



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
Departamento de Atividades Complementares e
Monografia Jurídica

**DIREITO PENAL MÍNIMO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E COMO POLÍTICA
CRIMINAL**

Jose Edílson Araújo Filho
Matrícula 0209996

Orientador
Prof. Cândido Albuquerque

Fortaleza - 2007
JOSE EDILSON ARAULO FILHO

**DIREITO PENAL MÍNIMO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E COMO POLÍTICA
CRIMINAL**

Monografia apresentada à Universidade Federal do Ceará como
requisito parcial para obtenção do título de graduado em Direito.

Orientador: Prof. Cândido Albuquerque

Fortaleza - 2007

Monografia apresentada à Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do título de graduado em Direito.

José Edílson Araújo Filho

Monografia aprovada em: _____/_____/_____

Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque
Orientador

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro
Advogado

Rodrigo Barbosa Teles de Carvalho
Advogado

Dedico este trabalho aos meus pais, Edílson e Almerinda, paradigmas morais e formadores do meu caráter e personalidade, sendo orientação incessante de minha conduta.

Agradecimentos

Ao nosso Orientador, Prof. Cândido Albuquerque pelo incentivo e presteza no auxílio da elaboração da presente Monografia de Conclusão de Curso.

Aos colegas de faculdade que contribuíram sobremaneira para minha formação jurídica e humanitária, semeando a amizade dentro e fora da sala de aula.

Ao irmão, Edinilton, pelo apoio prestado.

“As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”
(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

Esse trabalho visa estabelecer uma breve incursão sobre o objeto do direito penal, segundo os conceitos correntemente aceitos, para, em seguida, delimitá-lo. Não se olvidará de uma análise da criminologia e da política criminal, que desempenham importante papel na determinação da esfera de atuação do direito penal. A partir daí, será possível discorrer sobre os princípios norteadores da criminalização e da descriminalização e sobre a perspectiva constitucional do direito penal. A metodologia aplicada neste trabalho consiste em pesquisa bibliográfica baseada em livros, artigos, sites, revistas, entre outros. Os autores pesquisados foram, entre outros, Damásio, Janaína Paschoal, Paulo Queiroz, entre outros. Este trabalho está dividido em três capítulos, que fazem parte de sua fundamentação teórica: no primeiro capítulo abordou-se o histórico do Direito Penal e sua evolução, também como uma análise da evolução penal brasileira. No segundo capítulo abordou-se os princípios limitadores do direito de punir do Estado, com uma abordagem constitucional. No terceiro capítulo analisou-se as perspectivas da política criminal baseada nos preceitos do direito penal mínimo e sua adequação à realidade brasileira.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. História Geral.....	12
1.1. Fases de Vingança.....	12
1.2. Talião.....	13
1.3. Direito Penal Grego.....	14
1.4. Direito Penal Romano.....	14
1.5. Direito Penal Germânico.....	15
1.6. Direito Penal Canônico.....	16
1.7. Direito Penal Comum.....	17
1.8. Período Humanitário e Movimento Codificador.....	17
1.9. Período Científico.....	18
1.9.1. Escola Clássica.....	18
1.9.2. Escola Positiva.....	19
1.9.3. Escola Moderna Alemã.....	20
1.10. A História do Direito Penal Brasileiro.....	21
1.10.1. Período Colonial.....	21
1.10.1.1. Ordenações Afonsinas.....	21
1.10.1.2. Ordenações Manuelinas.....	21
1.10.1.3. Ordenações manuelinas.....	21

1.10.2.	Código Criminal no Império.....	22
1.10.3.	O Período Republicano.....	23
2.	Limites à Criminalização.....	26
2.1.	Bem Jurídico-Penal: Conceito e Surgimento	26
2.2.	Apontamentos relativos ao Funcionalismo do Direito Penal.....	29
2.3.	Os Princípios Limitadores da Criminalização.....	30
2.3.1.	Princípio da Fragmentaridade	30
2.3.2.	Princípio da Subsidiariedade	31
2.3.3.	Princípio da Lesividade.....	33
2.3.4.	Princípio da Insignificância.....	34
2.4.	Constituição como limite do Direito Penal.....	35
2.4.1.	Constituição como limite negativo.....	37
2.4.2.	Constituição como limite positivo.....	37
2.4.3.	Suposta Obrigação Constitucional de Criminalização.....	38
3.	Política Criminal e Direito Penal Mínimo.....	40
3.1.	Conceito de Política Criminal.....	40
3.2.	Tendência ao Direito Penal Mínimo.....	40.
3.3.	Medidas Minimalizantes.....	43
4.	CONCLUSÃO.....	48
5.	REFERÊNCIAS.....	49

Introdução

No atual contexto brasileiro, de um Estado Democrático de Direito, é difícil negar que o Direito Penal mais coerente seja o chamado Direito Penal Mínimo. Ou seja, um Direito Penal assentado nas máximas garantias constitucionais; sobretudo, nos princípios basilares advindos, expressa ou implicitamente, da Carta Magna, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana (base de todos os outros), o princípio da intervenção mínima, princípio da ofensividade, princípio da insignificância, princípio da legalidade, dentre tantos outros.

Seguindo esse caminho, se faz necessária uma efetiva descriminalização (abolitio criminis) de certos tipos penais que realmente não afrontam bens jurídicos importantes. A manutenção desses tipos incriminadores, de pouca relevância, só atrapalha a atividade policial, que ao invés de estar atuando nos casos de real importância, perde seu tempo com verdadeiras bagatelas; também, o exercício da Justiça Criminal, que se mantém emperrada devido ao grande número de processos versando sobre questões irrelevantes.

Haja vista que o Direito Penal lida com o bem jurídico liberdade, um dos mais importantes dentre todos, nada mais lógico do que esse ramo do Direito obrigar-se a dispor das máximas garantias individuais. E mais, conhecendo o nosso sistema carcerário, fica claro que só formalmente a atuação do Direito Penal restringe-se à privação da liberdade. Na prática, a sua ação vai mais além, afetando, muitíssimas vezes, outros bens jurídicos de extrema importância, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, *verbi gratia*; uma vez que no atual sistema prisional são freqüentes as ocorrências de homicídios, atentados violentos ao pudor, agressões e diversos outros crimes entre os que ali convivem. Também, por esses mesmos motivos supracitados, não podem indubitavelmente fazer parte da tutela do Direito Penal as pequenas ofensas, devendo ser observado ao máximo o seu caráter subsidiário (*ultima ratio*). Estas pequenas infrações devem passar a ser protegidas por outros ramos do Direito, menos gravosos, como o Direito Administrativo, Direito Civil, dentre outros.

No entanto, ao passo que haja a implementação de um Direito Penal mínimo, não se pode descuidar de suas principais missões. Entre estas, por exemplo, está uma das mais importantes, que é a de se conter a vingança privada. Uma vez que o Estado passa a assumir o monopólio do castigo, o que se espera é evitar-se a imposição desse castigo pelos particulares. Acontece que quando o Estado, através do Direito Penal, único ramo do ordenamento jurídico competente para cuidar da cominação de penas, passa a descuidar-se desse aspecto, dá lugar

às crescentes investidas violentas por parte dos indivíduos na suposta realização de justiça. Na atualidade, os inúmeros casos de linchamentos que vêm acontecendo constantemente, assim como as incontáveis ações dos chamados grupos de extermínio, demonstram que o Direito Penal atual não está, ao menos de forma eficiente, cumprindo sua missão de contenção da violência privada.

Esse trabalho visa discutir o emprego de um sistema penal pautado na mínima intervenção e analisar a busca por uma harmonização entre a aplicabilidade de um Direito Penal mínimo, com todas as garantias constitucionais e as necessárias descriminalizações de tipos penais, e a eficiente concretização das finalidades do Direito Penal. Para isso, será inevitável que certos tipos penais, estritamente aqueles de extrema afetação a bens jurídicos relevantes, tenham suas penas recrudescidas e sejam tratados de forma mais rigorosa, desde que isso não afronte a Lei Maior, nem os seus princípios – especialmente o da dignidade humana.

1. História Geral

O surgimento do Direito Penal se conjuga com o surgimento da própria sociedade. Ele nasce em meio ao sentimento de vingança e não de justiça.

Seu trajeto também acompanha os passos da evolução do Estado. As inferências da igreja são de grande importância em suas conceituações.

O que conhecemos como o Direito Penal atual não deve ser encarado como sua forma concreta, final, acabada. Ainda há muito que evoluir e a nós cabe apenas um ponto na história penalista.

1.1. Fases de Vingança

O homem sempre viveu em grupo e precisou de regras para reger sua vida social. As normas iniciais não mais eram que tradições, superstições e costumes misticamente observados pelos membros do grupo. O respeito a estas normas era de natureza essencialmente sacral. Tudo era mistério, misticismo, divino. Vem daí a idéia de proteção totêmica e das leis do tabu, que funcionava como norma de comportamento. Já o totem era representação da entidade protetora do grupo, a representação do Deus que os protegia.

A reação desse grupo primitivo contra o infrator visava restabelecer a proteção sacral, perdida com a ofensa causada pela infração às normas do tabu. Punindo o infrator o grupo estava se reconciliando com seu Deus. Em síntese, o crime é um atentado contra os deuses e a pena um meio de aplacar a cólera divina. A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça.

Numa fase seguinte a pena deixa de ter função de restabelecimento da proteção sacral para expressar o interesse coletivo. Era o grupo que tinha interesse na punição e não ofendido ou seus próximos. A vida naquele tempo era essencialmente comunitária. A individualidade não tinha lugar perante o coletivo.

João José Leal¹ discorda que o Direito Penal tenha numa das fases primeiras da evolução se caracterizado pela vingança privada (exercida isoladamente e com base no interesse individual, ela somente se manifestaria quando a vida coletiva adquirisse um grau mínimo de organização). Buscando outros autores, ele afirma que não há fundamento para se

¹ LEAL, João José. Curso de Direito Penal. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor & Editora da FURB. 1991

afirmar que a pena tem sua origem no instituto de conservação individual. Ao contrário, as normas de conduta sempre constituíram "uma ofensa aos interesses comuns do grupo, uma perturbação da paz coletiva". Sintetizando, o crime é agressão violenta de uma tribo contra outra e a pena a vingança de sangue de tribo a tribo.

