpretação restritiva do tipo penal. O princípio da insignificância passou a ser uma constante nos estudos do Direito Penal, máxime no estudo do tipo, que é onde tem especial relevância, vez que é uma das formas de excludentes da tipicidade do fato.

²³² MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

²³³ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

²³⁴ LACOMBE, A. L. M. Princípios constitucionais tributários. São Paulo: Malheiros, 1996, p.09

²³⁵ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

Por isso mesmo, segundo Mendonça Neto²³⁶, seria necessário observar e relevar que esse princípio “é de suma importância no atual estágio do Direito Penal, ramo jurídico que sofre uma hipertrofia normativa como resposta ao aumento exponencial da violência”, pois segundo o próprio autor, “permite ao magistrado não cingir-se somente à descrição abstrata do tipo penal, servindo de norte interpretativo no momento da prolação das decisões, possibilitando um veredicto mais condizente com o sistema constitucional do que com a letra fria da lei”.

A Lei penal, com a ameaça da sanção, exerce uma função psicológica de inibição ao crime. A certeza da punição não eliminará a criminalidade, mas reduzirá o número de pessoas que possam ser atraídas para o ilícito.

No Brasil, continua Thums²³⁷, em particular, diante da falência estatal de proporcionar segurança ao cidadão, a “indústria da segurança” prolifera a todo vapor, como praga. Em cada estabelecimento comercial, em cada banco, em qualquer órgão público, em todo o lugar, existem ‘seguranças particulares’. O Estado está transferindo, aos poucos, o ônus da segurança para a iniciativa privada. Em contrapartida, retira as armas dos cidadãos de bem e fomenta a criação de empresas de segurança.

A sociedade pós-moderna está fundamentalmente marcada pela globalização, pela velocidade das informações, pela tecnologia, pela inexistência de fronteiras, porque o homem está desterritorializado. Desapareceu o projeto de vida do homem como ser atomizado de Leibniz, porque a luta não é mais de um homem contra o outro em face de sua natureza violenta, mas pela disputa de bens que garantam a sobrevivência, o bem-estar, a riqueza, enfim, o poder para dominar o semelhante.

O homem dos séculos XX e XXI desenvolveu uma sociedade de massa, de consumo, com concentração de riqueza nas mãos de poucos e clamorosos desequilíbrios socioeconômicos. Como era de se esperar, a violência aflora com toda a sua força.

A violência da sociedade pós-moderna é ontologicamente distinta e apresenta uma fenomenologia típica das sociedades complexas. Buscar as causas dessa

²³⁶ MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

²³⁷ THUMS, Gilberto. Estatuto do Desarmamento: fronteiras entre racionalidade e razoabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.04

violência exige uma reflexão além da simples criminalidade. Gauer²³⁸ descreve as sociedades pós-modernas como:

[...] sociedade do caos, onde as desigualdades sociais, a pobreza, o descontrole de políticas públicas de segurança, a anomia, a omissão do Estado no cumprimento de suas funções primárias, a ideologia da política econômica, tudo isso aliado à concentração urbana, provoca um quadro propício para a eclosão da violência, em todas as suas formas e matizes.

Nas sociedades modernas, é possível encontrar uma grande quantidade de casos da chamada violência policial, contra grupos ou indivíduos isolados. No entanto, ela pode variar conforme a tolerância, tanto do governo como da população, visto que em certos locais há uma vigilância maior sobre a ação policial do que nos demais.

Desta forma, ocorre que em determinados locais um indivíduo que é discriminado por pertencer a determinado grupo étnico ou social torna-se motivo suficiente para ensejar debates acalorados por parte do público, sendo que em outras, tais fatos não chegam a despertar interesse semelhante nos meios de comunicação ou entre os indivíduos pertencentes a esta sociedade.

Segundo Zaluar²³⁹ nas democracias consolidadas ocorreram mudanças profundas no plano organizacional da polícia, “de modo a transformar cidadãos potencialmente vitimizados por ela em sujeitos investidos de direitos e capazes de participar ativamente das funções de controle democrático das violações da lei”.

Assim, na visão da autora todos são sujeitos dos direitos e deveres estabelecidos. Através do entendimento da violência como sendo um fenômeno social, percebe-se que a classificação dos atos em violentos ou não violentos varia de cultura para cultura, de período histórico para período histórico.

Muitas são as definições utilizadas para conceituar a violência, dentre elas pode-se utilizar a formulada por Michaud²⁴⁰:

Há violência quando, numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou mais pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais.

