

DIREITO PENAL MÍNIMO: EFICÁCIA E APLICABILIDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL

***RENATO LOPES COSTA**

Advogado e professor de Processo Penal e Direito Penal da Fundação Presidente Antônio Carlos/ Unipac.

****JOSE FRANCISCO DE OLIVEIRA**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce,
Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce
Especialista em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce.
Atualmente é Advogado Autônomo e Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga.
Tem experiência na área de Direito.

*****IRENE ANGÈLICA FRANCO E SILVA GUIMARÃES**

Graduada em Direito pela FACULDADE DE DIREITO DO VALE DO RIO DOCE e mestrado em Direito pela UNIVERSIDADE GAMA FILHO. Atualmente é DELEGADA REGIONAL DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS (MG) e professora da Faculdade de Direito de Ipatinga.

******ÁDAN LÚCIO GONÇALVES PEREIRA PENHA**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

A antiguidade conheceu o poder punitivo do Estado e privação da liberdade através do Direito Penal. O cerceamento de direitos básicos da pessoa humana em prol de uma minoria burguesa marcou o início da era “Estado X Delinquente”. Com a evolução dos tempos o homem passou a perceber as atrocidades em que era submetido, criando uma visão crítica do modelo punitivo implantado. Era o século das luzes. A crítica se sustentava nas penas desproporcionais que eram aplicadas aos infratores da lei. Os defensores de um novo modelo de política criminal buscavam a flexibilização das penas e proporcionalidade com o ato praticado, de modo que esta não fosse utilizada como instrumento de dominação dos mais fracos pelos mais fortes. Desse movimento resultou o chamado “Direito Penal Mínimo” ou “Direito Penal do Equilíbrio”. Tal movimento busca a adequação do sistema punitivo aos anseios da sociedade, levando-se em consideração que está em constante processo evolutivo, de forma que se os costumes de seus mudam, tal mudança também deve refletir na esfera penal, pois a lei foi feita para servir ao homem e não este para servir aquela. Como consequência desse movimento, surgiram as penas alternativas e passou-se a analisar os crimes praticados sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal do Estado.

Palavras-chave: Pena. Direitos e garantias fundamentais. Relevância da conduta. Penas alternativas.

1 INTRODUÇÃO

Quando falamos em direito penal, a primeira coisa que imaginamos é a violência. Contudo, o entendimento majoritário é o de que a prática de crimes é um fenômeno social normal, que também cumpre a função de auxiliar no processo evolutivo das sociedades (DURKHEIM, 1978, p. 83). O homem tende a evoluir a partir da observação de seus atos e dos resultados que estes produzem. O Direito Penal surgiria então com o único objetivo de tornar possível a convivência humana em sociedade, sempre observando rigorosos princípios de justiça.

Frederico Marques explica que “para dar uma noção precisa do Direito Penal, é indispensável que nele se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam, inclusive as que derivam dessa sistematização ordenadora do delito e da pena”. A doutrina brasileira entende que a função precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, selecionando os comportamentos juridicamente relevantes de lesão típica de um bem jurídico. Além disso, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal não devem interessar somente ao indivíduo, mas a toda coletividade. Assim, diferentemente da ciência normativa, que busca o estudo da norma, a ciência do Direito Penal deve se ater ao estudo do “dever-ser”, assumindo uma função criadora, preocupando-se não só com a norma, mas também com as causas do fenômeno criminal.

No entanto, nossa legislação penal e processual penal há muito tempo vem demonstrando estar desatualizada frente às novas concepções do Direito Penal moderno, necessitando urgentemente de uma ampla revisão, que possa trazê-la ao verdadeiro sentido do Direito Penal, qual seja promover a proteção dos bens mais importantes para nossa sociedade.

A cada dia que se passa o Direito Penal, não somente brasileiro, mas de todo o mundo, vem perdendo o seu foco. O “Estado Penal” vem ocupando cada vez mais espaço em nossa sociedade. Os atuais meios de comunicação social sempre estão a divulgar informações ligadas à criminalidade, e estas vêm sendo de tamanha ignorância, que na maioria das vezes o criminoso já é “condenado” pelo jornalista,

escritor, interlocutor etc., antes mesmo de o processo criminal ter se iniciado. Todos se consideram especialistas no tema e sugerem soluções ligadas à aplicação de penas mais rigorosas do que as já existentes.

Durante a transição do século XX para o século XXI, a nova política criminal mais se aproximou à idéia de aplicação de um Direito Penal Máximo, sob o enfoque de defender os bens jurídicos tutelados, independentemente do seu real valor perante a sociedade.

Muitos afirmam que o Direito Penal é o ramo do direito solucionador dos problemas sociais, desde que aplicado com o maior rigor possível, sempre visando “pressionar” aqueles que provavelmente poderiam vir a praticar determinada infração penal.

Esta pesquisa tem por objetivo a análise da idéia de aplicação de um Direito Penal Mínimo, mais condizente com a atual realidade do Estado brasileiro. A pesquisa pretende verificar a eficácia e a possibilidade de aplicação de um minimalismo penal. E mais, apontar se tal corrente está mais ligada ao moderno conceito de Direitos Humanos.

O que vamos buscar a partir de agora é esclarecer as falhas resultantes de um pensamento direcionado a um Direito Penal Máximo, que acaba por influenciar na edição de inúmeras legislações, inflacionando o nosso ordenamento jurídico com soluções adversas, tornando o Direito Penal cada vez mais desacreditado perante a sociedade brasileira.

2 DIREITO PENAL MÍNIMO

2.1 Origem e desenvolvimento do direito penal mínimo

Em meados do século XVIII – período em que vigorava um regime absolutista - a legislação penal que vigorava no continente Europeu tinha um caráter marcado pela

excessiva crueldade resultante de sua aplicação. O direito penal não dava a devida importância à gravidade do delito praticado pelo homem e funcionava basicamente como instrumento de controle social ou de dominação do homem pelo próprio homem, visando sempre à intimidação dos mais fracos. As sanções aplicadas eram desproporcionais, desiguais, arbitrárias e muitas vezes variavam conforme a condição social e política do réu, uma vez que o dano social causado pelo comportamento humano não era tido como referência para o legislador.

Os vestígios deixados pelas civilizações mais antigas, a exemplo das européias, coincidem com a finalidade que atribuíam primitivamente ao Direito Penal: punir todo ato desagradável a uma pequena minoria autoritária.

Desse método, resultaram inúmeras “aberrações jurídicas”, uma vez que pequenos atos eram pagos com a maior desproporcionalidade de penas, ocasionando grandes injustiças.

Foi nesse contexto histórico, que a partir da segunda metade do século XVIII – século das luzes – iniciou-se o chamado “Período Humanitário do Direito Penal” e os filósofos e pesquisadores da época passaram a dedicar seus estudos à formulação de críticas a tal sistema penal, enaltecendo o princípio da dignidade da pessoa humana (BITENCOURT, 2011, p. 69).

Sob a influência de ideais iluministas, Charles de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau passaram a criticar o excesso permitido pelas leis penais e a falta de critério utilizado pelos juízes durante o julgamento, propondo a individualização da pena, a proporcionalidade desta com o ato praticado, além da diminuição da crueldade. Assim, a pena deveria ser proporcional ao crime praticado e a menos cruel possível (VOLTAIRE, 1931, p.27).

Contudo, foi durante a Revolução Francesa que os ideais iluministas de necessidade da reforma do sistema penal acabaram por se espalhar por grande parte da população européia. Guiados pelos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade, os iluministas pugnaram pela reforma da legislação e do modo de administração do

Estado. A partir deste período o homem passou a ter pensamento crítico sobre o problema do direito penal como problema jurídico e filosófico.