Numa terceira etapa encontramos as penas de perda da paz e de vingança de sangue. A primeira consistia na expulsão do infrator do meio em que vivia. Para o indivíduo isso significava a morte, uma vez que era impossível sobreviver isolado em meio à natureza hostil.

Já a vingança de sangue era aplicada aos infratores estranhos ao grupo, por violações ao tabu. É provável que a guerra entre as tribos primitivas fossem motivadas pela represália de indivíduos do mesmo clã sangüíneo contra membros de outros grupos, dando origem à convencionalizada 'vingança do sangue'.

Em todas estas etapas o cunho religioso e consuetudinário imperava sobre as idéias do direito penal. As superstições e crenças constituíam-se em fundamentos de todas as atitudes do homem primitivo. O caráter, portanto, era muito mais religioso que jurídico. O poder coercitivo atuava com base no temor religioso ou mágico. O crime é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado e a pena a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

Na fase da composição o ofensor se livrava do castigo com a compra da sua liberdade. Na fase da vingança privada presenciemos a reação do indivíduo ou seu grupo contra membros de outros aglomerados. A reação tem natureza social e coletiva, mesmo porque se considerava uma ofensa à comunidade a que pertencia o indivíduo, e a própria vingança se dirigia a qualquer membro do grupo e não somente ao agressor.

1.2. Talião

O aparecimento das primeiras civilizações, com organização sócio-político-econômica e a figura do soberano representando o poder absoluto do Estado nascente são ingredientes que permitirão a repressão criminal de caráter público, com reação penal proporcional à gravidade do delito.

É o tempo do Talião iniciado por volta de 4.000 a.C. Mesmo aí o Direito Penal ainda tem caráter místico, menos que no período anterior. Na Lei do Talião o castigo tem mesma proporção da culpa. Significa limitar, restringir, retribuir na mesma proporção de suas

gravidade as conseqüências do crime praticado, na mesma forma e intensidade do mal por ele causado. É o popular 'olho por olho, dente por dente'. É uma forma de acabar com a punição ilimitada e desregrada. Embora suas penas pareçam cruéis, coube à Lei de Talião um abrandamento do sistema punitivo então vigente.

Apesar de acharmos um absurdo hoje, o talião representou um avanço tremendo, pois veio estabelecer uma certa proporcionalidade entre o delito e a pena, limitando a vingança privada.

A maioria dos povos antigos recorreu a esta prática. Encontramos citações a respeito no Código de Hamurabi. Os hebreus também utilizaram o recurso, constatável tal fato na própria Bíblia. Na Lei das XII Tábuas o termo 'talião' é citado explicitamente e no século IX a.C. é a vez do Código de Manu recorrer a tal artefato.

1.3. Direito Penal Grego

Nesta sociedade o direito teve caráter sacral à resposta punitiva, além da vingança privada e da composição. Os gregos tem importância por agregar ao Direito Penal o caráter público. Dividiam as infrações penais em duas categorias: crimes públicos, em relação aos quais poderiam ser aplicadas penas coletivas e crimes privados, que somente admitiam a punição do autor.

Reconhecidos mais pela avançada filosofia que pelos passos no mundo do Direito, os gregos num dado tempo de sua evolução fazem com que a filosofia envolva o Direito e aí sim é possível ver focos de seu progresso. Nomes como Platão e Aristóteles especularam sobre o fenômeno criminal, acentuando a idéia de expiação e retribuição da pena, salientando mais tarde a importância da função preventiva da pena criminal.

1.4. Direito Penal Romano

Não bastava apenas a força física dos seus exércitos para manter as conquistas territoriais do império. Fazia-se necessário um avançado sistema jurídico, que mantivesse a ordem, a chamada pax romana, nas mais distantes regiões dominadas. Daí decorre o motivo de serem tão extraordinários no início da história da jurisdição, com seus institutos, práticas e entendimentos doutrinários perdurando até hoje.

Os romanos não sistematizaram os institutos penais. Cada caso era julgado em sua particularidade. O processo penal teve relevante importância.

No campo específico do Direito Penal, após o período primitivo de caráter essencialmente religioso, houve uma preocupação de laicizar o sistema repressivo, punindo o infrator com fundamento no interesse individual ou público. As infrações passam a ser divididas em crimes públicos (crimina pública) e privados (delicta privata). Os primeiros constituíam-se em atos atentatórios à segurança interna ou externa do Estado Romano e, por isso, cabia a este exercer a repressão contra o delinqüente. Com o transcorrer dos tempos outros atos passaram à categoria de crimes públicos, como é o caso do homicídio, originariamente sancionado pelos familiares da vítima sob a denominação. As penas eram severas, como de morte ou deportação. Os crimes privados ficavam sujeitos à repressão do ofendido ou de seus familiares e eram julgados pela justiça civil que, na maioria dos casos, impunha às partes a composição.

As penas eram: supplicium (executava-se o delinqüente); damnum (pagamento em dinheiro); poena (pagamento em dinheiro quando o delito era de lesões)

Para os romanos a pena criminal, passado o período primitivo, revestia-se de uma função retributiva, de exemplaridade e, também, de prevenção. Também cabe assinalar que o Direito Penal romano atingiu um grau técnico-jurídico de elaboração suficiente para distinguir o elemento subjetivo da infração (dolo ou culpa) do fato puramente material. Surgem daí as noções de crimes dolosos (intencional) e culposos (não intencional).

No caráter da imputabilidade, os juristas romanos souberam compreender que os menores e os doentes mentais não podiam ser capazes de agir com culpabilidade.

A Lei das XII Tábuas, de origem romana, tem grande significado na história das instituições penais. Nelas se estabelece uma prévia determinação dos delitos privados, fora dos quais não se admite a vingança privada; afirma-se o talião, delimitador, ademais, da citada vingança e como meio de evitá-la se regula a composição. Ainda que a Lei das XII Tábuas seja uma legislação rude e primitiva, é relevante o fato de que se inspira na igualdade social e política, excluindo toda a distinção de classes sociais ante o Direito Penal.

O Direito Romano contribuiu decisivamente para evolução do Direito Penal com a criação de princípios penais sobre o erro, a culpa (leve e lata), dolo (bonus e malus), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa e estado de necessidade.

1.5. Direito Penal Germânico

É um direito composto apenas pelo caráter consuetudinário e não por leis escritas. Os bárbaros que compuseram os povos germânicos trouxeram para Europa ocidental seus costumes, tradições, religiões e também o sistema jurídico. Seu período inicial foi marcado por um sistema punitivo de caráter religioso. A perda da paz, representada pela expulsão do infrator do seu meio social e sua conseqüente morte, marcou seguramente a prática punitiva das primeiras épocas do povo germânico. Também a vingança, já citada, marcou presença.

Com o fim das invasões e consolidação das regiões ocupadas, a vingança de sangue dá lugar à composição voluntária ou compulsória. A pena de paz admite um preço a ser pago pelo infrator. O Direito Penal Germânico, a partir de então, se transforma num sistema de sanções de características acentuadamente patrimoniais, "num minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis segundo a gravidade das lesões e também a categoria do ofendido", como trabalha Aníbal Bruno².

1.6. Direito Penal Canônico

Direito Canônico é o direito estabelecido pela Igreja Católica e destinavam-se, a princípio a regular a vida interna da Igreja.

O Direito Canônico dividia os crimes em *delicta eclesiastica* (de exclusiva competência dos tribunais eclesiásticos); *delicta mere secularia* (julgados pelos tribunais leigos) e *delicta mixta*, os quais atentavam ao mesmo tempo contra a ordem divina e a humana e poderiam ser julgados pelo tribunal que primeiro deles conhecesse. As penas distinguem-se em espirituales (penitências, excomunhão, etc) e temporales, conforme a natureza do bem a que atingem. As penas eram, em princípio, justa retribuição, mas dirigiam-se também ao arrependimento e à emenda do réu.

A influência do direito canônico foi benéfica. Trouxe a humanização, embora politicamente a sua luta metódica visasse obter o predomínio do papado sobre o poder temporal para proteger os interesses religiosos de dominação. Proclamou a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim ao sentido puramente objetivo da ofensa, que prevalecia no direito germânico. Favorecendo o fortalecimento da justiça pública, opôs-se à vingança privada decisivamente, através do direito de asilo e da trégua de Deus. Por força desta última, da tarde de Quarta-feira de manhã à manhã de Segunda-feira nenhuma ma reação privada era admissível, sob pena de excomunhão. Opôs-se também o Direito Canônico às ordálias e duelo judiciários e procurou introduzir as penas

² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. Rio de Janeiro, Forense, 1967

privativas de liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar o arrependimento e a emenda do réu.

A penitenciária é de inspiração nitidamente eclesiástica. Pregava cumprimento da pena em claustro ou cubículos. Defendeu a igreja a mitigação das penas. Os tribunais eclesiásticos nunca aplicavam a pena de morte, entregando o réu que deveria sofrê-la aos tribunais seculares. Parece certo que em seu ulterior desenvolvimento, afirmou-se a maior severidade dos tribunais eclesiásticos, especialmente com a Inquisição, que fez largo emprego da tortura, escrevendo negra página na história do Direito Penal. O processo inquisitório surgiu com o Concílio de Latrão e possibilitava o procedimento de ofício, sem necessidade de prévia acusação, pública ou privada.

1.7. Direito Penal Comum

Com a fragmentação do poder político que surgiu com o término da dinastia carolíngia, observou-se um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal, pois ressurgiu o direito consuetudinário da época anterior, deixando de ser observadas as leis escritas da época franca. Penetramos no regime feudal. Em consequência, reaparece a concepção privada da justiça punitiva, com a vingança privada e o pagamento do preço da expiação tomando o posto das penas públicas. É nessa época que se inicia a luta da Igreja, a princípio pela independência e logo pelo predomínio do poder espiritual.

O Direito Penal dessa época resulta de uma combinação entre o direito romano, o germânico e o canônico, com prevalência do primeiro, que é a fonte a ser consultada nos casos omissos.

1.8. Período Humanitário e Movimento Codificador

É no decorrer do Iluminismo que se inicia o denominado período humanitário do direito penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII. O Iluminismo significa a auto-emancipação do homem da simples autoridade, preconceito convenção e tradição, com insistência no livre pensamento sobre problemas que tais instâncias consideravam incriticáveis.