²³⁸ GAUER, Gabriel J. Chittó. *AGRESSIVIDADE: uma leitura biopsicossocial*. Curitiba: Juruá, 2001, p.34

²³⁹ ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p.403

²⁴⁰ MICHAUD, Yves. *A violência*. São Paulo: Ática, 1989, p.11

Além desta definição que se refere à violência de forma ampla, é possível compreendê-la pela utilização da força física contra um terceiro, como salienta Chesnais²⁴¹: “Trata-se de uma ação direta, corporal, contra pessoas, cuja vida, saúde e integridade corporal ou liberdade individual está em jogo”.

A violência apresenta-se de formas distintas, podendo variar de acordo com os grupos sociais e espaços sociais. Sua manifestação pode ocorrer de diversas formas de acordo com os diferentes tipos, entre estes podemos destacar de acordo com Tavares dos Santos²⁴²:

- Violência política e do Estado.
- Violência costumeira ou difusa, resultante da fragilização das relações sociais e da quebra das regras de sociabilidade, como, por exemplo, a violência cotidiana e o crime doméstico.
- Violência simbólica exercida através dos vários discursos que negam o lugar do outro. Observa-se que, em uma relação de dominação os dominados tendem a tomar o que é apenas uma representação ou classificação (dominante) como se fosse a sua realidade própria.

Como exemplo é possível citar a exclusão vivenciada pelas classes populares na escola, devido a suposta falta de competência para aprender verificada nos discursos de colegas que estiveram em melhores escolas devido às melhores condições econômicas.

- Violência como negação da condição humana e restrição de direitos, evidenciadas em situações como a fome, a miséria, a exclusão social e política.

Quanto aos atos violentos é possível verificar que nem todos são considerados crimes, bem como o crime não necessariamente precisa ser efetivado através de violência. O ato transgressor pode ser caracterizado pelo afrontamento das normas aceitas como legítimas em uma dada sociedade ou grupo social, podendo se tornar violento quando estiver acompanhado da utilização da força física no intuito de causar dano a outrem em uma situação de conflito. Corresponde tanto o ato como à ameaça de praticá-lo. Quanto ao ato transgressor é possível identificá-lo na vida

²⁴¹ CHESNAIS, Jean Claude. *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*. Paris: Laffont, 1981, p.12

²⁴² TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. *A Cidadania Dilacerada*. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 37, p. 131-148, jun. 1993.

cotidiana de diversas pessoas que se encontram realizando atividades ilegais nas ruas, mas que nem por isso são consideradas como criminosas.

O Princípio da Insignificância deve servir para frear ações que não condizem com o ideal senso de proteção jurídica de direitos e garantias fundamentais. Por isso mesmo são úteis para os chamados delitos de bagatela.

No entanto, segundo Amaral²⁴³:

Nos dias de hoje, o acesso à justiça é sensivelmente facilitado, fato este, que faz com que os jurisdicionados postulem a mais variada gama de ações possíveis nos fóruns brasileiros. De fato, muitas questões de parca importância são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, ocasionando uma verdadeira sobrecarga de processos, muitas vezes com assuntos que não justificam a movimentação de todo o aparelho estatal para a resolução desses conflitos.

Já segundo Serrano Junior²⁴⁴:

Enquanto o cidadão tem o direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional, através do exercício do direito de ação, o Estado tem dever de prestá-la. Não o fazendo configura-se a denegação de justiça, ensejando que os danos daí advindos sejam reparados pelo Estado, se voltado em regresso contra o agente judiciário a quem pode ser imputado a conduta causadora da denegação de justiça, por dolo ou culpa.

De fato, sem as justificativas adequadas, o juiz não pode eximir-se de julgar, de exercer o comando do processo, negar o julgamento ou retardar o final do processo, deixando perecer o direito ou o objeto de litígio entre as partes. A satisfatória prestação da tutela jurisdicional é um dos principais objetivos do Estado, devendo realizar esta atividade com presteza e celeridade. É através da ação contra o Estado que o particular deve exigir a prestação da tutela jurisdicional.

Seja qual for a natureza do objeto do conflito de interesses levado a apreciação do Judiciário, o juiz dentro de sua competência tem o dever de se pronunciar, mesmo porque a parte só pode recorrer a ele para a solução, de forma que em todos os casos de denegação de justiça, pode-se exigir a reparação do dano pelo Estado.