Nessa época, começaram a aflorar na Europa os pensamentos de Cesare Bonessa na Beccaria, um dos primeiros estudiosos a se manifestar publicamente sobre a necessidade de uma reforma sistemática no Direito Penal. Os princípios básicos de tal reforma eram: a legalidade dos crimes e das penas; a indistinção das pessoas perante a lei penal; e a proporcionalidade das penas aos delitos.

Inspirado nos ideais de Montesquieu, Rosseau, Voltaire e John Locke, os postulados de Beccaria marcaram o início do Direito Penal moderno. Dizia o autor que a pena deveria ser utilizada como profilaxia social, não somente para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o infrator.

Em 1764, em sua obra intitulada “Dos Delitos e das Penas”, disse o filósofo e jurista:

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis das circunstâncias dadas, proporcional aos crimes, ditada pelas leis.

Beccaria sugeriu a construção de um sistema penal que iria substituir o desumano, desproporcional, injusto e despadronizado sistema punitivo aplicado na época. Mencionava claramente que a pena não poderia ater-se somente a ser uma vingança pelo passado, mas, acima de tudo, deveria ser uma lição a ser dada para o futuro. Seu livro foi vital na preparação e amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos (BITENCOURT, 2011, p. 70).

Começou então a surgir a idéia de aplicação de um Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal, inspirando-se nas condições desumanas a que eram expostos os cárceres em meados do século XVIII. Denunciando a forma cruel que imperava nos Tribunais, buscava-se a humanização das penas que eram aplicadas aos infratores da lei.

Assim, a idéia de um Direito Penal Mínimo passou a preocupar-se com a criação de um Direito Penal aonde houvesse uma mínima intervenção Estatal, com máximas garantias aos direitos da pessoa humana.

2.2 Teorias sobre a aplicação da pena

O principal questionamento do Direito Penal Mínimo é sobre a necessidade de aplicação da pena ou sanção criminal. Mas, antes de adentrarmos ao assunto, façamos uma breve análise do que venha a ser pena e qual é a sua função.

A pena nada mais é do que ‘um mal que se impõe por causa da prática de um delito’ (BITENCOURT, 2011, p. 99), cujas finalidades são a retribuição ao delito praticado, a prevenção contra a prática de novos crimes e a readaptação social dos condenados. Admitir que a pena é um castigo, não quer dizer que este seja o seu fim essencial. Muitos afirmam que a pena justifica-se por sua necessidade, uma vez que sem a mesma não seria possível conviver em sociedade. Alguns defendem o seu caráter retributivo, outros o seu caráter preventivo.

Para analisar o significado, a finalidade e a função da pena, foram criadas diversas teorias, dentre as quais podemos destacar: as teorias absolutas, teoria da prevenção geral, teoria da prevenção especial e as teorias unificadoras.

As teorias absolutistas surgiram dentro de um Estado absolutista, onde vigorava a idéia de que o poder do soberano era emanado por Deus. Nesse contexto, a pena era a retribuição à perturbação da ordem jurídica. O indivíduo que cometia algum ato contrário à ordem jurídica era tido como parte estranha à sociedade, um verdadeiro rebelde, que tinha a culpa pelo ato praticado retribuída com a aplicação de uma pena. A única finalidade da pena era a de fazer justiça.

De diferente modo, a teoria da prevenção geral, defendida por Cesare Beccaria, Feuerbach e outros, propõe um Direito Penal do terror, fundamentando-se na intimidação e ponderação da racionalidade do homem. Para essa teoria, a simples ameaça de aplicação da pena motiva o ser humano a não cometer delitos. Contudo,

essa teoria apresentou algumas falhas, dentre as quais: a) os destinatários da norma jurídica nem sempre conheciam sobre o seu teor; b) o homem delinquente nem sempre avalia as vantagens e desvantagens de sua ação (*homo economicus*) antes de praticá-la; e c) os meios preventivos nem sempre são dotados de idoneidade.

Infelizmente, até os dias atuais, o legislador utiliza-se demasiadamente da agravação desproporcional das penas em nome da intimidação (prevenção geral).

Noutro giro, a teoria da prevenção especial também busca conter a prática de delitos, mas, diferentemente da teoria anterior, esta teoria direciona seu foco de atenção apenas para o delinquente em particular, na tentativa de que este não volte a delinquir (BITENCOURT, 2011, p. 110). A pena era conhecida como “medida” e deveria ter como finalidade a ressocialização e reeducação do criminoso, a neutralização dos incorrigíveis e a intimidação dos demais.

Por fim, as teorias unificadoras buscam agrupar em um único conceito os fins da pena. Sustentam que a aplicação isolada das teorias absolutistas ou preventivas é incapaz de abranger os fenômenos sociais estudados pelo Direito Penal. Aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção penal (máxima ou mínima), estabelecendo que a pena não pode ter outro fundamento senão o fato praticado.

Porém, diante das falhas apresentadas pelas teorias mencionadas, surgiu no âmbito do Direito Penal a teoria da prevenção geral positiva, que foi subdividida em fundamentadora e limitadora. Pela teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, o Direito Penal exerce uma função ético-social, segundo a qual a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica sobreleva à proteção de bens jurídicos.

Destarte, para a teoria da prevenção geral positiva limitadora, mais expressiva para nossos estudos e defendida especialmente por Hassemer, o poder punitivo Estatal deve ser limitado e seguir uma série de formalidades, submetendo-se a pressupostos constitucionais de direitos fundamentais da pessoa humana. Os limites impostos à atuação do Estado seriam materializados através dos princípios da

intervenção mínima, da proporcionalidade, da adequação social, etc. Em síntese, a onipotência penal de um Estado Democrático de Direito, deve sofrer, inevitavelmente, limitações que possam assegurar os invioláveis direitos fundamentais do cidadão.

2.3 Aplicação da pena no modelo do direito penal mínimo

Na aplicação de um Direito Penal Mínimo, a função da pena não pode ser outra, a não ser, a de assegurar a sobrevivência da sociedade civil. A pena tem por finalidade prevenir delitos semelhantes, sem contudo exceder o dano produzido por estes.

Noutro giro, o minimalismo penal, amparado nos princípios da intervenção mínima, insignificância, fragmentariedade, adequação social da conduta, subsidiariedade, legalidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, visa excluir a tipicidade das condutas que se adequam ao tipo penal, mas não violam o ordenamento jurídico ou tragam ínfimos prejuízos para o bem comum, em razão da irrelevância do ato praticado frente aos bens jurídicos tutelados.

A teoria em questão defende a proporcionalidade na aplicação do Direito Penal, com a adoção de penas alternativas, bem como de outras esferas para solução dos delitos que não violem o ordenamento jurídico ou tragam ínfimos prejuízos para o bem comum.

Nesse sentido, cabe destacar que uma das funções do Direito Penal é cessar a violência (QUEIROZ, 2002, p.69). Contudo, o que se percebe é que o Direito Penal vem se desgastando, tutelando questões tributárias, delitos de perigo, de trânsito etc. Além do mais, existem tantas legislações sobre o mesmo tema, que é praticamente impossível uniformizar o sistema penal. Trata-se da chamada “Elefantíase Legislativa”, caracterizada pela ampliação das situações que sejam passíveis de intervenção do Direito Penal.

Partindo-se do pressuposto que a violência não é somente um problema social, mas também um problema cultural, por que só pode ser valorada ou explicada a partir de determinado contexto social, econômico e político (CONDE, 2005, p. 3-4). Podemos estabelecer que os bens jurídicos relevantes para a Ciência Penal sofrem alterações temporalmente, sendo impossível estabelecer um critério invariável acerca dos mesmos.