Com a obra dos filósofos Hobbes, Espinosa, e sobretudo Locke que prescindiam da idéia de justiça absoluta e afirmaram ser o fim da pena a manutenção a obediência dos súditos ou da segurança comum., visando impedir que novos crimes sejam praticados pelo culpado ou pelos demais cidadãos.

Destaca-se os enciclopedistas francês como Montesquieu, autor das *Lettres Persanes*, de 1721 e do *Espirit des lois*, de 1748, obras que exerceram extraordinária influencia e de independência do poder judiciário; Rosseau, dando com o seu *Contract Social*, de 1762, os fundamentos da liberdade política e da igualdade dos cidadãos e, ainda Voltaire que em vários de seus escritos reclamava a completa renovação dos costumes judiciários e da prática dos Tribunais, especialmente com a famosa defesa de Jean Calas, protestante morto injustamente em 1762.

Ao movimento de reforma que se inicia com a enorme repercussão que obteve a obra de Beccaria, tem-se chamado de Humanitária, pois lança a idéia do respeito à personalidade humana e se funda em sentimentos de piedade e compaixão pela sorte das pessoas submetidas ao terrível processo penal e ao regime carcerário que então existia.

As idéias básicas do Iluminismo em matéria de justiça penal são a da proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário; a abolição da tortura; a abolição ou imitação da pena de morte e a acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências formuladas pela igreja ou devidas puramente a moral, fundadas no principio da retribuição (Liszt-Schimit).

Tais idéias produziram resultados para o desenvolvimento de uma ampla mudança legislativa - movimento codificador - começa ainda no final do século XVIII. Na Rússia em 1767, Catarina II em suas Instruções dirigidas à comissão encarregada da elaboração de um novo Código Penal, as acolhes integralmente; o Código de Toscana de Leopoldo II de 1786; o Allgemeines Landrecht de Frederico, o Grande da Prússia 1794; o Código Penal Francês de Bavieira de 1813. A codificação alem de dar certeza ao direito, exprime uma necessidade lógica, por meio da qual são sistematizados princípios esparsos, facilitando a pesquisa, a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Na França, com a Revolução Francesa, surgem a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, bem como os Códigos Penais de 1791 e 1810.

1.9. Período Científico

As idéias iluministas fortaleceram-se e inspiraram a necessidade de se tratar o Direito como ciência.

1.9.1. Escola Clássica

Encontra a semente na filosofia racionalista do século XVIII e nas idéias políticas que proclamavam os direitos do homem e do cidadão contra a prepotência do Estado absolutista.

A Escola Clássica foi um nome criado pelos positivistas com sentido pejorativo, mas que atualmente serve para reunir os doutrinadores da época em que as idéias fundamentais do Iluminismo foram expostas magistralmente por Beccaria e que estão na obra de vários autores que escreveram na primeira metade do século XIX. Este século marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais. São as escolas penais, definidas como o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a matéria do delito e sobre o fim das sanções.

Ela contém tendências diversas, apresentam nuances e matrizes próprios, advindos da natural influência da personalidade de quem as defendia, do país que eram expostas... Essa doutrina de conteúdo heterogêneo, se caracterizava por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário.

1.9.2. Escola Positiva

A Escola Positiva se dizia socialista e se ergueu contra o Iluminismo da Escola Clássica. Ela proclamava outra concepção de direito. Enquanto para a clássica, ela preexistia ao homem, para os positivistas, ele é o resultado da vida em sociedade e sujeito variações no tempo e no espaço, consoante a lei da evolução. A moral e o direito são produtos da cultura social do homem, sujeitos a variações no espaço e tempo, sob a lei inexorável da evolução.

Foi um movimento naturalista do séc. XVIII, que pregava a supremacia da investigação experimental em oposição à indagação puramente racional, influenciando no direito penal. A Escola Positivista surgiu na época do predomínio do pensamento positivista no campo da filosofia (Augusto Conte; da sociologia surgiria a sociologia criminal), das teorias evolucionistas de Darwin e Lamark e das idéias de John Stuwart Mill e Spencer. De Darwin, Lombroso tiraria sua concepção do atavismo no crime e, Spencer forneceria elementos aplicáveis à psicologia, à sociologia e à ética.

A Escola Positiva tem a sua maior figura em Henrique Ferri, criador da Sociologia Criminal ao publicar o livro que leva esse nome. Foi discípulo discente de Lombroso, ressaltando a importância de um trinômio causal do delito (fatores antropológicos, sociais e

físicos). Aceitou o determinismo, afirmando ser o homem "responsável" por viver em sociedade.

O crime é fenômeno natural e social, oriundo de causas biológicas, físicas e sociais: o crime é um fenômeno sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental.

A responsabilidade social como decorrência do determinismo e da periculosidade: a responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade.

A pena tendo por fim a defesa social e não a tutela jurídica: a pena é medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou a sua neutralização.

1.9.3. Escola Moderna Alemã

No contexto do positivismo crítico se enquadra a escola sociológica alemã ou escola política criminal. A Escola Moderna Alemã surgiu na Alemanha por iniciativa de Franz von Liszt, o maior político-criminológico alemão. Liszt deu à ciência do Direito Penal uma nova e mais complexa estrutura. Ela vem a ser uma disciplina completa, resultante da fusão de outras disciplinas jurídica e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política-criminal: a gesamte Strafrechtswissenschaft (ciência total do Direito Penal). Para conhecê-la, fazem-se necessárias: a formação do penalista deve ser jurídica e criminalística; a explicação causal do delito e da pena há de ser entendida como criminológica, penológica e de pesquisa histórica sobre o desenvolvimento da delinquência e dos sistemas penais; e, finalmente, é necessário a elaboração de uma política criminal, como sistemas de princípios, em bases experimentais, para a crítica e reforma da legislação penal. A política criminal encontra seu limite na lei penal, na qual o princípio da legalidade representa um baluarte de defesa social. Daí as afirmações gráficas de que “o código penal é a Magna Carta do delinqüente” e de que “o Direito Penal é a insuperável barreira da política criminal”.

A Escola Alemã teve como finalidade principal a adoção de medidas e providências de ordem prática no interesse da repressão e prevenção do delito, o que conseguiu, introduzindo nas legislações diversos institutos. Ela considera o crime um fato jurídico, mas não esquece que também apresenta os aspectos humanos e social. Não aceita o criminoso nato de Lombroso, nem a existência de um tipo antropológico de delinqüente, mas considera a existência de influências de causas individuais externas, físicas e sociais, com predominância nas econômicas.

A pena, para Liszt e seus seguidores, tem função preventiva em geral e especial, aquela advertindo a todas, esta quando recai sobre o delinqüente.

1.10. A História do Direito Penal Brasileiro

Em período anterior ao Brasil colônia os povos que aqui habitavam viviam rudimentarmente, eram pouco evoluídos e de uma cultura atrasada se comparado aos povos europeus. As regras de convivência social eram transmitidas verbalmente e sempre impregnadas de misticismo.

Nesta sociedade primitiva, antes do domínio Português, imperava a vingança privada, sendo que as formas de reação contra condutas ofensivas não possuíam qualquer graduação. Quanto às punições, predominavam as penas corporais, mas não existia tortura.

1.10.1. Período Colonial

1.10.1.1. Ordenações Afonsinas

Quando do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, que eram tidas como o primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, que vigoraram até o aparecimento da Compilação de Duarte Nunes de Leão. Ressalte-se que os ordenamentos citados não chegaram a ser eficazes, em face da situação peculiar reinante na colônia.

As primeiras manifestações jurídicas, desde 1500 e por cerca de 30 anos, foram as bulas pontifícias, alvarás e cartas-régias, que, embora, não tivessem por destino precípua reger a vida destas terras, a estas se referem, constituindo, assim os atos iniciais de uma legislação que necessitava de organização e desenvolvimento.

1.10.1.1.1. Ordenações Manuelinas

Na época das capitanias hereditárias, formalmente vigoravam as Ordenações Manuelinas, porém as eram fartas as determinações reais especialmente decretadas para a nova colônia. Junte-se a isto também o arbítrio dos donatários, que fixava critérios próprios para aplicação do direito (só limitado pelo arbítrio de cada um), o que fazia o regime jurídico da América ser totalmente caótico.

1.10.1.1.2. Ordenações Filipinas

Na realidade, a lei penal aplicada ao Brasil-colônia era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas e orientavam-se no sentido de uma ampla e generalizada

criminalização, com severas punições. Entre as penas aplicadas, predominava a pena de morte, sendo que também existiam as penas vis (açoite, corte de membros, galés), degredo; multa e a pena-crime arbitrária (que ficava ao arbítrio do julgador, já que inexistia o princípio da legalidade). Essa legislação, extremamente rigorosa, acabou por reger a vida brasileira por mais de dois séculos.

Duras críticas surgiram à esta legislação. No âmbito penal referiam ao fato de que a matéria criminal estaria disposta de forma assistemática e irracional: os comportamentos incriminados (em número excessivo) referem tipos difusos, obscuros, por vezes conflitantes; as penas são desproporcionais e sempre cruéis; multas pesadas.

Por derradeiro devemos salientar que as leis portuguesas foram interrompidas na região Nordeste do país pela dominação holandesa, mas referida dominação, por uma reação de cunho nacionalista dos brasileiros, em nada contribuiu para a formação do nosso Direito Penal.

1.10.2. Código Criminal no Império

Proclamada a Independência, a necessidade de substituir-se as velhas e antigas Ordenações, por outras de caráter atual e inovador, fez com a Constituição de 1824, no seu art.179 parag. 18 determinasse expressamente a criação de uma nova legislação no âmbito punitivo.

O Código Penal brasileiro, com características baseada no pensamento liberal e no princípio da utilidade pública, teve como influência as idéias de Bentham, Beccaria e Mello Freire, bem como dos Códigos franceses de 1810 e 1819 (também conhecido de Napoleônico) , do Código da Baviera e do Código da Lousiana. A despeito de ter insetos algumas idéias de compilações anteriores, o Código Penal brasileiro mostrou em muitos aspectos concepções novas e de grande teor no mundo do direito penal. Diz-se Aníbal Bruno na sua clamorosa obra – “ O Código de 1830 não se filiou estritamente nem a um nem a outro, tendo sabido mostra-se original em mais de um ponto”³.