²⁴³ AMARAL, Bruno Pera. Os crimes de bagatela e o princípio da insignificância no direito penal brasileiro. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/26957.htm>. Acesso em fevereiro de 2020.

²⁴⁴ SERRANO JUNIOR, Odoné. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. 2003, p.160

A Constituição federal de 1988 em seu artigo 5º XXXV assegura a todos os cidadãos o amplo acesso à justiça, conferindo-lhes a prestação jurisdicional como garantia da lesão ou ameaça aos direitos, não admitindo qualquer restrição a tal direito.

Diante deste fato, impõe-se ao Estado atender satisfatoriamente as pretensões judiciais dos cidadãos, devendo enquanto provedor único e exclusivo da justiça, realizar a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados em lei. O dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional dentro dos prazos previamente fixados decorre do princípio da legalidade.

A ineficiência do serviço traz consigo, em função da responsabilidade objetiva, o dever estatal de reparar eventuais danos. Neste quadro, surge o problema da morosidade na prestação jurisdicional, porque o Estado no exercício desta função, invariavelmente demora para cumprir tal tarefa, o que pode ocasionar danos aos jurisdicionados, que esperam uma rápida solução do conflito de interesses.

Os danos podem ter sua origem por vários fatores, por exemplo, em virtude do desleixo do juiz no cumprimento dos seus atos, ou devido ao próprio serviço judiciário desorganizado, sobrecarregado de processos, mal aparelhado, acarretando graves prejuízos de difícil reparação.

Mesmo que em grande parte o andamento do processo dependa de ação das partes, é responsabilidade do juiz fazer andar o processo, pois ele se desenvolve por impulso oficial. Cabe ainda ao juiz além de dirigir o processo, zelar pela rápida solução do litígio. A prestação jurisdicional implica em ato vinculado, não sendo permitido ao juiz agir com critérios discricionários.

Segundo Serrano Junior²⁴⁵ “o Estado ao assumir o monopólio da jurisdição e ao proibir os indivíduos de fazer justiça com as próprias mãos assumiu o dever de prestar uma tutela jurisdicional de qualidade”. Portanto, “cumprido ao Poder Público zelar por certo grau de perfeição na prestação do serviço judiciário, zelando-lhe, igualmente, imputável, a omissão quanto ao dever de fornecer os recursos materiais e pessoais adequados, em qualidade e quantidade”.

Amaral ainda observa que quanto aos chamados crimes de bagatela, “e sobre a importância que vem sendo relevada à aplicação do princípio da insignificância, com o nítido propósito de descriminalizar certas condutas” que, “em face de sua diminuta

²⁴⁵ SERRANO JUNIOR, Odoné. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. 2003, p.205

reprovabilidade, não podem mais ser submetidas à apreciação das sanções penais, possibilitando sua punição através de sanções de outra natureza”. No que atine a origem do princípio da insignificância, o instituto teve início no Direito Romano e pertencia ao Direito Civil.

Mencionado princípio funda-se no conhecido brocardo *minimis non curat praetor*, e em 1964 foi introduzido no sistema penal por Claus Roxin, conforme já se havia observado anteriormente e deve ser frisado por se tratar da origem da questão em estudo.

Andreucci²⁴⁶, por sua vez, ainda observa que:

O Princípio da Insignificância, ou da Bagatela, deita suas raízes no Direito Romano, onde se aplicava a máxima civilista de *minimis non curat praetor*, sustentando a desnecessidade de se tutelar bens jurídicos insignificantes. Restaria ao Direito Penal a tutela de bens jurídicos de maior monta, deixando ao desabrigo os titulares de bens jurídicos alvo de lesões consideradas insignificantes. Esse princípio é bastante debatido na atualidade, principalmente ante a ausência de definição do que seria irrelevante penalmente (bagatela), ficando essa valoração, muitas vezes, ao puro arbítrio do julgador. De início cumpre ressaltar que o Princípio da Insignificância não se aplica apenas aos delitos patrimoniais, embora em relação a eles seja mais comum sua utilização, mas também aos delitos que violam outros bens jurídicos, tais como os crimes de lesões corporais, os crimes de sonegação fiscal, os crimes contra a Administração etc.

O autor esclarece, como se observará adiante e já se comentou antes, que “há vários precedentes jurisprudenciais baseando-se na mínima lesão ao bem jurídico para excluir a própria tipicidade do fato, havendo”, enquanto que por outro lado, “decisões que, embora não reconhecendo expressamente a bagatela, utilizam a insignificância da lesão como causa de diminuição de pena, como acontece com o furto privilegiado (criminoso primário e coisa de pequeno valor) ”.