Ademais, com o passar dos anos, o contrato social é alterado, e os valores vigentes no mesmo sofrem mutação, repercutindo necessariamente na esfera Penal. Embora o Direito Penal e a Criminologia sejam ciências independentes, é inegável que estão correlacionadas (MACEDO, 1977, p. 4).

3 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Considerando o chamado processo de expansão do Direito Penal, é possível estabelecer que o Direito Penal atualmente possui três enfoques diferentes. Esses enfoques são denominados pela doutrina como velocidades do direito Penal.

3.1 Primeira velocidade do direito penal

A primeira velocidade do Direito Penal visa impor ao criminoso uma pena privativa de liberdade, desde que sejam asseguradas todos os direitos e garantias constitucionais, penais e processuais penais.

3.2 Segunda velocidade do direito penal

A segunda velocidade, mais moderna por sinal, tem por finalidade a aplicação de penas alternativas (restritivas de direito e/ou multa) em substituição às penas

privativas de liberdades propostas pela primeira velocidade. Essa velocidade permite que sejam distanciadas algumas garantias processuais do réu, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, quando este venha a aceitar benefícios processuais, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo, tendo em vista celeridade processual que visa.

Como exemplo de aplicação da segunda velocidade do Direito Penal, temos a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais que, nos termos do seu artigo 62, tem por objetivo a aplicação de penas não privativas de liberdade.

Sobre o tema, importantes se revelam os ensinamentos do jurista Jésus-Maria Silva Sánchez:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal 'do cárcere', em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção. (SILVA SÁNCHEZ *apud* GRECO, 2011, p. 25).

As penas não privativas de liberdade buscam evitar que criminosos de baixa periculosidade sejam levados ao sistema carcerário, evitando assim que estes entrem em contato com criminosos de poder ofensivo maior.

Assevera Diogo Marques Machado:

As penas restritivas de direitos foram criadas com a intenção de proteger a dignidade daquele que pouco ou nenhum perigo oferece à sociedade. Logo, não pode o julgador substituir a pena privativa de liberdade sem nenhum critério, e por isso, o código penal apresenta requisitos legais a serem observados antes de aplicar a "pena alternativa". (MACHADO, 2003, p. 19).

Esse é o maior desafio que o Direito Penal moderno enfrenta, buscando reduzir ao máximo a aplicação das penas privativas de liberdade, somente reservando aos estabelecimentos prisionais aqueles indivíduos que não tenham nenhuma condição de conviver em sociedade.

3.3 Terceira velocidade do direito penal: direito penal do inimigo

A terceira velocidade do Direito Penal, também chamada de Direito Penal do Inimigo, diferentemente do Direito Penal do Cidadão (minimalista), não observa os princípios fundamentais expressos em nossa Constituição da República de 1988, haja vista que o criminoso é visto como um inimigo do Estado, em um verdadeiro estado de guerra.

Para os defensores dessa máxima, a finalidade da pena é resguardar a sociedade de fatos futuros, e não punir fatos cometidos. O direito penal deve interceptar o “inimigo” no estágio prévio ao cometimento do delito.

Contudo, afirmar que vivemos em uma sociedade composta por cidadãos e inimigos, sendo que estes últimos devem ser tratados de forma desigual, seria o mesmo que retornar ao passado, aos tempos do genocida Adolf Hitler, pois o mais vil dos seres humanos não pode ter seu caráter prejudicado pelo Direito Penal.

3.4 Quarta velocidade do direito penal: neopunitivismo

Recentemente vem surgindo na doutrina o conceito de uma quarta velocidade do Direito Penal, propondo que os chefes de Estado, que praticam crimes contra a humanidade, sejam julgados pelo TPI (Tribunal Penal Internacional), onde os direitos e garantias individuais são reduzidos, uma vez que a população mundial avista nesses crimes um ato de crueldade.

Ao que podemos observar, a quarta velocidade do Direito Penal iniciou-se no Julgamento de Nuremberg (1945-1949), onde passou-se a discutir os crimes praticados contra a humanidade e foram julgados os crimes nazistas praticados durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Sobretudo, o maior obstáculo que a quarta velocidade do direito penal encontra, está exatamente ligado à compatibilização entre os instrumentos utilizados pelo TPI e o

nosso ordenamento jurídico interno, principalmente, aos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal de 1988.

4 DIREITO PENAL MÍNIMO X ABOLICIONISMO PENAL

Para criticar o sistema punitivo aplicado, algumas idéias, mais radicais por sinal, citam o abolicionismo penal. Já outras, um pouco menos “agressivas”, apenas criticam o modo de aplicação do Direito Penal, defendendo uma aplicação mais branda do mesmo (minimalismo penal).

A idéia do abolicionismo penal tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, recomendando a exclusão dos crimes e da penalidade de todo o sistema penal, como solução aos problemas enfrentados pelo sistema carcerário de muitos países, haja vista ser a criminalização um problema social que cria outros problemas em vez de solucioná-los.

Para isso, o abolicionismo sugere a erradicação da pobreza; a legalização das substâncias entorpecentes; a liberdade de expressão em massa; atenção especial à vítima, afirmando que os gastos públicos deveriam se destinar a esta e não à construção de penitenciárias etc.

Todavia, analisando o contexto social em que vivemos, podemos afirmar que o modelo abolicionista é uma utopia, impraticável nos dias atuais, haja vista que nossa sociedade é extremamente dependente de leis e regramentos para manter uma convivência com dignidade e respeito. Aplicar o abolicionismo penal seria o mesmo que voltarmos aos primórdios da humanidade, onde cada um agia conforme seu senso de justiça.

De diferente modo, o minimalismo penal não ignora a necessidade de existência do Direito Penal, com seus tipos penais e respectivas sanções, mas somente busca a sua adequação às novas necessidades da sociedade contemporânea.

O Direito Penal Mínimo ou garantismo penal surgiu do confronto com a legislação autoritária, de uma tentativa emancipatória, buscando o uso alternativo do direito, negando a Teoria da Prevenção Geral Positiva, que defende a idéia de ressocialização dos infratores. Para isso, foram apontadas três críticas: a) a ressocialização não segue os valores da secularização e da tolerância; b) a execução penal não possui a estrutura devida para garantir os direitos constitucionais dos condenados e; c) a ineficaz capacidade de resguardar os direitos da pessoa humana quando ocorrem situações de tirania institucional (CARVALHO, 2008, p. 28).

Assim, o minimalismo penal é um modelo de aplicação do direito penal, peculiar de um Estado Democrático de Direito, que carrega o ideal de minimizar a violência à pessoa humana e maximizar sua liberdade, buscando para isso estabelecer padrões de racionalidade quando da aplicação do Direito Penal, condenando qualquer prática autoritária que assegure a defesa dos direitos sociais acima dos direitos individuais. Para defender a aplicação de um Direito Penal Mínimo, a doutrina moderna cita alguns princípios, dentre os quais podemos destacar:

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é certamente um dos princípios mais importantes não apenas para o Direito Penal moderno, mas para todo o nosso ordenamento jurídico. Todavia, conceituá-lo não é uma tarefa das mais fáceis, uma vez que se trata de um princípio abstrato, que pode ter sua definição variada conforme o grau de desenvolvimento social e cultural de determinada sociedade. Assim, um ato que em determinado local é tido como uma gritante violação à dignidade da pessoa humana, em outro local de cultura diversa, poderá ser tido como o mais legítimo dos atos.

Ademais, como o homem vem passando por um acelerado processo de evolução, podemos também afirmar que tal princípio encontra-se em um processo ininterrupto de construção.