No seu longo período de vigência, o Código Penal de 1830 sofreu muitas alterações provindas no sentido de aperfeiçoá-lo e atualizá-lo de acordo com as modificações sociais decorridas do próprio tempo. Um exemplo de tentativa de manter a antiga legislação em vigor fora no assunto que tange a respeito dos delitos culposos, este, em 1871 ganhou legislação específica para tratativa de tal assunto.

³ BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1967

O Código de 1830, agüentou muitas alterações sociais, contudo teve seu dias contados a partir da entrada em vigor da lei da Abolição da Escravatura, de 13 de maio de 1888. Mesmo assim, ainda que em vão, Joaquim Nabuco e João Vieira apresentaram projetos de reforma para atualização do Código, todavia, a Comissão nomeada para estudá-los, na pessoa de seu relator, Batista Pereira, decidiu afinal, que melhor seria a reforma geral do Código. Abriu com isso as portas para o surgimento do até então NOVO CÓDIGO PENAL DE 1890.

1.10.3. O Período Republicano

Convertido em lei em 11 de outubro de 1890, o novo Código Penal não teve tanto êxito como o seu antecessor, pelo contrário, foi alvo de severas críticas. O Código de 1830 é um trabalho que depõe a favor da capacidade legislativa nacional mais do que o de 1890, ora em vigência. Superior a este pela precisão e justeza da linguagem, constitui para época em que foi promulgado, um título de orgulho, ao passo que o de 1890, posto em face da cultura jurídica da era em que foi redigido, coloca o legislador republicano em condições vexatórias, tal qual a soma exorbitante de erros absurdos que encerra, entremeados de disposições adiantadas, cujo alcance não pôde ou não soube medir.

Diante de muitas críticas advindas de várias partes de facções penais brasileiras, o governo com a ajuda do ilustre desembargador Vicente Piragibe, em 1932, sistematizou os vários dispositivos esparsos no Código, dando surgimento às Consolidações das Leis Penais.

A substituição do Código de 1890 não ocorrera por “pulso firme” do governo, pois projetos não foi o que faltou.

Há três anos do início de sua vigência, já surgia com João Vieira de Araújo, o primeiro projeto de troca do Código Penal. Vetado seu primeiro projeto, João Vieira de Araújo não desistiu e em 1899 enviou um novo projeto, este se perdendo no Senado após aprovação na Câmara.

Um novo projeto foi apresentado em 1913, desta vez pelo então penalista Galdino Siqueira. Seu projeto, não veio nem a ser objeto de deliberação no Poder Legislativo.

O último projeto frustrado foi de autoria do desembargador Sá Pereira. Seu projeto em pauta numa fase de transição política, pois deu início no final da Política Café com Leite, atravessou a primeira fase do Governo de Getúlio (1930-34) e por fim, quando quase obtinha seu êxito sucumbiu com o Golpe de Estado de 10/11/1937.

Finalmente em maio de 1938, apoiado pelos criminalistas participantes da Conferência de 1936, o Prof. Alcântara Machado, entregava ao Governo o anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal brasileiro e em agosto do mesmo ano o projeto completo, que iria ser o ponto de partida para Código Penal vigente.

A redação apresentada ainda não seria, porém, a definitiva. O projeto ainda sofreu apreciação de uma Comissão formada por Nelson Hungria, Roberto Lira, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Costa e Silva, sendo sancionado por decreto em 07 de dezembro de 1940.

Devidos aos pensamentos controversos e a necessidade constante de reformas, o Código de 1940 começou a receber assim como os anteriores, num determinado, tempo propostas de substituição. Pelo decreto n.º 1.490, de 8 de novembro de 1962, de Nelson Hungria, foi publicado o anteprojeto de Código Penal. Submetido à apreciação de uma Comissão Revisora, transformou-se em Código Penal, pelo decreto-lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969, retificado pela Lei 6016, de 31 de dezembro de 1973. O Código Penal de 1969, como ficou conhecido, teve sua vigência sucessivamente postergada até que finalmente foi revogado pela Lei 6.578, de 10 de outubro de 1978.

Em 1980, o Ministro da Justiça incumbiu o professor Francisco de Assis Toledo, da Universidade de Brasília, da reforma do Código em vigor. A exemplo da Alemanha, primeiro se modificou a parte geral.

Em 1981, foi publicado o anteprojeto, para receber sugestões. Depois de discutido no Congresso, o projeto foi aprovado e promulgada a Lei Nº7.209 de 11/07/1984, que alterou substancialmente a parte geral, principalmente adotando o sistema vicoriente (pena ou medida de segurança).

Com a nova Parte Geral, foi promulgada a nova Lei de execução Penal (nº 7.210 de 11/07/1984). É uma lei específica para regular a execução das penas e das medidas de segurança, o que era súplica geral, tanto que já se fala na criação de um novo ramo jurídico: o Direito de execução Penal.

Recentemente, foi o Estatuto repressivo pátrio alterado pela Lei nº 9.714/98 no que concerne às penas restritivas de direitos. Incluídos foram mais dois tipos de penas: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Ademais, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, poderá ela se dar quando, atendidos os requisitos específicos – não reincidência, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime favoráveis – a pena aplicada não for

superior a quatro anos. Vale salientar que, em sendo o crime culposo, haverá a substituição, qualquer que se seja a pena aplicada.

3. Limites à Criminalização

Dos princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade proclamados com o Iluminismo, em reação a uma ordem despótica, autoritária e cruel de poder, em que nela estava fundida a idéia de uma justiça perseguidora e sem limites, fez-se nascer o conceito da atividade protetora do Estado. Sob sua proteção deviam estar bens de relevo para a prossecução daqueles ideais. A partir desse período é que surgem as tentativas de um conceito material de delito, transistemático, pelo menos com alguma capacidade orientadora e legitimadora.

O conceito de bem jurídico revela suma importância na delimitação de atuação estatal, pois através de uma espécie de catalogação de interesses e valores representativos para a o homem, enquanto ser integrado a uma sociedade, vitais para a sua dignidade, segurança e promoção nesse meio, oferece-se matéria idônea para o trabalho legislativo. Nesse aspecto, o conceito do bem jurídico, corresponde a uma viragem no sentido da positivação, normatização e subjectivização sistémico-social do objeto da inflação.

3.1. Bem Jurídico-Penal: Conceito e Surgimento

Inicialmente gostaríamos de fazer algumas considerações acerca da “idéia de bem”, para posteriormente nos lançarmos na tarefa, não menos complexa, de proceder à análise do bem propriamente jurídico. Conceito amplo e de múltiplos significados, trazemos aqui apenas algumas acepções do que seja o bem.

Em geral, tudo que possui valor, preço, dignidade, a qualquer título. Na verdade bem é a palavra tradicional para indicar o que, na linguagem moderna, se chama valor. Um bem é um livro, um cavalo, um alimento, qualquer coisa que se possa vender ou comprar; um bem também é beleza, dignidade ou virtude humana, bem como a ação virtuosa, um comportamento aprovável. A palavra pode ainda num significado mais específico, num recorte, se referir à moralidade, isto é, dos mores, da conduta, dos comportamentos humanos intersubjetivos, designando, assim, o valor específico de tais comportamentos.

Do acima exposto se percebe que não há uma superposição do conceito de bem ao de bem jurídico, pois este se constitui num plano próprio e delimitado. O Direito Penal não procederá à proteção de bens de forma indistinta e aleatória, ou tão pouco procederá à proteção de todos os bens existentes. Ao contrário ficará adstrito à proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais gravosos que estes estejam suscetíveis de sofrer.

É imperioso que haja uma seleção criteriosa de bens, com vistas a estabelecer quais os bens e valores que serão alçados à categoria de bem jurídico-penal, devendo ser tutelados penalmente apenas bens jurídicos fundamentais.

Portanto, o ponto de partida para examinar o tipo ou o delito, não poderá prescindir da necessária perquirição acerca do bem jurídico. O alicerce para a determinação de uma ação como típica, se assenta na relação de necessidade de lesão ao bem jurídico. Inexistem tipos penais, pois delitos dissociados de bens jurídicos.

Embora a dogmática jurídica, via de regra, considere a finalidade protetiva do tipo como o aspecto preponderante, dessa forma alocando o bem jurídico na condição de pressuposto do tipo, como objeto de proteção, Juarez Tavares⁴ assevera que em verdade não é possível considerar como pressuposto do tipo a proteção de bem jurídico, porque tal proteção não possuiria conteúdo real. Isso porque não se pode aquilatar se a simples formulação típica de uma conduta como penalmente proibida, ou seja, a inserção de um bem jurídico na esfera penal proteja de fato o bem jurídico. Essa menção protetiva ao bem jurídico estaria circunscrita ao âmbito apenas formal, servindo de mera referência. Continua o autor, afirmando que se considerarmos a proteção ao bem jurídico como pressuposto do tipo estaremos ancorados numa concepção meramente sistêmica, em que o tipo se constituiria num instrumento de manutenção e reprodução da norma, olvidando-se a sua dimensão de garantia.

Ao pensarmos a norma penal desatrelada de um viés autoritário, meramente imperativo, mas somente como um instrumento de garantia individual, ela poderá ser percebida na sua dimensão democrática, rompendo com a idéia do tipo como tendo a função última de proteger o bem jurídico.

A teorização acerca do conceito de bem jurídico sofreu um incremento a partir da primeira metade do século XIX, momento em que se iniciam as refutações da concepção clássica (de matriz iluminista), que vigorava anteriormente, do crime como sendo uma ofensa a um direito subjetivo, passando a ser concebido como uma ofensa a bens. Essa modificação conceitual inicia-se em consonância com os ditames do movimento Iluminista, em que a questão punitiva despoja-se de conotações ético-religiosas, assentando-se o delito na violação do Contrato Social e tendo a pena um sentido preventivo.