Para Andreucci²⁴⁷ “geralmente os casos chegam ao Supremo Tribunal Federal após ter sido negada a aplicação do Princípio da Insignificância pelo Superior Tribunal de Justiça” e segundo o autor, “na Corte Suprema, os ministros se pautam pela insignificância desde que reunidas quatro condições essenciais: mínima

²⁴⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL.

Disponível em:

http://www.cursosexito.com.br/images/upload/articles/19/original_original_O_PRINC_PIO_DA_INSIG_NIFIC_NCIA_NO_DIREITO_PENAL.pdf?1289917144. Acesso em fevereiro de 2020.

²⁴⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL.

Disponível em:

http://www.cursosexito.com.br/images/upload/articles/19/original_original_O_PRINC_PIO_DA_INSIG_NIFIC_NCIA_NO_DIREITO_PENAL.pdf?1289917144. Acesso em fevereiro de 2020.

ofensividade da conduta, inexistência de periculosidade social do ato, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão provocada”. E naturalmente, ainda para Andreucci²⁴⁸, “muitas vezes, as decisões do Supremo Tribunal Federal levam em conta também o Princípio da Intervenção Mínima, oriundo do embate entre duas importantes ideologias modernas”, esclarecendo que “esse princípio prega não se justificar a intervenção penal quando o ilícito possa ser eficazmente combatido por outros ramos do Direito”, sustentando a “necessidade de ser o Direito Penal subsidiário, somente atuando quando os demais ramos do Direito falharem (*ultima ratio*)”.

Portanto, estudiosos como Canhetti et. al.²⁴⁹ bem observam que “os principais Tribunais do país já foram obrigados a decidir casos onde se discutiu a aplicação do princípio da insignificância” e que “por serem responsáveis pelas diretrizes de nossa jurisprudência, suas posições são importantíssimas para o estudo de qualquer tema, inclusive do princípio da insignificância”. Pois bem, em todas as suas decisões nesse sentido, observa Canhetti et. al.²⁵⁰ que “o STF, em suas decisões, elencou quatro requisitos indispensáveis para reconhecimento da insignificância”, tais como:

- (a) a mínima ofensividade da conduta do agente,
- (b) a nenhuma periculosidade social da ação,
- (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e
- (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu

processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

²⁴⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL.

Disponível em:

http://www.cursosexito.com.br/images/upload/articles/19/original_original_O_PRINC_PIO_DA_INSIGNIFIC_NCIA_NO_DIREITO_PENAL.pdf?1289917144. Acesso em fevereiro de 2020.

²⁴⁹ CANHETTI, Bruno Alexander de Paula. FERREIRA, Thaís Caíres. JUNIOR, Mauro Ferreira de Melo. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>. Acesso em fevereiro de 2020.

²⁵⁰ CANHETTI, Bruno Alexander de Paula. FERREIRA, Thaís Caíres. JUNIOR, Mauro Ferreira de Melo. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>. Acesso em fevereiro de 2020.

3.3. AS VÁRIAS ESFERAS DE RESPOSTA ESTATAL AOS ATOS ILÍCITOS E A RETICÊNCIA JUDICIAL: POR QUE NÃO PRENDER, CONFISCAR E TORNAR INELEGÍVEL, SIMULTANEAMENTE?

A convivência pacífica dentro de uma sociedade só é possível com o estabelecimento de normas reguladoras de conduta, as quais devem ser obrigatoriamente observadas.

O Direito tem o papel de limitar a liberdade do individual em benefício do todo. Direito é o conjunto de regras que visam garantir a convivência dos homens em uma sociedade. O Direito existe para que a sociedade viva de forma ordenada, caso contrário seria impossível manter a convivência entre os membros do grupo social. Assim, a ordem social não é capaz de assegurar sozinha uma convivência humana na sociedade. É preciso também a ordem jurídica, da qual o Estado é o titular.

O Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do direito penal objetivo. O processo penal tem como objetivo tornar efetivo o direito penal, para que a pena prescrita em lei alcance o seu transgressor, desde que comprovada a sua culpabilidade. Para Tucci²⁵¹, o poder-dever de punir do Estado está estreitamente ligado com a realização do bem comum, que se traduz na paz e na liberdade dos indivíduos de uma sociedade.