Precisa é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet ao analisar a questão:

Até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidade. (SARLET *apud* GRECO, 2011, p. 68).

Todavia, embora seja uma tarefa das mais complicadas, podemos conceituar a dignidade da pessoa humana como sendo uma qualidade ou um valor irrenunciável e inalienável, reguladora do mínimo necessário para a sobrevivência apropriada de todo ser humano, que em hipótese alguma poderá ser suprimida. (GRECO, 2011, p. 68). Trata-se de um conjunto de direitos e deveres que garantem ao homem proteção contra atos aviltantes e cruéis, de forma a lhe assegurar condições mínimas para uma vida salutar.

O princípio em questão é decorrente do Estado Democrático de Direito, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III da CF/88) e servindo como gestor de vários outros princípios de nosso ordenamento jurídico, a exemplo dos princípios da culpabilidade, proporcionalidade, individualização da pena etc.

Uma vez possuidor da qualidade de princípio constitucional expresso, o princípio da dignidade da pessoa humana destina-se a orientar todas as criações legislativas. Dessa forma, é defeso ao legislador a criação de tipos penais que atentem contra a dignidade da pessoa humana, impondo ao criminoso penas excessivamente onerosas, cruéis, de caráter perpétuo etc.

Agora que já estabelecemos o que venha a ser o princípio da dignidade da pessoa humana, cabe-nos uma reflexão muito interessante: Será que o Estado respeita tal princípio da forma como deveria ser? Pois bem, embora esta análise não seja o foco desta pesquisa, a resposta mais coerente seria que não. Basta que olhemos os problemas enfrentados pelos cárceres decorrentes da superlotação carcerária; agressões ocorridas dentro das penitenciárias; inexistência de programas de reabilitação do preso e ressocialização do egresso etc. Será mesmo que essas

pessoas estão sendo respeitadas do ponto de vista da dignidade da pessoa humana? Conforme já dito, não.

O Estado somente se preocupa com a condenação do criminoso, esquecendo-se do mais importante, que é oferecer condições dignas para seu retorno à vida em sociedade, sendo que na maioria das vezes, o criminoso retorna à sociedade pior do que quando desta foi retirado. Dessa forma, se não há uma estrutura que proporcione uma reabilitação fundada na dignidade da pessoa humana, melhor seria se o infrator não recebesse uma pena privativa de liberdade, pois esta haveria perdido a sua razão de existir.

4.2 Princípio da legalidade ou da reserva legal – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*

Por esse princípio podemos entender que elaborar normas de caráter penal é uma função exclusiva da lei. Ou seja, ninguém pode ser punido na esfera penal por uma situação que na época dos fatos era atípica, um indiferente penal. Assim, nenhum fato poderá ser considerado infração penal e punido sem que antes exista uma lei definindo-o como crime.

Tal princípio é por excelência uma limitação ao poder de punir do Estado, visando proibir a chamada *lex post factum* (GRECO, 2011, p. 143). Previsto no artigo 5º, inciso XXXIX de nossa Carta Magna sob a expressão “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, mencionado princípio não admite interpretações subjetivas ou exceções e constitui uma conquista aos direitos da pessoa humana, uma vez que permite ao cidadão saber quais serão as consequências de seu ato.

4.3 Princípio da intervenção mínima

Outro princípio muito importante para uma visão minimalista do Direito Penal, o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* visa limitar a arbitrariedade do

legislador no momento da elaboração da norma penal, para que seja objeto da norma penal apenas os bens mais relevantes para o convívio em sociedade.

Destarte, preconiza tal princípio que uma conduta só pode ser prevista como crime se tal previsão constituir o último dos meios necessários para a proteção do bem jurídico ameaçado (vida, liberdade, honra etc). Caso contrário, se a solução ao problema puder ser dada por outras esferas do direito, torna-se inviável a elaboração de um tipo penal e/ou a atuação do Direito Penal (fragmentariedade). Daí o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal no sistema punitivo estatal.

Contudo ainda existe quem, erroneamente e de forma contrária às tendências modernas do Direito Penal, insista em aplicá-lo como *prima ratio*, colocando o mesmo para intervir em situações insignificantes e irrelevantes.

A conduta tem relevância quando afeta a relação do indivíduo para com o seu meio, constituindo elemento de um juízo de valor. Nesse âmbito, a título de exemplo, não se pode afirmar que o simples fato do agente apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, causando escândalo ou colocando em perigo a segurança própria ou alheia (artigo 62 da Lei das Contravenções Penais) é capaz de produzir em nosso meio social atual a ofensa a um bem jurídico protegido.

Os Tribunais assim vêm se manifestando sobre o princípio em comento:

EMENTA: CONTRAVENÇÃO PENAL - EMBRIAGUEZ - ABSOLUÇÃO - NECESSIDADE - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL - RECURSO PROVIDO. (TJMG – Apelação Criminal Nº 1.0223.04.149633-0/001 – 5ª Câmara Criminal – Data da Publicação 01/09/2007 - rel. Des. Maria Celeste Porto).

Certo é que o Direito Penal deve evitar a intromissão excessiva na vida privada de cada um, a ponto de cercear em demasia a liberdade alheia e expor ao ridículo, muitas vezes, o ser humano, buscando puni-lo por fatos nitidamente irrelevantes aos olhos da imensa maioria da sociedade.

4.4 Princípio da lesividade – *nullum crimen sine injuria*

O princípio da lesividade é uma consequência do respeito ao princípio da intervenção mínima. Segundo este princípio, só podem ser considerados crimes, os atos resultantes de condutas que materialmente tragam algum perigo ou lesem seriamente bens jurídicos penalmente relevantes de terceiros.

Além disso, o perigo citado deve ser concreto, pois em um Estado Democrático de Direito, a existência de uma infração penal somente se legitima quando há efetivo, real e concreto perigo de dano a um bem jurídico tutelado. Em outras palavras, são inconstitucionais todos os denominados crimes de perigo abstrato (BITENCOURT, 2011, p. 52).

Frise-se que da inteligência do artigo 5º da nossa Constituição da República, que garante o direito à inviolabilidade da liberdade, intimidade e da vida privada, podemos extrair que ao Direito Penal só compete interferir em situações que possuam potencialidade ofensiva ou lesiva a bens jurídicos alheios.

Importantes se fazem os ensinamentos do professor Paulo Queiroz, em sua ilustríssima obra intitulada Direito Penal: parte geral, 2011:

Portanto, o autor há de responder exclusivamente pelo que faz (direito penal do fato) e não pelo que é (direito penal do autor), de modo que não é o crime que é identificado a partir do criminoso, mas o criminoso a partir do crime. E no sistema garantista só é lícito criminalizar tipos de ação e não tipos de autor; castiga-se pelo que se faz, não pelo que se é; interessa-se por comportamentos danosos, não por seus autores, cuja identidade, diversa, tutela, ainda que sejam desviados. [...] não é por outra razão, aliás, que o Supremo Tribunal Federal tem decidido que arma desmuniada não configura o delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (QUEIROZ, 2011, p. 66).

É devido a este princípio que o Direito Penal não se ocupa em punir vários fatos, como por exemplo a tentativa de suicídio, pois tal conduta não ultrapassa a esfera do agente e não atinge bens alheios. Do mesmo modo, não podem ser objeto de punição do Direito Penal as contravenções penais de embriaguez (artigo 62 do Decreto-Lei 3.688/41) e vadiagem (artigo 59 do mesmo diploma legal) e o crime

previsto no artigo 28 da lei 11.343/2006 (posse de droga para consumo pessoal), por não ofenderem nenhum bem jurídico alheio.