⁴ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2ªed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002,

Feuerbach foi o primeiro estudioso a encarar o Direito Penal como proteção a direito subjetivo, subordinado assim a um princípio material – a preservação da liberdade individual. Feuerbach esboçava um avanço, pois era uma forma de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal, uma vez que o delito deixa de ser visto como uma lesão de um dever para com o Estado. Buscava fundamentar o Direito Penal, mas acaba colaborando para sua limitação. Feuerbach é tido como o precursor dos Direitos Humanos.

Birnbaum é considerado o responsável pela elaboração do conceito de bem jurídico penal que rompe com essa visão iluminista, alicerçada na idéia de Feuerbach. Diferentemente de Feuerbach, Birnbaum passa a considerar o delito como sendo uma lesão direito subjetivo, mas a bens jurídicos.

Binding, um dos expoentes de uma concepção positivista do bem jurídico, o considera um pressuposto formal da norma incriminadora, consistindo o delito na lesão a um direito subjetivo do Estado. Estabelece uma relação entre as normas e os bens jurídicos, uma vez que as agressões aos direitos subjetivos somente se produziriam mediante a agressão aos bens jurídicos e seria inconcebível sem estes. Tem-se uma identidade entre o bem jurídico, o sentido e os fins da norma penal. O bem jurídico é concebido como um estado valorado pelo Legislador, sendo a decisão estatal (legislativa) de proteger determinado “valor” um dado de suma importância. O importante não seria o valor do bem jurídico penal, mas a escolha pelo legislador. A norma seria a criadora do bem jurídico.

Franz von Liszt, também vinculado à tradição positivista, considera o bem jurídico como o ponto central da teoria do delito e como sendo o interesse juridicamente protegido, mas independente – para a sua existência enquanto bem – da vontade do Legislador. O interesse do qual se origina o bem jurídico é anterior à norma, se situa num momento precedente, sendo esperado que a norma o abarque devido a sua essencialidade dentre os interesses humanos. O bem jurídico existe enquanto fenômeno, independentemente e desvinculado da norma penal, sendo uma criação da experiência humana e de suma relevância para o indivíduo enquanto singularidade e para a coletividade. O direito Penal não visa a proteção do bem jurídico, mas sim a garantia do funcionamento da sociedade. O seu caráter positivista fica por conta da falta de critérios que possibilitem a crítica ou a limitação da escolha de um determinado bem pelo Legislador como objeto de tutela, ficando assim, malgrado a afirmação de anterioridade do bem à criação da norma, tida por justificada qualquer escolha feita pelo Legislador.

No início do século XX, surge a concepção neokantista do bem jurídico, resultado de uma leitura renovada da obra de Immanuel Kant. Percebe-se a substituição da noção de indivíduo (sujeito) pela noção de totalidade, que embora apresentada como fundada em um suposto juízo neutro e normativo puro é impregnada de um inegável traço autoritário. Ocorre a superação da noção material de bem pela noção de valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, expresso nas proibições da norma.

A descrição legal (denotativa de um complexo cultural) expressa um valor ao qual é agora equiparada a noção de bem jurídico. O bem jurídico é derivado da própria elaboração e da finalidade da norma. Essa concepção vincula bem jurídico, norma de cultura e norma jurídica. É nesse sentido a obra de Mezger, em especial seu Tratado de Direito Penal.

A tradição neokantista daria, contudo, frutos bem diversos. Max Ernst Mayer veria na relação entre bem jurídico, valor e cultura o delineamento de um substrato pré-jurídico dos processos legislativos, a apontar para o esboço de um caráter ontológico da noção de bem jurídico, ao contrário do esvaziamento que lhe imprimiu Mezger, verdadeiro pensador neopositivista.

Welzel, dentro de uma visão ontológica, trabalha com valores éticosociais. O nascedouro das determinações ou proibições jurídicas repousaria sobre uma perquirição da formação da consciência ética individual, emanada de deveres incondicionais transcendentais, ao estilo kantiano do imperativo categórico. O indivíduo busca, porém, dar sentido a tais imperativos, incorporados à consciência humana de cada um como um verdadeiro projeto sensível, modelo de ação, ou seja, à medida que tais comandos são sentidos pelo indivíduo como determinações e esquematizados em modelos de ação, servirão de parâmetro para suas condutas.

Welzel considera que há um liame subjetivo entre o dever e a pessoa, uma vez que o respeito à norma dependerá do imperativo ético e da disposição individual para obedecê-lo. O imperativo categórico é o fundamento da ação e orienta um projeto social de proteção dos pressupostos elementares de sua existência, tratados como valores ético-sociais. Welzel, com sua formulação, relega o bem jurídico a um segundo plano.

3.2. Apontamentos relativos ao Funcionalismo do Direito Penal

Um grupo de autores a exemplo de Muñoz Conde parte do pressuposto de que a norma penal é um instrumento de controle social que deverá servir para garantir a reprodução e estabilidade do sistema. Consideram seus adeptos que existem alguns pressupostos

existenciais que de acordo com a sua utilidade se fazem necessários para a manutenção do sistema, por não se poder prescindir de certas necessidades humanas de realização pessoal para que se atinja o escopo colimado de manutenção do sistema.

Um segundo grupo de concepções, ao qual se filia o pensamento de Jakobs, partindo do pressuposto de que as normas penais devem assegurar uma expectativa de conduta adequada, o bem jurídico passa a se identificar e aproximar do sentido de validade fática da norma. Para ele, não existe um limite absolutamente válido entre o comportamento imoral e a lesão de bens jurídicos.

O terceiro grupo, possuindo Roxin, como um de seus representantes, pretende inicialmente revigorar a noção de bem jurídico. Partindo de um arcabouço constitucional como sendo capaz de restringir o poder punitivo do Estado, conclui que o bem jurídico, compatível com seu caráter funcionalista, deve ter como finalidade a manutenção do sistema. Juarez Tavares alinha tais grupos de concepções e os denomina respectivamente: modelo funcional estrutural, modelo funcional próprio e modelo funcional impróprio.

Vale frisar, que alguns membros da vertente funcionalista consideram o bem jurídico algo de somenos importância, considerando que a finalidade do direito e da norma penal, em última ratio, é pugnar pela estabilidade do sistema, não sendo necessária a noção de bem jurídico, uma vez que esta busca da estabilidade do sistema justificaria qualquer conteúdo normativo, abrindo um leque variado de possíveis arbitrariedades.

Na prática, a elaboração de crimes desrespeita a noção de bem jurídico, surgindo leis motivadas por influências diversas, mas não se pode abandonar tal conceito, e sim buscá-lo. Tal conceito é de fundamental importância para a limitação do poder de punir do Estado.

3.3. Os Princípios Limitadores da Criminalização

3.3.1. Princípio da Fragmentaridade

A história do direito penal desenvolve-se em torno da constante dialética sobre o papel que lhe cabe no corpus iuris duma sociedade. E, por isso, passa por um processo de questionamentos pelo qual se busca precisar o objeto de sua tutela que, como dito antes, não está referenciado a uma fórmula fechada e acabada. Antes, estará sujeito às variáveis identificadas na comunidade e em determinado tempo. Sua (re)definição estará, assim, irremediavelmente vinculada ao ethos social e ao *chronos*.

É óbvio que o direito penal de uma sociedade com vincado cariz pluralista elegerá somente aqueles valores mais representativos para a manutenção da conformação social ao estado de pax publica. Para tanto, evitará imiscuir-se em determinadas zonas nas quais inexistente o consenso ético-social a exigir sua intervenção. Sob pena de criar paradigmas de comportamento que desprezam, ao menos ao nível ontológico, a esfera de desenvolvimento da pessoa humana, já para não se falar, ao nível das concepções do Estado de direito material, de um inegável conflito com os princípios fundamentais da igualdade e da universalidade, que regem os direitos e liberdades individuais. Assim, v.g., o direito penal não poderá proteger os dogmas da igreja católica em detrimento das outras orientações religiosas, muito embora a sociedade brasileira seja formada, em sua maioria, por pessoas que professam aquela fé. Mas, já será legítima a intervenção para proteger a liberdade de crença religiosa, assegurando a todos a autodeterminação no âmbito da fé religiosa.

Do que ficou dito, resta-nos a noção de que a ordem jurídico-penal não abarcará proteção à generalidade dos interesses sociais e bens jurídicos: ao contrário, alcançará somente aqueles mais significativos para a sociedade. Numa palavra, o direito penal revela-se, necessariamente, como uma ordem jurídica fragmentária.

3.3.2. Princípio da Subsidiariedade

O direito penal é, a todas as luzes, o meio de controle dos conflitos sociais mais gravoso do ordenamento jurídico. Já nos alvares da teoria do bem jurídico, von Liszt⁵ entendia que "A política social atua, como meio de combate ao crime, de um modo incomparavelmente mais profundo e mais seguro do que a pena ou qualquer outra medida que com ela se assemelha (...), desta forma deixando implícito que há outros meios para o controle dos desvios sociais mais eficazes que o direito penal, ao qual se recorrerá quando necessária a aplicação de pena para garantir a ordem pública. Daqui extraíndo-se seu cariz subsidiário em relação aos demais aparelhamentos do ordenamento social e jurídico.

O Subsidiariedade tem como função, fundamental, orientar e limitar o poder incriminador do Estado. A criminalização, então, só se legitima se for necessária à proteção de um determinado bem jurídico.

As medidas penais não devem ser adotadas, quando forem suficientes apenas, medidas civis ou administrativas para restabelecer a ordem jurídica que foi violada. Então, o

⁵ LISTZ, Franz Von. Tratado de Direito Penal. Campinas: Russell. 2003.

Direito Penal deve ser a ultima ratio, devendo atuar apenas quando todos os outros ramos do direito forem incapazes de propiciar a devida tutela aos bens relevantes a sociedade ou ao indivíduo. Desta forma, o Direito Penal assume de acordo com este princípio, uma feição subsidiária.

Maurach⁶ estava de acordo com a idéia de que o Direito Penal deveria ser a ultima ratio e declarava o seguinte a esse respeito: "na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a ultima ratio legis, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica".

De acordo com Muñoz Conde⁷, a intervenção do direito penal se justifica quando: "fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito". Para Roxim este princípio existe porque radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social.

O princípio da intervenção mínima se consagrou no Iluminismo, a partir da Revolução Francesa. No entanto, isto não impediu que no século seguinte (XIX), houvesse um grande aumento no número de normas penais incriminadoras, atingindo uma proporção tal, que alarmou penalistas dos mais diferentes meios.