Observando a questão da criminalidade de bagatela, Gomes²⁵² compreende como principal característica, a "dispensabilidade da pena do ponto de vista da prevenção geral se não mesmo sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial". Nesse sentido, segundo Bitencourt²⁵³, o princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado.

O sobredito princípio não é aplicado no plano abstrato. Não é possível, por exemplo, afirmar que todas as contravenções penais são insignificantes, pois, dependendo do caso concreto, isto não se pode revelar verdadeiro. Dessa forma, andar pelas ruas armado com uma faca é um fato contravencional que não se reputa

²⁵¹ TUCCI, R. L. Processo penal e direitos humanos no Brasil. in Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1998, vol. 755.

²⁵² GOMES, L. F. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, RT. 1997

²⁵³ BITENCOURT, C. R. Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

insignificante. São de menor potencial ofensivo, subordinam-se ao procedimento sumaríssimo, beneficiam-se de institutos despenalizadores (transação penal, suspensão condicional do processo etc.), mas não são, a priori, insignificantes. Desse modo, referido preceito deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades. O furto, abstratamente, não é uma bagatela, mas a subtração de um chiclete pode ser. Em outras palavras, nem toda conduta subsumível ao art. 155 do Código Penal é alcançada por este princípio.

O Supremo Tribunal Federal assentou “algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal”, tais como:

- (a) a mínima ofensividade da conduta do agente,
- (b) a nenhuma periculosidade social da ação,
- (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e
- (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.²⁵⁴

Apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. “Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º). (...) O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. No caso em tela, a lesão se revelou significativa não obstante o bem subtraído ser inferior ao valor do salário mínimo. Vale ressaltar, que há informação nos autos de que o valor "subtraído representava todo o valor encontrado no caixa, sendo fruto do trabalho do lesado que, passada a meia-noite, ainda mantinha o trailer aberto para garantir uma sobrevivência honesta" (STF, 2ª Turma, RHC 96813/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/03/2009).

Segundo Capez (2001) “cumprе asseverar que o reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu não conduz à extinção da punibilidade do ato, mas à atipicidade do crime e à consequente absolvição do acusado”.²⁵⁵ No entanto, tem encontrado ampla acolhida na jurisprudência pátria. O autor então passa a examinar algumas possibilidades de sua aplicação e que sem dúvidas influenciarão cada vez mais o processo penal nesse corrente século XXI (a seguir transcrito na íntegra, dada a relevância ao presente estudo):

²⁵⁴ (STF, 1ª Turma, HC 94439/RS, Rel. Min. Menezes Direito, j. 03/03/2009).

²⁵⁵ (STF, 2ª Turma, HC 98.152-6/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/2009).

(a) no crime de descaminho: considerou-se que falta justa causa para a ação penal por crime de descaminho quando a quantia sonegada não ultrapassar o valor previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02, o qual determina o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, se os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor este, modificado pela Lei nº 11.033/04²⁵⁶

(b) nos crimes ambientais: há julgado da Suprema Corte no sentido de que, em matéria ambiental, surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado (STF, Tribunal Pleno, AP 439/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/2008).

De forma contrária, já se decidiu que “a preservação ambiental deve ser feita de forma preventiva e repressiva, em benefício de próximas gerações, sendo intolerável a prática reiterada de pequenas ações contra o meio ambiente, que, se consentida, pode resultar na sua inteira destruição e em danos irreversíveis”.²⁵⁷

(c) no crime de furto: “tratando-se de furto de dois botijões de gás vazios, avaliados em 40,00 (quarenta reais), não revela o comportamento do agente lesividade suficiente para justificar a condenação, aplicável, destarte, o princípio da insignificância”.²⁵⁸ Da mesma maneira, a conduta perpetrada pelo agente – tentativa de furto qualificado de dois frascos de xampu, no valor total de R\$ 6,64 (seis reais e sessenta e quatro centavos) –, insere-se na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela (STJ, 5ª Turma, HC 123981/SP, Rel. Min. Laurita Vaz. J. 17/03/2009, DJe 13/04/2009).

E, ainda: “A subtração de gêneros alimentícios avaliados em R\$ 84,46, embora se amolde à definição jurídica do crime de furto, não ultrapassa o exame da tipicidade material, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva, porquanto os bens foram restituídos”.²⁵⁹

(d) nos crimes praticados contra a Administração Pública: há uma celeuma em torno da questão, pois se argumenta que a norma busca tutelar não somente o

²⁵⁶ (STF, 2ª Turma, HC 96374/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/03/2009); (CAPEZ, 2011).