Assim, a ofensividade a um determinado bem alheio deve estar presente no contexto do tipo penal para que o mesmo possa ser válido/legítimo, pois, caso contrário, o Direito Penal passaria a se esgotar em questões inócuas e irrelevantes, violando o status de *ultima ratio* que lhe é peculiar.

4.5 Princípio da adequação social

Inicialmente, cumpre esclarecer que o Direito Penal Brasileiro tem como uma de suas principais fontes os costumes, sendo estes entendidos como o “uso admitido e respeitado por todo o povo de um determinado local”. Frise-se que o costume não serve para criar ou revogar a lei penal, devendo apenas atentar-se à forma de interpretação da mesma.

Idealizado por Hans Welzel (1987, p. 83), o princípio em questão estabelece que as condutas socialmente irrelevantes não podem constituir objeto de atuação do Direito Penal, ou seja, não podem ser consideradas delitos, pois se a própria sociedade entende serem as mesmas toleráveis e as aceita, razão não há para que a tutela penal venha a intervir. Dessa forma, uma pena só é justa quando seja unicamente necessária para afastar os delitos da sociedade.

Estabelece esse princípio que cabe ao legislador, conhecedor da sociedade em que convive, buscar os bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade, de forma que a lei não venha a intervir demasiadamente na conduta dos membros da sociedade em que será aplicada.

Tal princípio pode ser utilizado como instrumento tanto para os legisladores, quando da criação ou revogação dos tipos penais, quanto para os magistrados, quando da aplicação da lei penal, deixando de punir comportamentos “normais” do ponto de vista social.

Destarte, uma legislação criada de forma totalmente contrária aos costumes já consolidados de uma determinada sociedade, só acabaria por estimular atos clandestinos.

Da mesma forma, como nossa sociedade passa por um contínuo processo de evolução, aquelas condutas que antigamente eram consideradas como delitos, por serem socialmente inadequadas, se hoje tornarem-se socialmente permitidas, deverão ser retiradas do rol de tipos penais previstos em nosso ordenamento jurídico. Como exemplo, podemos citar a contravenção penal de mendicância, prevista no artigo 60 do Decreto-lei 3.688/41, que foi revogada pela lei 11.983/2009, devido ao fato de tal conduta, com o passar dos anos, ter se tornado tão frequente e aceita por grande parte de nossa sociedade, que passou a ser um indiferente penal.

Assim sendo, quando o tipo penal se torna inútil ou inadequado, deve-se proceder à descriminalização do fato.

Vale lembrar os ensinamentos do professor Rogério Greco em sua obra *Direito Penal do Equilíbrio*:

Como proibir o jogo do bicho se o Estado ocupa a posição de maior “banqueiro” de jogos de azar? Será que a sociedade já se acostumou com esse tipo de aposta, de modo que tolera a sua prática, mesmo tendo consciência da sua qualidade de jogo de azar? Quantos jogos de azar existem que não são proibidos pelo Estado, principalmente aqueles que são por ele mesmo fomentados, a exemplo das chamadas “raspadinhas”? (GRECO, 2011, p. 97).

Sendo assim, o princípio da adequação social permite que o Poder Legislativo, crie figuras típicas mais condizentes com a atual realidade cultural da sociedade, bem como revogue os tipos penais que venham a se tornar socialmente aceitos.

Lecionando sobre a questão, o Professor Guilherme de Souza Nucci, em sua brilhante e oportuna lição, assim esclarece:

A adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não

se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal. A evolução do pensamento e dos costumes, no entanto, é o fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade (NUCCI, 2011, p. 229-230).

4.6 Princípio da insignificância

Como a legislação penal é criada em caráter abstrato, podem existir situações em que a mesma acabe por alcançar atos de pequena monta, que certamente não estavam compreendidos entre aqueles visados pelo legislador com a criação do tipo penal.

Criado por Claus Roxin em 1964 e também conhecido como “Princípio da Bagatela”, o princípio em questão estabelece que deve haver uma simetria entre a gravidade da conduta praticada e a necessidade de intervenção estatal para puni-la. Nesse caso, a conduta se amolda ao tipo (tipicidade formal), mas da forma como foi praticada não lesionou o bem jurídico tutelado (tipicidade material), ou seja, o resultado da ação é irrelevante do ponto de vista penal.

Frise-se que não se trata de analisar a importância do bem jurídico agredido, mas sim a intensidade da ação e a extensão da lesão resultante da mesma (BITENCOURT, 2011, p. 51-52).

Cabe destacar, ainda nesse sentido, que a missão primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos, selecionando os comportamentos juridicamente relevantes de lesão típica de um bem jurídico. Assim sendo, quando a ação não tiver criado um risco juridicamente relevante de lesão para um bem jurídico, a falta ou a presença do dolo torna-se um critério secundário.

Esse entendimento deriva da Teoria da imputação objetiva do resultado, que o renomado autor Luiz Regis Prado, em sua ilustríssima obra Curso de Direito Penal Brasileiro, assim define:

O que faz a teoria da imputação objetiva nada mais é do que reunir toda uma série de critérios normativos excludentes da tipicidade, que em grande medida e até agora nela estavam perambulando – da causalidade até a ação – sem encontrar um lugar sistemático correto e, através desses critérios, fundamentar porque a tipicidade é algo mais que uma justaposição de elementos ontológicos (ação e causalidade) e axiológicos (dolo – e, conforme o caso, elementos subjetivos do injusto -, infração do dever de cuidado, resultado típico) e porque tudo isso meramente somado não dá ainda como resultado uma conduta típica, se não concorre também – o que é determinado com base em considerações sobre o que é o tipo, qual é a sua finalidade e quais são os princípios que devem informá-lo – a imputação objetiva". (PRADO, 2011, p. 319).

Com efeito, o principal objetivo da Teoria da imputação objetiva do resultado consiste em separar o mero acaso, a causalidade, daquilo que é realmente obra do agente, concluindo, por fim, se esta é penalmente relevante.

Como exemplo, podemos citar o caso do rapaz que furta um pacote de biscoito de uma grande rede de supermercados de sua cidade. Apesar de sua conduta se amoldar ao crime previsto no artigo 155 do Código Penal Brasileiro, será que seria razoável aplicar ao mesmo uma pena de reclusão de um a quatro anos, e multa? Parece-me que não, pois é inegável a total desproporção entre a conduta praticada e a lesão ao bem jurídico resultante da mesma, que no caso citado, frise-se, é praticamente inexistente.

Rogério Greco, com o brilhantismo que lhe é característico, conclui:

O princípio da insignificância, portanto, servirá de instrumento de utilização obrigatória nas mãos do intérprete, a fim de realizar a perfeita adaptação do comportamento do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, com a sua atenção voltada para a importância do bem ofendido, raciocínio que é levado a efeito considerando-se a chamada tipicidade material (GRECO, 2011, p. 104).

Destarte, o próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade de aplicação do princípio em comento, criando inclusive critérios para aferição da tipicidade material. Nesse sentido:

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada" (HC 99207/SP – São Paulo, 1ª T., Relatora Ministra Cármen Lúcia, publicado no DJe 18.12.2009).

4.7 Princípio da proporcionalidade

Sendo um dos mais importantes princípios do Direito Penal moderno, o princípio da proporcionalidade defende que a sanção a ser aplicada deve ser proporcional à gravidade do delito praticado. Nas palavras de Beccaria, “a pena, para não ser um ato de violência contra o cidadão, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas” (BECCARIA, 1999, pág. 139).

Previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como em várias constituições de todo o planeta, inclusive de forma implícita em nossa Constituição Federal de 1988, o princípio da proporcionalidade assegura uma verdadeira análise entre a medida punitiva estatal e o fim perseguido pela cominação penal, visando sempre o equilíbrio entre o injusto praticado e a resposta penal para o mesmo.

Nesse sentido, ressalta o excelentíssimo senhor doutor ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sua obra *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*:

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. [...] apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. [...] de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador proporcionalidade em sentido estrito (MENDES, 2004, p.7).

O Tribunal Regional Federal da 4ª região assim já decidiu aplicando o princípio supra:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DO ART. 273, § 1º-B, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE MEDICAMENTO APREENDIDO. 273§ 1º- CÓDIGO PENAL 1. Inexistindo ofensa ao bem jurídico tutelado, bem como ausente qualquer dano à saúde pública, torna-se atípica a conduta. 2. Em face do princípio da proporcionalidade e irrelevância penal do fato, torna-se desnecessária a continuidade da persecução penal e da punição. Recurso em sentido estrito improvido. (200 PR 2008.70.01.000200-6, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 25/05/2010, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/06/2010).

Certo é que quando vemos sanções desproporcionais ao ato praticado, temos a impressão de que uma injustiça foi cometida.

Todavia, a proporcionalidade deve ser observada em dois momentos distintos. Inicialmente, quando da elaboração da norma penal pelo legislador, de forma que haja uma perfeita harmonia entre a pena cominada ao tipo penal e a importância do bem jurídico a que se visa proteger. E, em um segundo momento, a proporcionalidade deverá ser ainda observada quando da aplicação da lei penal pelo magistrado julgador do feito, que no uso da discricionariedade que possui, irá fazer com que a sanção seja a mais acomodada possível à concreta gravidade do delito executado (FERRAJOLI, 2010, p. 320).

5 AXIOMAS DO MODELO DE DIREITO PENAL MÍNIMO

Além dos princípios supracitados, o modelo minimalista estabelece alguns axiomas, dentre os quais podemos citar: a) não há pena sem crime; b) não há crime sem lei; c) não há lei sem necessidade; d) não há necessidade de lei penal sem lesão; e) não há lesão sem conduta; f) não há conduta sem dolo e sem culpa; g) não há culpa sem o devido processo legal; h) não há processo sem acusação; i) não há acusação sem prova que a fundamente; j) não há prova sem ampla defesa (FERRAJOLI, 2010, p. 74-75).

Em resumo, o minimalismo penal propõe que o Direito Penal intervenha apenas quando à época dos fatos for autorizado pela lei para o caso específico e, mesmo assim, o mínimo possível, levando-se em consideração os aspectos sociais e culturais da população local, bem como a gravidade da conduta do agente e a relevância do resultado produzido, de forma que pena seja a mais adequada possível ao caso concreto e não seja maior do que o dano produzido pela conduta do agente.

6 DO DIREITO PENAL MÁXIMO

Contrário às tendências modernas do Direito Penal, sobrevive ainda em nosso ordenamento jurídico o chamado “Direito Penal Máximo”, sob a tese defendida pelo denominado “Movimento de Lei e Ordem”. Influenciado pelo idealismo da “Tolerância Zero”, criado nos anos de 1990, em Nova York, e por uma mídia sensacionalista, que em sua maioria é leiga em assuntos jurídicos, referido movimento acredita ser o Direito Penal o único capaz de solucionar todos os problemas sociais, independentemente do grau de importância do bem lesado.

O Direito Penal Máximo defende a atuação do Direito Penal como *prima ratio*, propondo a criação de novos tipos penais e o agravamento das penas dos já existentes, visando desestimular a prática de novos delitos em nossa sociedade. Para os defensores deste movimento, as chamadas “penas alternativas” estimulam o cometimento de outros delitos. Aqui cabe a nós uma reflexão: Será mesmo que os criminosos analisam a pena cominada aos tipos penais antes de cometerem os delitos? Certamente não.

O que pretendem os defensores do Direito Penal Máximo é que nenhum infrator fique sem ser punido, seja a qual crime ou contravenção for, não importando muito se aquele era ou não realmente culpado. O interesse em punir sobreleva ao da incerteza.

A doutrina assim já se manifestou:

O mito do Estado Mínimo é sublinhado, debilitando o Estado Social e glorificando o ‘Estado Penal’. É a constituição de um novo sentido comum penal que aponta para a criminalização da miséria como um mecanismo perverso de controle social para, através deste caminho, conseguir regular o trabalho assalariado precário em sociedades capitalistas neoliberais (DORNELLES *apud* GRECO, 2011, p. 13).

Não é atoa que todos os dias o Poder Legislativo publica novas medidas de combate ao crime, desencadeando, conforme já mencionado anteriormente, em uma “Elefantíase Legislativa” em nosso ordenamento jurídico-penal.

O que se vê atualmente é uma preocupação na criação de mitos, de estabelecer preconceitos, particionando a sociedade entre os cidadãos do bem, trabalhadores e os delinquentes, violentos e temíveis. Francisco Muñoz Conde (2005, p. 33) destaca a necessidade do sistema penal atuar de forma a reduzir as desigualdades, buscando o progresso para uma sociedade mais justa.

Embora muitos países desenvolvidos apliquem o método de direito penal baseado no garantismo, é interessante notar como países como o Brasil utilizam-se de duas formas de controle situadas em extremos opostos, o Direito Penal Máximo e o Direito Penal Mínimo, aplicando um ou outro na medida da vontade política ou dos interesses particulares de determinado grupo.

Destarte, a resposta legislativa aos problemas sociais demonstra de forma clara a desordem política pela qual vem passando nossa sociedade, com a aprovação de projetos de leis que quase sempre são votados sob o clamor público por “justiça”, feito por uma população que desconhece totalmente os princípios expressos em nossa Carta Magna de 1988. Não há quase nenhuma preocupação em atender as reais necessidades do sistema punitivo.

A ideia de um Direito Penal “educador” da sociedade, nos leva à perda de sua credibilidade perante o corpo social, uma vez que com o grande número de tipos penais possíveis, menor será o número de crimes que serão efetivamente punidos. Certo é que mais vale um Direito Penal flexível, porém efetivo, do que outro mais ríspido, que gera a esperança da impunidade.

Manuel da Costa Andrade, com precisão afirma:

Como refere Packer, cada hora de labor da polícia, do Ministério Público, do Tribunal e das autoridades penitenciárias gasta nos domínios marginais do direito criminal, é uma hora retirada à preservação da criminalidade séria. Inversamente, cada infração trivial ou duvidosa eliminada da lista das infrações criminais representa a libertação de recursos essenciais para uma resposta mais eficaz às prioridades do sistema penal. (ANDRADE *apud* GRECO, 2011, p. 17).

Destarte, o discurso do ilusório e simbólico Direito Penal Máximo, somente faz o Direito Penal se perder em situações inócuas, ocupando a função de educador da sociedade, abrindo espaço que as infrações de grande monta se tornem impunes.

Para atuar frente a esses delitos inexpressíveis do ponto de vista penal, a tendência moderna é de que sejam aplicados outros ramos do direito (civil, administrativo, econômico etc), pois, caso contrário, o direito penal se tornaria banalizado perante a sociedade e conseqüentemente entraria em descrédito, por não conseguir atender com a devida eficiência todas as situações que se propôs a interferir.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO CRIME. ART. 330, "CAPUT", DO CÓDIGO PENAL. TESTEMUNHA FALTOSA. DENÚNCIA REJEITADA NA ORIGEM. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. *ULTIMA RATIO*. 1. "DESOBEDIÊNCIA TESTEMUNHA FALTOSA CRIME NÃO CARACTERIZADO. 1. A testemunha faltosa somente deve ser submetida à ação penal pelo delito de desobediência depois de esgotadas, sem sucesso, as medidas previstas em lei, tais como condução coercitiva e multa. (...) (Apelação Crime Nº 70005618418, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 26/06/2003).