Os legisladores contemporâneos, em geral, têm exagerado na criminalização, bem como na penalização, o que contraria o princípio da intervenção mínima. Tal postura traz dentre uma série de conseqüências, um descrédito por parte da sociedade, tanto para o Direito Penal compreendido como um todo, quanto para as sanções nele presentes.

Ao analisar a moderna criminalidade, dentro do Direito Penal Funcional, Hassemer⁸ se manifesta da seguinte forma: "nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da ultima ratio do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como sola ratio ou prima ratio na solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas".

⁶ MAURACH, Reinhard. Tratado de Direito Penal, tradução de Córdoba Roda, Barcelona, ed. Ariel, 1962

⁷ MUÑOZ CONDE apud TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁸ HASSEMER apud PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

Portanto, apresentando-se como a ultima ratio do ordenamento jurídico, o direito penal passará sempre pela (re)definição de sua necessidade para o controle dos desvios sociais. Na formulação da dogmática penal alemã, absorvida pela escola de direito penal de Coimbra, representada por Costa Andrade e Figueiredo Dias, as opções de política criminal de criminalização e de descriminalização passarão pelo equacionamento de identificação da dignidade penal do bem jurídico e da carência de tutela penal. Assim, não se contestará que a dureza do direito penal não será desproporcional, v.g., para a proteção do bem jurídico vida (detentor de dignidade penal), proibindo-se o homicídio e impondo-se a ameaça de pena restritiva de liberdade, como remédio mais forte e necessário à prevenção (revelando existir carência de tutela penal). Já não estará livre de dúvidas a afirmação de validade do direito penal para reagir contra o adultério, a despeito da Constituição assegurar a proteção à família, especialmente por se saber que hoje se recorre ao direito civil ou mesmo a meios de conciliação para a solução do problema.

3.3.3. Princípio da Lesividade

O crime é uma conduta que só tem razão de ser quando esta conduta lesa ou expõe a lesão um bem jurídico tutelado pelo Direito. Uma conduta pode ser imoral e escandalosa, mas se não tutelar um bem jurídico penal não será crime. Então se conclui que: Não se pode punir uma mera atitude interna, nem ultrapassar a pena do próprio autor, meros estados ou condições especiais não podem ser crimes, não se pode punir condutas que lesem ou condicionem bens jurídicos e a lei não pode presumir perigo ao bem jurídico, este tem que ser real.

Kant defende a idéia de que a liberdade de um indivíduo se encerra quando começa a do outro. Sendo assim, o Estado não permite que um indivíduo imponha as suas vontades ao outro. Por isso, o Direito foi criado com o escopo de proteger o indivíduo, sua liberdade, sua dignidade e o seu patrimônio, enfim os seus bens jurídicos.

E quando isso não ocorre, o Direito Penal já tendo previsto determinadas condutas como ilícitas aplica-as respectivas penas aos indivíduos que lesaram algum bem jurídico tutelado por este ramo do Direito.

A mesma opinião é compartilhada por Prado⁹ quando afirma que

⁹ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

“[...] não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão (princípio da Lesividade e da Ofensividade) a um bem jurídico determinado. Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana”.

O bem jurídico que foi lesionado ou sofreu ameaça de lesão pelo autor do crime passa a ser o objeto jurídico do crime. Uma vez que esta lesão ou a sua ameaça legitima a atuação do Direito Penal, pois adequa a conduta do agente a um tipo criminal previsto no Código Penal Brasileiro.

No Direito Penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime.

3.3.4. Princípio da Insignificância

A doutrina e a jurisprudência reconhecem a aplicabilidade do princípio da insignificância jurídica no direito penal em algumas condutas que, embora tipificadas como crimes, devem ser excluídas da incidência da norma penal, por não ferirem ou não atingirem em grande monta o bem jurídico tutelado pelo direito penal. Por exemplo: deve-se excluir a tipicidade incidente sobre a mãe que furta um pacote de biscoito para alimentar um filho faminto, pois, o bem jurídico tutelado pela norma penal (patrimônio) não é atingido ou não é lesado de forma relevante pela ação da agente.

Ademais, não é razoável e, muito menos, proporcional movimentar o aparato administrativo e judicial para ultimar uma persecução criminal para penalizar uma conduta que não configura uma mácula relevante ao patrimônio da vítima da conduta tipificada pelo direito penal.

Neste sentido, vale citar a lição de João Mestieri¹⁰: “A ausência de tipicidade pela insignificância do suporte fático (crime de bagatela) é a hipótese mais interessante. Sendo certo que a sanção penal deva ser usada apenas quando a rebeldia individual contra o mandamento normativo geral não possa ser obviada de outro modo (princípio da intervenção mínima), é necessário entender-se que não será qualquer violação formal do tipo que deva ensejar o reconhecimento da tipicidade.

¹⁰ Mestieri, João. Manual de direito penal. volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 138

Francisco de Assis Toledo¹¹ elucida que o princípio da insignificância penal emerge porque “o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas”. Não se deve perder de vista, portanto, que as normas penais não incidem sobre todas e quaisquer condutas supostamente típicas. No exemplo, portanto, da mãe que furta um bem que representa financeiramente uma bagatela ou ninharia, não devem restar dúvidas de que o bem jurídico tutelado (patrimônio) não é lesado de forma relevante pela conduta da agente. Destarte, a mãe não pode ser penalizada, pois, na esteira do princípio da insignificância sua conduta não se subsume ao tipo legal.

A importância do princípio da insignificância jurídico no direito penal foi salientada por Maurício Antônio Ribeiro Lopes¹²: “o princípio da insignificância, assim, vem à luz em decorrência de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, a ser preenchido, doravante, não apenas por aspectos formais, mas também, e essencialmente, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente”.

O mesmo autor ressaltou a procedência do princípio da insignificância, aduzindo que “só haverá de se falar em preservação do princípio da proporcionalidade da sanção penal, correspondendo a gravidade da sanção à gravidade do delito, se, para as infrações desprovidas de conteúdo lesivo, houver a possibilidade de se afastar a incidência da pena”.

Em síntese, o princípio da insignificância penal deve ser observado sempre, em todos os crimes tipificados no Código Penal ou na legislação especial, pois, não se deve punir o agente que não lesa de forma relevante o objeto jurídico tutelado pelo direito penal.

3.4. Constituição como limite do Direito Penal

A passagem do Estado absolutista para o Estado moderno de direito, representou significativo marco não só para a sua organização e administração, mas também para o direito penal. O Estado como um todo, nas suas mais variadas extensões funcionais, enfim, o organismo estatal, passou a submeter-se à égide da lei. Não só os cidadãos a ela estão submetidos, mas também o próprio Estado, estabelencendo um jogo de confiança e de segurança de relação mútua. E o direito penal também faz as partes envolvidas interagirem nesse jogo, assumindo o Estado o papel protetivo através da *persecutio criminis* (fazendo

¹¹ Toledo, Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 133

¹² Ribeiro Lopes, Maurício Antônio. Princípio da Insignificância no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1997, p.

valer as normas), enquanto que aos cidadãos cabe o respeito aos bens nele protegidos, submetendo-se às proibições.

Da idéia que se deve buscar o bem jurídico penal na sociedade, começaram a surgir teorias segundo as quais é a Constituição que reflete os referidos bens, pois sendo a Constituição o documento que alberga os valores mais caros para uma dada sociedade, é nela que o legislador deverá se pautar quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal. Enquanto a Constituição busca os bens jurídicos penais na sociedade, o legislador os retira da Constituição.

Os referenciais da Lei Fundamental para a (re)definição do direito penal vão, como visto, muito para além dos direitos expressamente nela contidos. A nós nos parece, acompanhando a lição de Figueiredo Dias, que o legislador penal deverá gizar-se pelos elementos axiológicos e ontológicos plasmados na Lei Fundamental que, afinal, representam uma determinada realidade social. De forma que haja uma relação de congruência entre os ordenamentos jurídico-penal e jurídico-constitucional.

Uma tal situação implicará reconhecer que o direito penal evitará algumas intervenções que não condizem com a estrutura de sociedade pluralista, de índole democrática e, por isso mesmo, mais tolerante e com suas liberdades potencializadas. Omitir-se-á de curar daqueles fenômenos referidos à moral, a ideologias políticas e religiosas e do âmbito pessoal estritamente interno. A atuação penal será exigida ali, naquelas zonas, onde os conflitos sociais não podem ser resolvidos por aparelhos do sistema jurídico menos gravosos e, pois, inaptos para a preservação da pax publica. Ao responder à pergunta sobre o que pode o legislador penal proibir, Roxin¹³ pondera sobre a necessidade de verificar o campo de atuação atribuído ao Estado e afirma que "Hoje, como todo poder estatal procede do povo, já não se pode ver sua função [do direito penal] na realização de fins divinos ou transcendentais de qualquer outro tipo". E à guisa de remate de seu raciocínio, refere que a função do direito penal "(...) limita-se antes a criar e assegurar a um grupo reunido no Estado, exterior e interiormente, as condições de uma existência que satisfaça suas necessidades vitais". É em razão disso que, numa análise mais aturada, o direito penal terá a função de promover a esfera de desenvolvimento pessoal – de todas as pessoas, de forma a preservar uma estrutura minimamente harmoniosa de sociedade – protegendo, v.g., a honra, a vida, a liberdade física e a propriedade.

¹³ ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

3.4.1. Constituição como limite negativo

A estruturação do Estado de direito tem sua gênese na Constituição, que será pois, o elemento orientador de todas aquelas relações conformes à legalidade. À norma Fundamental também vem aderir o direito penal, estabelecendo com ela uma ligação estreita, quase que indissociável. Afinal, as leis penais, como, aliás, todo ordenamento legal, não pode a ela se contrapor. Por via de consequência, o conteúdo do direito penal, as regras punitivas, as proibições, o objeto do crime, enfim, os bens jurídicos sujeitos à proteção mantêm-se atrelados às linhas gerais traçadas pela Constituição.

Janaína Conceição Paschoal assevera que para os partidários da limitação negativa, o Estado pode tipificar condutas atentatórias a valores que não tenham sido reconhecidos pela Constituição, desde que tal criminalização não fira os valores constitucionais.