²⁵⁷ (TRF, 1ª Região, ACR 2003.34.00.019634-0/DF, Terceira Turma, Re. Des. Olindo Menezes, j. Em 14.02.2006).

²⁵⁸ (STF, AgRg no REsp 1043525/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 16/04/2009, DJe 04/05/2009)

²⁵⁹ (STJ, 5ª Turma, HC 110932/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10/03/2009, DJe 06/04/2009).

aspecto patrimonial, mas também moral da Administração. Nesse contexto, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no sentido de que, em tais casos “descabe agasalhar o princípio da insignificância - consoante o qual não se devem levar em conta a qualificação do agente e os valores envolvidos - quando se trata de prefeito e de coisa pública”.²⁶⁰

Portanto, de acordo com Capez (2001) “o princípio da insignificância constitui um relevantíssimo instrumento que possibilita ao operador do direito avaliar se determinada ação prevista como crime revestiu-se, no caso concreto, de conteúdo ontológico que a possa caracterizar como tal”. Assim, de acordo ainda com o autor, “tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentam contra a dignidade da pessoa humana”.

O famoso brocardo *minimis non curat praetor*, nascido no Direito Romano, é para a maioria dos autores analisados a origem do estudado princípio da insignificância ou bagatela. Ainda sobre o Princípio da insignificância, trata-se de introdução nos sistemas jurídicos internacionais e que influenciou a doutrina brasileira, por atividade e estudos de Claus Roxin, estudioso alemão que nos anos 60 inclui referido princípio no sistema penal. Sua posição era no sentido de que nas chamadas “infrações bagatelares” não haveria a necessidade de aplicação de pena. Portanto, ele estaria excluindo o fato punível.

Precisamente, ele teria dito que “não cabe ao Direito Penal preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o bem jurídico”. Portanto, conforme estudiosos como Luiz Flávio Gomes²⁶¹, dentre outros, “se a finalidade do tipo penal é assegurar a proteção de um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de ofender o interesse tutelado, não haverá adequação típica”. Mas não se pode no “delito insignificante ou de bagatela com crimes de menor potencial ofensivo”, observando-se que “estes últimos são definidos pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95 e submetem-se aos Juizados Especiais Criminais”.

²⁶⁰ (STF, 1ª Turma, HC 88941/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/08/2008). Em sentido oposto: TRF, 1ª Região, Inquérito 9301242141, Corte Especial, Rel. Mário Cesar Ribeiro, julgado em 26/09/1996.

²⁶¹ GOMES, L. F. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, RT. 1997

Verificou-se que por se tratar de um tema que não está definido em nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional, o Princípio é citado apenas como referência na Lei Federal de n. 9.099 de 1995, no Direito Tributário (Lei 10522), Direito Ambiental, em Decretos, em normas de Direito Administrativo e Anistia Fiscal, ressaltando-se sempre, a flexibilidade da insignificância.

E para que se tornasse possível a presente análise se fizeram uso de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) e verificou-se o critério que norteia a aplicação desse Princípio, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

Mas exatamente por tratar-se de um tema que ainda não esteja completamente definido em instrumentos legislativos ordinários ou constitucionais é que se criou o presente estudo, que o analisa de uma forma bibliográfica apenas, mas que certamente auxiliarão na formação de um conceito ideal para o citado princípio, que pode ser tão útil ao momento judicial e processual brasileiro, apesar da cautela que se deve empregar em sua utilização por parte dos magistrados pátrios quaisquer sejam as ações e suas decisões.

Somente os critérios empregados pelo Superior Tribunal Federal (STF) para seu emprego, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica; já auxiliam bastante tanto acadêmicos quanto operadores do Direito a melhor compreendê-lo em toda a sua amplitude e possibilidade de utilização.

Mas enfim, conforme se pode observar, se poderia resumir o Princípio da Insignificância, numa orientação derivada do Direito Romano, trabalhada e modernizada no Direito Italiano e em outros países que chega ao Brasil com os estudos de Roxin, e se amplia com os pilares Constitucionais de 1988. Incide quando não existe uma lesão punível, nem um risco de sua ocorrência a qualquer bem jurídico.