Sobre a qualidade do Direito Penal de ser a *ultima ratio* no sistema punitivo, assim já se manifestou o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO EXAURIDO - AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL - DENÚNCIA REJEITADA. I. A PERSECUÇÃO PENAL, PELA GRAVIDADE E ESTIGMA SOCIAL QUE A ACOMPANHA, DEVE SER SEMPRE O ÚLTIMO RECURSO DO ESTADO. II. A TIPICIDADE PENAL DO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EXIGE O EXAURIMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. EM ESPECIAL QUANDO O RÉU DEMONSTRA INTENÇÃO DE QUITAR A DÍVIDA. SÚMULA VINCULANTE 24/2009. III. RECURSO IMPROVIDO. (174579520088070001 DF 0017457-95.2008.807.0001, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 29/04/2010, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 04/05/2010).

Frise-se que não se trata de não punir um comportamento reprovável, mas de garantir o caráter subsidiário do direito penal, atuando apenas em situações que "verdadeiramente" possam causar uma lesão aos bens jurídicos mais importantes.

Nas palavras de Francisco Muñoz Conde: “matar mosquito com um tiro de canhão, tem sido sempre considerada como uma reação desproporcionada e um gasto inútil que, tanto a médio, como a longo prazo, produz mais dano que benefício”. (CONDE, 2001, p. 331).

7 APLICAÇÃO DO MÉTODO MINIMALISTA DO DIREITO PENAL JUNTO AO CONTEXTO JURÍDICO-PUNITIVO BRASILEIRO

Analizando o momento pelo qual vem passando o Estado Brasileiro, um Estado Democrático de Direito, é difícil não reconhecer que nosso sistema penal/processual penal é falho está fadado ao fracasso e ao descrédito, necessitando urgentemente da implantação de uma nova política criminal baseada no modelo minimalista do Direito Penal, que busque garantir o respeito os princípios expressos ou implícitos em nossa Carta Maior de 1988, quais sejam: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) o princípio da intervenção mínima; c) princípio da lesividade; d) princípio da insignificância etc.

Nesse sentido, dados do IBGE (2012) apontam que no ano de 2000 a população brasileira correspondia à 169.799.170 habitantes, tendo aumentado para 190.755.799 habitantes em 2010, ou seja, apresentou um crescimento aproximado de 12,34% em 10 anos.

De diferente modo, a população carcerária brasileira, que em 2000 era de apenas 230.000 presos, em 2010 já era superior a 494.000 presos, o que demonstra um crescimento aproximado de 114,7%, quase dez vezes maior do que o crescimento da própria população brasileira (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012).

Ressalte-se ainda que desse total, aproximadamente 154.000 são presos provisórios, 175.000 cumprem pena em regime fechado, 68.000 em regime semiaberto e 18.500 em regime aberto.

Diante de tais dados, dúvida não há de que nosso modelo punitivo precisa passar por uma ampla reforma, de forma a “escoar” o excesso de presos cumprindo pena em regime fechado, haja vista que a pena só consegue cumprir a sua finalidade se o Estado puder dar a devida atenção ao criminoso durante seu processo de ressocialização.

O que se percebe atualmente no Brasil, é que os estabelecimentos prisionais, mais conhecidos como “escolas do crime”, não alcançam seu principal objetivo, qual seja, ressocializar o delinquente para o seu progresso como cidadão de uma sociedade.

Os números demonstram que sobrecarregar penitenciárias não é a melhor das saídas para o desenvolvimento social do Estado brasileiro. Atualmente não pode mais permanecer o pensamento de que fazer justiça significa prender os criminosos, pois, conforme já mencionado, existem outras formas mais adequadas de punir, sobretudo os crimes que causem mínimos prejuízos aos bens jurídicos tutelados.

Algumas situações punidas por nosso ordenamento jurídico geram certas insatisfações e debates, como por exemplo o caráter tirânico do Direito Penal ao intervir nos casos de emissão de cheques sem fundos, onde o problema em si é muito mais de caráter civil do que penal.

Frise-se que a idéia de um Estado Democrático de Direito não conserva harmonia com a utilização exagerada do direito penal para intervir em fatos onde o interesse particular sobrepõe ao interesse público. Paulo de Souza Queiroz afirma que o Direito Penal é como uma UTI de um hospital, que só deve ser acionada quando assim justificar a gravidade da situação.

Sobre a aplicação do Direito Penal Mínimo no Estado Brasileiro, vale destacar a brilhante decisão do STF:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUCTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CRIME MILITAR¹. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.² O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade

meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido.³ É possível a aplicação do Princípio da Insignificância, desfigurando a tipicidade material, desde que constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. Precedentes.⁴ O Supremo Tribunal admite a aplicação do Princípio da Insignificância na instância castrense, desde que, reunidos os pressupostos comuns a todos os delitos, não sejam comprometidas a hierarquia e a disciplina exigidas dos integrantes das forças públicas e exista uma solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito. Precedentes.⁵ A regra contida no art. 240, § 1º, 2ª parte, do Código Penal Militar, é de aplicação restrita e não inibe a aplicação do Princípio da Insignificância, pois este não exige um montante prefixado.⁶ A aplicação do princípio da insignificância torna a conduta manifestamente atípica e, por conseguinte, viabiliza a rejeição da denúncia.⁷ Ordem concedida.(107638 PE , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 13/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011).

Nesse sentido, certos tipos penais devem ser retirados do âmbito de aplicação do Direito Penal, tendo em vista que não afrontam os bens mais relevantes de um Estado Democrático de Direito. A exemplo desses tipos penais, podemos citar aqueles que se encontram elencados no Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), que além do fato de terem sido elaborados há mais de 70 anos, reportam a uma época em que o contexto social e cultural do Brasil era totalmente diferente dos dias atuais, pois a liberdade de expressão era cerceada ao extremo pelos militares que estavam tomando conta de nosso cenário político.

Manter esses tipos penais de pouca monta, em nosso ordenamento jurídico é manter o caráter militar, que por muitas décadas assombrou nosso país. Ademais, como quase todo de tipo de ato pode ser passível de uma adequação típica, podemos notar que a atividade judicial e, principalmente, a policial, perdem seu tempo com bagatelas, apurando condutas mais simples e irrelevantes, deixando de lado o que mais deveria interessar ao direito penal, ou seja, as condutas que lesionam os bens jurídicos mais relevantes.

Do mesmo modo, vale ressaltar que nosso sistema carcerário não proporciona aos presos o respeito à dignidade da pessoa humana, pois, além do fato de o número de presos recolhidos nas cadeias e penitenciárias ser gritantemente superior à capacidade das mesmas, constantemente os meios de comunicação em massa publicam notícias que versam sobre homicídios, atentados violentos ao pudor,

doenças e agressões ocorridas em tais locais, bem como sobre a total desatenção que é dada aos cárceres recolhidos.

Nosso delinquente é retirado do meio social em um dado grau de marginalidade e, após cumprir a sanção aplicada pelo Estado, com a mente coberta de revolta, diante das condições desumanas que passou, retorna à sociedade muito pior do que quando desta foi deslocado, cometendo delitos ainda piores.

As prisões, da forma como são organizadas, com as suas condições impróprias e ambientes improfícuos, subtraem dos réus a sua honra e seus hábitos produtivos/laborais, os quais saem das mesmas para serem impelidos outra vez ao delito pelo aguilhão da miséria (BENTHAM, 1979, p.35).