3.4.2. Constituição como limite positivo

Numa primeira aproximação para o entendimento e conseqüente solução do problema, Faria Costa¹⁴ frisa que "(...) o ordenamento penal e o ordenamento constitucional são matricialmente duas ordens jurídicas fragmentárias", ou seja, que não têm por escopo proteger todos os bens. De uma constelação de valores e interesses humanos, a Constituição ocupa-se daqueles essenciais, de modo a garantir uma existência digna do cidadão. E a partir desse pressuposto, Faria Costa completa seu raciocínio afirmando que "O direito constitucional (a ordem jurídico-constitucional material), constitui no nosso processo de desenvolvimento jurídico-cultural, um referente normativo inarredável para a compreensão e delimitação de um qualquer outro direito". Quer com isso dizer que, sendo a constituição uma norma primária, que estabelece uma ordem de valores essenciais para o cidadão, dela formam-se de maneira derivada e nela apegam-se as leis, que regulam sobre esses valores. A Constituição é, assim, um vetor diretivo para a normatização geral. Ela protege de maneira prioritária a dignidade do cidadão, estabelecendo as linhas mestras, ou os princípios em que se apóiam os legisladores.

Estabelecendo a Constituição as bases do ordenamento social, onde estão previstos certos bens, passa oferecer princípios relevantes à proteção de outros bens decorrentes dos primários. Neste sentido, apesar do inegável balizamento da intervenção penal, inexistente coincidência quantitativa dos bens jurídicos garantidos pelas ordenações

¹⁴COSTA, Faria. Direito Penal e Estado-de-direito material, Revista de Direito Penal, nº 31 1982

Constitucional e penal. Esta, apesar de jungida à norma Fundamental, alarga o leque de bens jurídicos, gozando o seu legislador de uma certa liberdade, mas desde que sempre atenta aos princípios constitucionais.

No que toca precipuamente a essa maior amplidão do ordenamento penal e a essa liberdade do legislador ordinário, seria inconstitucional criar uma ordem de bens jurídico-penais de forma a inverter a ordem de valores constitucional. A desobediência a esse princípio, acrescenta a autora, acarretaria uma desconformidade, uma incompatibilidade entre uma ordem de valores estabelecidos pela Constituição e os bens protegidos pelo direito penal. Um exemplo de incompatibilidade: o caso do homicídio não ser punido, ou ser sancionado como um ilícito de mera ordenação social, sendo os crimes contra o patrimônio considerados muito graves.

3.4.3. Suposta Obrigação Constitucional de Criminalização

Para os partidários de tal limitação, para a máxima intervenção estatal ser admitida, não basta que a lei penal não entre em conflito com a Constituição, devendo necessariamente recair sobre condutas que firam valores constitucionais.

A Constituição desenvolve uma função de orientação, na medida em que, possuindo o carácter fragmentário, não prevendo ou protegendo a totalidade de bens e de valores, mas apenas aqueles mais representativos e essenciais aos cidadãos, permite ao legislador ordinário apenas guiar-se dentro de certos limites. Por exemplo, ao elevar à categoria de bem jurídico a dignidade da pessoa humana, permite que o legislador eleja outros bens dela decorrentes, como o da honra. Mas o legislador estaria obrigado a isso?

A maioria dos doutrinadores responde negativamente à indagação, dizendo que mesmo a Constituição elegendo os valores mais fortes ou mais densos (o chamado núcleo duro da normatividade constitucional), não determina essa eleição, inapelavelmente, uma imposição de criminalização para o legislador ordinário, enquanto medida protectora daqueles mesmos valores.

De fato, esse campo de atuação do legislador, que o permite seleccionar bens jurídicos dignos de tutela penal a partir de uma diretriz firmada pela Constituição, estabelece-se com o amparo em outros critérios. Uma correta política criminal, baseada nas investigações realizadas pela criminologia, por exemplo, pode ser decisiva nesta seara.

Não é de todo despiciente o alerta de que estamos a tratar de um modelo de Constituição democrática, que procura alicerçar seus mandamentos nos princípios de

igualdade e de respeito irrestrito ao cidadão, protegendo-o, pois, de qualquer atentado à sua individualidade. Fica o cidadão, assim, a salvo de agressões por motivos de crença, sexo, raça ou de qualquer outro característico que o designe como pertencente aos chamados grupos minoritários. E também por essa razão, as Constituições modernas deixam de imiscuir-se em questões várias, que não dizem respeito às condições de livre desenvolvimento do cidadão. Dessa forma, o Estado não se responsabiliza em estabelecer, v.g., uma doutrina moral, tendo em vista a premissa de respeito à individualidade.

Destarte quando uma Constituição, como a brasileira, lança as bases de proteção à família, não está, na realidade, determinando ao legislador ordinário que criminalize o adultério ou que o mantenha no Código Penal. O legislador deverá averiguar a necessidade de intervenção penal, segundo os reclamos da sociedade ante a possibilidade de dano, medido pela criminologia. No caso sub examen, em que se constata não uma declarada permissividade do adultério, mas um consenso de que ele não gera danos que não possam ser reparados por outros meios, é de se questionar sua criminalização.

Em arremate, frisa-se que a Constituição ao proteger a entidade familiar não prevê uma necessária intervenção penal, tampouco determina a criminalização do adultério. A necessidade de proteção será aferida criteriosamente, com base nos estudos realizados pela criminologia e pela orientação da política criminal.

4. Política Criminal e Direito Penal Mínimo

4.1. Conceito de Política Criminal

A expressão Política Criminal foi durante muito tempo sinônimo de teoria e prática do sistema penal designando, conforme a expressão de Feuerbach¹⁵, “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”. Entretanto, constata-se hoje que a política criminal se desligou tanto do Direito Penal quanto da Criminologia e da Sociologia Criminal e adquiriu um significado autônomo.

É necessário não limitar a política criminal apenas ao direito penal e propõe que seja considerada como a reação, organizada e deliberada, da coletividade contra as atividades delituosas, marginais e anti-sociais, destacando-se sua dupla característica de ciência de observação e de arte, ou de estratégia metódica da reação anticrimina.

A Política Criminal compreende o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal.

Em poucas palavras: a Política Criminal tem, prioritariamente, por objetivo permanente, assegurar a coesão e a sobrevivência do corpo social respondendo à necessidade de segurança das pessoas e dos bens. Já Marcelo Fortes Barbosa¹⁶ afirma que Política Criminal é o controle pragmático externo sobre a Legislação Penal, presentemente, também, sobre a jurisdição do ponto de vista concreto. Além disso, separa dois ramos para essa política, quando estabelece, teoricamente, duas classificações para a Política Criminal, sendo a primeira uma Política Criminal legislativa, e outra, uma Política Criminal jurisprudencial.

4.2. Tendência ao Direito Penal Mínimo

O Brasil necessita de uma Política Criminal de forma a definir, orientar e focar os objetivos que o governo, permanentemente, deverá procurar alcançar, pois não se trata de uma política limitada a uma gestão governamental, mas de uma diretriz, nítida a guiar os futuros dirigentes nacionais.

As dificuldades para traçar uma Política Criminal para o Brasil são gigantescas. Convém, desde já, advertir que inexistente projeto de política criminal brasileira dissociada de

¹⁵FEUERBACH apud PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

¹⁶QUEIROZ, Paulo de Souza. Do Caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um direito penal mínimo, Belo Horizonte, Del Rey, 2ª ed., 2002.

um projeto de política social, porquanto aquela é efeito desta, sendo a política criminal o resultado da política social implementada no país.

As presentes diretrizes de uma Política Criminal enunciam uma série de princípios básicos e propósitos a serem perseguidos, objetivando o aprimoramento da reação ao fenômeno crime, bem como a execução penal no país, em consonância com a Constituição Federal, a legislação pertinente e o Programa Nacional de Direitos Humanos.

Política Criminal, precipuamente, deve verificar-se no campo legislativo e atualmente, insiste, carecemos de uma reforma penal. Assim, uma reforma penal deve enveredar sempre por uma triagem no campo da antijuridicidade material para verificar aqueles relatos que deixaram de ter razão de ser no CP, que resultaram no enfraquecimento do cometimento respectivo, a fim de que ou substitua o relato por outro ou, por anomia completa, resolva extingui-lo. Uma Política Criminal passa por um enfoque quanto à oportunidade dos tipos de que o Estado dispõe, a fim de coibir condutas indesejáveis. Esse enfoque obriga um rastreamento por entre os tipos estabelecidos pelo legislador pátrio e seu confronto com nossa realidade, verificando assim, como salientado, sua oportunidade face à conjuntura. O exame desses tipos poderá indicar alguns que devem desaparecer e outros que devem dar lugar a novos tipos, vale dizer, enquanto algumas condutas tendem a ser expurgadas do regramento penal, outras darão lugar a novas condutas, antes inimagináveis pelo legislador, mas que hoje precisam de regramento, à luz dessa política criminal.

Há vários exemplos num sentido de abolição e no sentido de necessária introdução de normas novas na Legislação Penal, como reclamo da política criminal legislativa. Alguns dispositivos, por anomia total da norma penal já deveriam ter sido erradicados do CP, e outros já deveriam ter sido modificados, por anomia parcial, com outra conformação típica dos dispositivos a fim de que os relatos fiquem revigorados e, conseqüentemente, os respectivos cometimentos possam, novamente, impregnarse de carga punitiva.

O endurecimento penal é fruto de um movimento denominado Lei e Ordem, que advoga maior criminalização e aumento de tempo de encarceramento, influenciando o legislador e também o julgador, numa política à luz dessa corrente. O equívoco desse entendimento ficou patente na própria evolução do Direito Penal no mundo, pois o aumento de pena, juntamente com um maior encarceramento, não diminuem a taxa de criminalidade.

Hoje não há mais dúvida: o que realmente reflete na criminalidade é a certeza da punição. Falamos sobre conjuntura e é inegável que a Política Criminal passe, necessariamente, a sofrer os influxos sociais, a delimitar as condutas eleitas pelo legislador penal, que passará a regrá-las.