Trata-se da não imposição de uma pena à questões de bagatela, ninharias, ocorrências de lesão mínima que não afetem concretamente o bem juridicamente protegido, de forma que a conduta do sujeito se torna atípica e não se torna necessário o Direito de Punir do Estado, nem a intervenção dos Tribunais no fato que lhe deu causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se deve punir alguém por um fato, mesmo que descrito em lei, se a conduta praticada é aceita ou tolerada pela sociedade. Assim, mesmo que tipificada pela lei como conduta criminosa, o sujeito que a cometeu não merece punição, já que a seu comportamento é aceito e permitido no ambiente social em que convive.

Com relação a este princípio, uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado, como exemplo o autor ressalta o uso de brincos e tatuagens, que é algo tradicionalmente aceito pela sociedade como forma de embelezamento, embora configure lesão a integridade física.

No que diz respeito ao princípio da insignificância, pode-se dizer que o Direito Penal sendo a *ultima ratio*, no sistema penal punitivo, não se deve ocupar de bagatelas.

Atualmente, existem diversos julgados apreciando a matéria considerando que prejuízos ínfimos não merecem tutela penal. Um exemplo dessa incidência é o crime de contrabando por sacoleiros vindo do Paraguai, que trazem coisas de insignificante valor.

Outro exemplo é o furto de coisas insignificantes, tal como o de um chiclete exposto à venda em um comércio. Desde logo insta lembrar que a teoria da força normativa da constituição e toda a discussão acerca da sua efetividade proporcionou uma reconstrução da dogmática jurídica, ao passo que o Direito passou a não mais ser visto como um instrumento de dominação, mas de formação de um espaço democrático.

Por esse motivo, toda a ordem jurídica deverá se submeter ao que chamamos de filtragem constitucional ou constitucionalização do direito, em que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, assim como seus respectivos institutos e valores devem ser revistos à luz da constituição.

Os pressupostos da filtragem constitucional são a preeminência normativa da Constituição e sistema aberto normativo de regras e princípios. No que tange à preeminência normativa esta é oriunda da ideia de supremacia da constituição idealizada por Kelsen, que resulta na primazia constitucional dentro do ordenamento jurídico, na possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis e, por fim, a efetiva aplicação das normas constitucionais.

Contudo, coube também à filtragem constitucional estender os resultados da preeminência normativa para um sistema aberto e não apenas ao sistema fechado, idealizado por Kelsen.

Na esfera penal, a filtragem constitucional atua como instrumento de releitura dos elementos da teoria do delito, na medida em que os valores constitucionais são irradiados no sistema jurídico-penal constituindo um Direito Penal democrático, garantista e minimalista.

Desse modo, a criminalização de condutas deverá ocorrer em observância à diversos princípios norteadores, quais sejam: a legalidade, intervenção mínima, lesividade, individualização da pena, e, sobretudo, ao princípio dignidade da pessoa humana, considerado basilar do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, pode-se notar que algumas condutas tipificadas no Código Penal não condizem com a realidade que se vive hodiernamente e, portanto, não possuem mais incidência. Isto se dá ante a falta de legislação atual e leva o magistrado a viver situações em que a conduta considerada típica não demonstra ter causado lesão à vítima ou ao bem, e, a fim de evitar o encarceramento de um réu primário, aplica os aludidos princípios da insignificância e da adequação social.

Conclui-se, portanto, que a filtragem constitucional da criminalização de condutas é uma maneira de se proteger apenas aqueles bens realmente importantes e aquelas condutas que de fato causem lesão ao bem juridicamente protegido. Outrossim, o Direito Penal como *ultima ratio* deve se preocupar em criminalizar apenas aquelas condutas que possuam relevância jurídica e aqueles bens que merecem proteção estatal.

O papel do sistema penal garantista é obedecer aos princípios que limitem o poder punitivo do estado, a fim de se evitar injustiça e violação ao Estado Democrático de Direito geralmente vivenciadas nos regimes absolutistas.

No que concerne ao caráter pedagógico da penas, tal objetivo não saiu do campo das ideias, iniciou-se como vimos, com as correntes garantistas e abolicionistas, que pregam a maior efetividade de um Direito Penal Mínimo, bem como, atrelados a ineficácia e inépcia gritante do sistema criminal (leia-se, sistema criminal como a junção da fase policial, fase jurídica e fase penitenciária nas searas criminais) o fundamento para sua extinção ou redução, e a este complexo de ideário garantista dá-se o nome de Justiça Restaurativa.