Na teoria, a finalidade da sanção penal é retribuir o delito praticado pelo criminoso e prevenir a prática de novos crimes. Todavia, na prática, este ramo do Direito é utilizado apenas para que o Estado imponha a sua autoridade e prive o homem de sua liberdade, não se importando com os efeitos dessa privação.

Diante de todos esses problemas enfrentados pelo sistema penal brasileiro, é alarmante a necessidade de uma nova perspectiva jurídica, que busque a criação de um novo modelo de política criminal, correspondente às verdadeiras necessidades da população, deixando, por fim, de atuar em questões irrelevantes.

De modo geral, o Brasil ainda não percebeu que o Direito Penal deve intervir apenas nas condutas que ataquem os bens jurídicos mais relevantes para um bom convívio da sociedade. Enquanto ainda existir no sistema penal brasileiro o modelo do Direito Penal Máximo, desencadeador da chamada “elefantíase legislativa”, o Direito Penal continuará a ser utilizado como um instrumento do Estado para satisfazer interesses políticos de uma minoria burguesa.

O STF vem se manifestando nesse sentido:

“DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ORDEM CONCEDIDA. 1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base no princípio da insignificância. 2. Considero, na linha do pensamento jurisprudencial mais atualizado que, não ocorrendo ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, há de ser reconhecida a excludente de atipicidade

representada pela aplicação do princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido. 3. Como já analisou o Min. Celso de Mello, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 4. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. 5. Não há que se ponderar o aspecto subjetivo para a configuração do princípio da insignificância. Precedentes. 6. Habeas Corpus concedido.” (STF, HC102080 / MS. Rel. Ministra ELLEN GRACIE. PP-00162, julgado em 05.10.2010 , divulg. 22.10.2010. Segunda turma).

Em verdade, todos nós somos criminosos, seja em maior ou menor grau, e se levarmos a ferro e fogo a aplicação de todos os tipos penais existentes, em todas as situações geradas pelo homem, não existiria ninguém para apurar o fato criminoso, nem mesmo para julgá-lo, uma vez que todos nós estaríamos presos.

Noutro giro, não podemos nos esquecer de que uma das principais missões do Direito Penal é justamente impedir o exercício da autotutela pelo homem, haja vista que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Estado o monopólio para punir os criminosos por seus atos.

Todavia, se um Estado, a exemplo do Brasil, passe a dar relevância a um grande número de atos praticados pelo homem, independentemente do seu grau de gravidade, a consequência lógica é que passe a se manter inerte em outros casos, deixando de punir, por falta de celeridade processual, situações que aos olhos de grande parte da sociedade são inadmitidas.

Se assim ocorrer, é de se esperar que a vítima, sua família ou a própria sociedade ao redor, passe a investir contra o criminoso, visando “fazer justiça”, o que vem ocorrendo com certa frequência, pelos chamados “justiceiros” ou “grupos de extermínio”.

Partindo-se dessa análise, podemos observar que enquanto o Estado preocupa-se em punir condutas irrelevantes do ponto de vista material e social, apenas porque expressamente previstas em lei como figuras típicas, deixa de dar a devida atenção aos crimes mais relevantes, o que, conseqüentemente faz com que a ocorrência de

crimes mais graves aumente, pois nesses casos o delinquente já tem em mente que a chance de não ser punido é grande, diante da possibilidade de prescrição do crime praticado.

Ressalte-se que para uma atuação geradora de resultados, não basta que o Poder Judiciário passe a dar novas interpretações aos tipos penais, é necessário que o problema seja solucionado antes, ou seja, que a lei pare de considerar determinados atos como típicos, de forma a reduzir os gastos públicos e o movimento da máquina judiciária com processos irrelevantes, pois se a situação chegou ao conhecimento dos Juízes de 1º grau ou dos Tribunais, certamente já movimentou toda a máquina judiciária e de pouco adiantará a absolvição do acusado.

Dessa forma, somente aqueles atos mais importantes, que atinjam os bens jurídicos mais relevantes, devem chegar ao conhecimento do Poder Judiciário.

8 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, podemos concluir que entre o modelo abolicionista e o Direito Penal Máximo, existe uma posição intermediária, o Direito Penal Mínimo, que busca solucionar os problemas sociais com respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, procurando intervir na liberdade do homem somente quando o “valor” do bem agredido justificar essa intervenção.

Todavia, não basta que apenas o Poder Judiciário adote o modelo minimalista do direito penal. Faz-se necessário que antes disso o próprio legislador reconheça tal corrente e aplique os princípios da dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, lesividade e adequação social, quando da elaboração dos tipos penais.

Nosso legislador deve deixar de colecionar tipos penais, buscando preocupar-se com o *status* ameaçador que o Direito Penal exerce sobre os cidadãos, e intervir para que o Direito Penal possa realmente atuar frente aos crimes que agredam os bens jurídicos mais importantes para a sociedade brasileira.

Sobram crimes e suas respectivas penas e falta efetividade ao nosso sistema punitivo. Preocupa-se com a formiga e se esquece do elefante.

Também é verdade que, não podemos imaginar o Direito Penal como único solucionador dos problemas sociais, haja vista que mesmo se o Estado Brasileiro aplicasse o modelo do Direito Penal Mínimo e cumprisse todas as suas funções sociais, gerando assim um “Estado Perfeito”, mesmo assim o homem continuaria a cometer novos crimes, pois se analisarmos nosso passado, veremos que a atividade criminosa é da própria natureza do homem, que nunca está completamente satisfeito com o meio em que vive.

Assim, a idéia exposta nesta pesquisa não é a de que o Direito Penal Mínimo poderá solucionar todos os problemas de nossa sociedade, mas de que a aplicação do modelo minimalista poderá reduzir a incidência de crimes mais graves, pois já sabemos que a prisão, ao invés de tornar o indivíduo apto a retornar ao convívio em sociedade, corrompe seu ego e sua mente com uma revolta ainda maior pelas condições em que vive.

A aplicação do Direito Penal Mínimo fará com que todas as contravenções penais e os crimes que não afetam os bens mais relevantes para nossa sociedade, sejam excluídos de nosso ordenamento jurídico, tornando o Direito Penal ocupado com aquilo que realmente preocupa a sociedade, os crimes mais bárbaros e graves.

O Estado Brasileiro precisa entender que é melhor prevenir delitos do que ter de puni-los, sendo que esta prevenção se dá com a adoção de políticas que visam melhorar a qualidade de vida da população, através de uma educação de qualidade, geração de empregos e um salário mínimo que realmente consiga atender às condições mínimas de alimentação, higiene e saúde do homem, posto que o homem com instrução sabe comparar os objetos, analisar o que é certo e errado e as consequências de seus atos.

Por fim, já está na hora – na verdade, já passou da hora – de o Brasil buscar 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, de modo a tornar nosso sistema punitivo realmente eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº. 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 01 jun. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012.

_____. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Direito penal brasileiro**: teoria dos delitos. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.1**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CONTAGEM da População 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/residencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1065&id_pagina=1>. Acesso em: 04 jun. 2012.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflitos e segurança**. São Paulo: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 31. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MACHADO, Diogo Marques. **Penas alternativas**. 07/2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5757/penas-alternativas>>. Acesso em: 15 maio 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Sairava, 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.jornalnh.com.br/pais/285193/numero-de-presos-no-brasil-cresceu-quase-150-0037-em-uma-decada.html>>. Acesso em: 04 junho 2012.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3.ed. rev., atual. a ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, v.1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SINOPSE do Censo Demográfico 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1866&id_pagina=1>. Acesso em: 04 jun. 2012.