Os apelos da atualidade, sabemos todos, impõem enormes frustrações aos povos, principalmente aqueles brindados pelo que se tem de mais avançado em tecnologia, aumentando o hiato entre os capacitados a consumir e os demais, condenados a somente assistir a um consumismo injustificável. Aumenta-se, obrigatoriamente, as áreas de atrito social e o Direito tem como tarefa administrar essa questão.

O mundo moderno coloca o Direito diante da necessidade de restabelecer a segurança e a paz, sem arranhar a justiça, sem violar os direitos fundamentais da humanidade. Poderíamos viver bem melhor, se soubéssemos realizar a conciliação dos valores do indivíduo e da sociedade, no sentido de evitar que a pobreza e a miséria tornem ilusória a igualdade perante a lei. A conciliação de todos os valores do indivíduo e da sociedade, e de todos os fatores instrumentais e finalísticos, é problema de composição de forças que a mecânica não o pode resolver, mas o Direito sim, mercê da organização social e da disciplina jurídica. Fora dessa regulamentação da vida em sociedade, que é o Direito, não há segurança nem justiça.

Frente a essa realidade, exige-se o exame dos mecanismos de regramento sociais, a fim de se estabelecer o momento no qual pode se invocar o Direito Penal; assim, reserva-se a resposta penal para os casos nos quais as respostas advindas de outros mecanismos de controle sociais falharem, vale dizer, somente após falharem todas as outras formas de regramento para a sociedade, é que se autoriza o chamamento do Direito Penal, restringindo-o ao essencialmente necessário. Esse é o chamado mecanismo do Direito Penal mínimo, ou da mínima intervenção, o qual deve, a nosso ver, assoalhar uma Política Criminal para nosso país.

Sendo ‘fenômeno de massa’, a criminalidade, no melhor conceito criminológico, não pode ser vista apenas sob a ótica jurídica e muito menos ser enfrentada com possíveis agravamentos das sanções penais ou simples introdução de novos tipos e conseqüentes preceitos sancionadores.

A moderna concepção da ‘intervenção mínima’ do direito penal repele essas soluções, que, sabe-se, não terá força alguma no reduzir a criminalidade.

Nesse raciocínio, à luz desse Direito Penal mínimo é que se deve admitir a análise conjuntural, e verificar se pretendemos somente criar novos tipos penais, objetivando, exclusivamente, intimidar, ou buscamos, também pelo Direito Penal, uma melhor convivência de nossos compatriotas.

O aumento da criminalidade violenta, que é um fato constante numa sociedade que se caracteriza pela urbanização desenfreada, pelo abandono do campo em prol das cidades, pela impessoalidade das relações da cidade grande, faz com que outros tipos penais sejam necessários para uma boa política criminal legislativa. Em suma, a política criminal legislativa visa à efetividade da norma penal, que conjugada com a sua legitimidade lhe garante a eficácia.

À política criminal cumpre indicar os meios adequados para consecução de determinados objetivos no seu campo específico de pesquisa. À Política cumpre recolher essas sugestões, como tantas outras fornecidas por disciplinas consagradas ao estudo de fenômenos de diversa ordem – educação, higiene, assistência médica, etc. – e decidir da oportunidade de sua aplicação.

Nos objetivos da Política Criminal nacional devem estar a redução dos níveis de criminalidade o quanto possível, juntamente com a garantia dos cidadãos.

4.3. Medidas Minimalizantes

Exata adequação da utilização da pena privativa de liberdade, nos moldes de utilização mínima, à luz de um Direito Penal mínimo também, servindo a cadeia somente para aqueles que revelem periculosidade. Isto porque a pena de prisão, como sabemos, não recupera, mas, ao contrário, aniquila o homem e jamais o reintegra. Assim, trata-se de medida abominável, contudo indispensável para alguns. Maior abrangência das penas alternativas é absolutamente necessária.

Um programa que possibilite a descriminalização, a despenalização e a desjudicialização. Vale dizer, um esforço para que o legislador possa afastar, do elenco de tipos, condutas que, pela conjuntura, mereçam afastar-se do campo penal; afastar de algumas condutas sobre as quais a lei penal ainda prevê a pena severa, bem como afastar da apreciação do judiciário o que pode ser distanciado desse crivo, porquanto aliviar-se-ia o sistema, desobstruindo-o para concentrar-se nos problemas realmente graves que são levadas à apreciação de nossa Justiça.

A descriminalização não significa falta de tutela ao bem jurídico, mas reconhecer que tais bens não são mais dignos de proteção penal.

Transportar à comunidade, o quanto possível, transferindo do Estado para a sociedade a função de controle sobre as condutas consideradas nocivas leves. Ampliar o alcance das composições civis nas lides penais, bem como a aplicação das penas alternativas, como mecanismo de resposta penal ressocializador. Face aos efeitos maléficos do cárcere, a aplicação de penas alternativas à prisão é uma exigência humana, pois no dizer do Prof. Damásio de Jesus, existem pessoas que delinqüiram e precisam ser presas, face ao risco que representam à sociedade, pois são pessoas perigosas, todavia, existem aquelas que, apesar dos delitos que cometeram, não podem ser presas, pois a prisão lhes fará mais mal, a elas e à sociedade ao final, do que o mal do delito cometido.

Assim, o objetivo da recuperação com a aplicação das penas alternativas pode tornar-se realidade.

Focando o direito penal mínimo, impõe-se a criminalização dos comportamentos que importem dano ou ameaça, aos fundamentais interesses das maiorias, tais como: a criminalidade ecológica, a econômica, as violações à qualidade de vida, as infrações à saúde pública, à segurança e higiene no trabalho, e outras do mesmo gênero.

Comprometer, de alguma forma a ser estudada, o aparelho da mídia nacional, a difundir os objetivos da certeza da punição, com intensa observação aos direitos humanos e às garantias individuais, sem dispensar as garantias processuais. A vasta propaganda deve desestimular a prática do delito, fazendo papel inverso daquele que hoje observa-se. Esta proposta deve compreender uma verdadeira campanha permanente de esclarecimento à população sobre a lei penal, seus reflexos e as conseqüências reais a aqueles que a transgridem. Enfim, há que se reimplantar o respeito à lei e o temor à pena, que não precisa ser privativa de liberdade, porém certa; que não precisa ser exacerbada, porém inexorável a desestimular, principalmente, os jovens que pretendem delinqüir. Para tanto a mídia tem um papel fundamental.

O profissional do direito tem hoje dificuldade em saber quais leis estão vigentes, o que não dizer do cidadão que tem enorme dificuldade em conhecer as leis. Daí porque deve passar, pelo projeto de Política Criminal, a preocupação com que os brasileiros conheçam suas leis e, para tal, uma medida sugerida poderia ser a Consolidação das Leis Penais, pois mais uma vez, a quantidade de leis criminais fora do código penal é tão grande, senão maior

do que os dispositivos codificados. Já tivemos em nossa história um momento em que a consolidação mostrou-se útil, creio que estamos diante de uma nova necessidade de consolidar todos os regramentos criminais.

A manutenção da maioridade penal aos 18 anos, porquanto, face ao sistema prisional que temos, de nada adiantará rebaixar esse patamar etário de responsabilidade penal. Na verdade, penso que o ideal seria o critério psico-etário, a verificar quando o agente tem compreensão de sua conduta para responsabilizá-lo criminalmente.

Todas as formas de prevenção do delito devem ser consideradas e campanhas de prevenção têm que estar num projeto que trace a Política Criminal nacional, esclarecendo a opinião pública de que o delito ocorrido, mesmo que prevenido, será punido, de forma a demonstrar que a impunidade está afastada, investindo-se na certeza da punição.

Conclusão

A concretização de um direito penal ajustado segundo seu tempo e sociedade, passa, antes de tudo, pela definição da atividade estatal. Ao longo de uma trajetória histórica, dá-se a constante evolução do jogo político. O Estado vai assumindo novos papéis impostos pelas exigências sociais. As modernas sociedades, assimilam as diferenças sem prejuízos. Tornam-se cada vez mais complacentes em relação a condutas antes vistas como prejudiciais. Isso dá o contorno e as dimensões do crime.

O direito penal deve estar intimamente conexionado com outras ciências humanas. A criminologia, em especial, traduz as dimensões da fenomenologia do crime, revelando as áreas de consenso e de maior conflituidade. Nesse passo, é ela importante auxiliar do direito penal. Informa as novas exigências sociais, detecta seus valores mais pungentes, mais significativos, bem como aqueles que já não figuram no rol de prioridades.

Com o acesso constante a esses dados, pode-se determinar a política criminal mais adequada a um determinado tempo. Política criminal inclinada para os valores mais representativos da comunidade, que dita, antes de tudo, a retirada da intervenção penal das áreas relativas a moral. A política criminal deve encontrar outros meios mais eficazes e menos gravosos para corrigir os desvios prejudiciais à comunidade. Assim, quando a sanção não se apresentar, na ordem de subsidiariedade, como medida idônea e adequada, a descriminalização deverá impor-se.

A importância do direito penal revela-se pelo seu papel de último remédio da comunidade politicamente organizada. Está ele destinado a combater não as condutas comezinhas e de pouca gravidade, mas sim aquelas consideradas intoleráveis pela sociedade. Os atos mais danosos, que realmente causem prejuízos a valores representativos.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BETIOL, Giuseppe. O Problema Penal. Campinas: LZM. 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COSTA, Gisela França. O Mito da Ressocialização da Pena. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro. 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão-Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002.
- LISTZ, Franz Von. Tratado de Direito Penal. Campinas: Russell. 2003.
- PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5ª ed., 11ªtir., São Paulo: Saraiva, 2002.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1967.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir - História da Violência nas Prisões. Trad. de Lígia M. Pondé. Petrópolis, Vozes, 1996, 13ª ed.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Do Caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um direito penal mínimo, Belo Horizonte, Del Rey, 2ª ed., 2002.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo, São Paulo, RT, 2003.
- LEAL, João José. Curso de Direito Penal. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor & Editora da FURB. 1991
- MAURACH, Reinhard. Tratado de Direito Penal, tradução de Córdoba Roda, Barcelona, ed. Ariel, 1962

MESTIERI, João. Manual de direito penal. volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOLEDO, Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2002.

COSTA, Faria. Direito Penal e Estado-de-direito material, Revista de Direito Penal, nº 31 1982.