Ainda com vistas a um garantismo penal mais humano e condizente com os pactos internacionais, nossa Constituição Federal de 1988, tratada por muitos como Constituição Cidadã, petrificou uma série de princípios e direitos fundamentais acerca das penas e do direito e dever de punir do Estado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Bruno Pera. **Os crimes de bagatela e o princípio da insignificância no direito penal brasileiro.** Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/26957.htm>. Acesso em fevereiro de 2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL.** Disponível em: http://www.cursosexito.com.br/images/upload/articles/19/original_original_O_PRINCÍPIO_DA_INSIGNIFICÂNCIA_NO_DIREITO_PENAL.pdf?1289917144. Acesso em fevereiro de 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal:** compilación in memoriam. Argentina: B de F, 2004

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de dinheiro:** implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revan. 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999**

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier; Editora Campus, 1992

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.05

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** São Paulo: Ícone editora, 1996, p.94

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas.** São Paulo: Leya, 2011

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

CANHETTI, Bruno Alexander de Paula. FERREIRA, Thaís Caíres. JUNIOR, Mauro Ferreira de Melo. **ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2394/1918>. Acesso em fevereiro de 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2003

CHESNAIS, Jean Claude. Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours. Paris: Laffont, 1981, p.12

DALBORA, José Luiz Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción valorativas em el ámbito de lo injusto típico. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 4, n. 14, p. 41-81, abr./jun./1996, p.66

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **El derecho penal simbólico y los efectos de las penas**. Actualidad Penal, n. 1, p. 5-6. 2001.

DODROWOLSKI *apud* ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança**: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010

DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Ara Editores, 2010

FELDENS, Luciano. O Garantismo Desde sua Perspectiva Constitucional: projeções sobre o Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, ano X, n. 37, p. 67-81, abr./jun. 2010

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 69, p. 46-94, 2007

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

GAUER, Gabriel J. Chittó. **AGRESSIVIDADE**: uma leitura biopsicossocial. Curitiba: Juruá, 2001, p.34

GOMES, L. F. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial de lançamento, RT. 1997

GONÇALVES, Marco Fratteezi. Fundamentos teóricos do funcionalismo teleológico-racional em Claus Roxin: Algumas considerações. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&%20artigo_id=8778 > Acessado em março de 2020.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972

JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª ed. Trad: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 757, nov. 1998

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95, juizados especiais criminais, lei nº 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual. 2. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p.42

MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações as disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994, p.56

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MENDONÇA NETO, Carlos Alberto. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. Disponível em: <http://www.adrianopinto.adv.br/painel3.asp?jornal=181>. Acesso em fevereiro de 2020.

MICHAUD, Yves. A violência. São Paulo: Ática, 1989, p.11

MORAES. Guilherme Braga Peña de. Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997, p.180

MUNOZ CONDE, Francisco. Tradução de Karyna Batista Sposato. Direito Penal do Inimigo. Juruá. 2012.

NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas Sobre o Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal – A Imperatividade de Sua Aplicação e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, ano 12, n. 12, p. 187-206, 2007

PILATI, Rachel Cardoso. **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil**: discussão de modelos alternativos. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011

PÍTSICA, Nicolau Apóstolo. **Artífices do Conhecimento Jurídico**. Florianópolis: 2007

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. O Princípio da Insignificância como causa de excludente da tipicidade no direito penal, 1. ed. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2003, p.36

ROBERT *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

ROSA, Alexandre Morais da. **A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001

ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em Busca de uma Criminologia da Não Violência**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.241

SCHUNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996

SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: Luis Greco, Fernanda Lara Tórtima (Org.). **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

SEMER, Marcelo. **Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 69, p. 95-128, 2007

SERRANO JUNIOR, Odoné. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. 2003, p.160

SILVA JR. Edson Miguel. TEORIAS CIENTÍFICAS SOBRE O PROBLEMA DO CRIME. Disponível em: <http://www.direitofba.net/mensagem/josebarroso/cr-teoriascientificas.doc>. Acesso em fevereiro de 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Buenos Aires: B de F, 2010

SILVA, Louise Trigo da. Algumas reflexões sobre o direito penal máximo. **Revista Direito Mackenzie**, v. 6, n. 2, 2013

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. A Cidadania Dilacerada. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 37, p. 131-148, jun. 1993.

THUMS, Gilberto. Estatuto do Desarmamento: fronteiras entre racionalidade e razoabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.04

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22 e ss.

TUCCI, R. L. Processo penal e direitos humanos no Brasil. in Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1998, vol. 755.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

ZALUAR, Alba. Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p.403