

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

JAIRO JOSÉ GÊNOVA

**INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

DOUTORADO EM DIREITO

**São Paulo
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

JAIRO JOSÉ GÊNOVA

**INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais), sob orientação do professor doutor DIRCEU DE MELLO.

**São Paulo
2007**

Banca examinadora

A Deus, pela proteção e forças para concluir este trabalho.

À Jane, amiga, companheira, mulher, pelo amor e compreensão pelas infindáveis horas de privação.

Aos filhos Wesley e William, fontes de luz e de alegria e por quem tudo vale a pena.

Aos meus pais José e Doralice, cujo exemplo de dignidade e simplicidade procuro seguir.

Ao professor e orientador Doutor Dirceu de Mello, mestre exemplar, cujos ensinamentos foram decisivos para a elaboração deste trabalho.

Ao professor René de Santis pela inestimável colaboração na revisão dos textos.

RESUMO

Evoluímos para o Direito Penal de *ultima ratio*, com sanções mais adequadas à dignidade humana. No campo processual, a relação hierarquizada do Estado para com o autor da infração está cedendo lugar para o consenso no âmbito penal, em especial entre autor e vítima dos crimes de menor gravidade, consenso esse determinante para que o Direito Penal cumpra seu papel de pacificação social.

Essa tendência decorre da fundamentação do Direito Penal nos princípios constitucionais, em especial os da subsidiariedade, da ofensividade, da proporcionalidade e da insignificância e visa, precipuamente, à proteção dos bens jurídicos mais relevantes e à aplicação de penas alternativas à privação da liberdade.

Temos um conceito legal e rígido de menor potencialidade lesiva, mas é preciso criar mecanismos para flexibilizar o conceito, deixando aos aplicadores do Direito a incumbência de aferir, em cada caso concreto, a maior ou menor gravidade do fato.

Propomos a adoção de requisitos positivos (disponibilidade do bem jurídico, formas privilegiadas dos crimes patrimoniais, pena em perspectiva e a reparação do dano) para considerar de menor potencialidade lesiva alguns crimes com pena máxima superior a dois anos, bem de requisito negativo (a dignidade humana) para excluir desse rol crimes com pena máxima inferior a dois anos.

Palavras-chave: Crimes menor potencial ofensivo: requisitos positivos e negativos. Princípios constitucionais. Consenso no Direito Penal.

ABSTRACT

We developed an *ultima ratio* Criminal Law, with sanctions more suitable to human dignity. In the procedural field, the hierarchical relationship of the State to those whom commit a transgression begins to give a consensus to the scope of the law, especially between the offender and the victim of a crime of minor seriousness: this consent will determine that Criminal Law then performs the special role of social pacifier.

This tendency follows from the constitutional principles of the Criminal Law, especially ancillary, offense, proportionality, insignificance which aims to give protection to the larger judicial system and the use of alternative punishment instead of deprivation freedom.

We have now have a legal concept but to reduce anything potentially prejudicial, it is needed to establish some flexibility of this concept: letting those who apply the Law the incumbency of rating, in each factual case, the greater or lesser seriousness of the offense of the case.

We propose the choice of positive requisites (availability of the legal assets, favored features of inheritance/ancestral law, punishment in perspective and reparation to the injured party). Also to consider some crimes of lesser seriousness with a maximum punishment over two years, assets of negative requisite (Human Rights) in order to exclude from this list crimes with a maximum penalty less than two years.

Key words: minor potentiality prejudicial crimes; positives and negatives requisites. Constitutional principles. Consensus to Criminal Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
------------------------	-----------

CAPÍTULO I

DIREITO PENAL: EVOLUÇÃO E TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS

1. Introdução.....	21
2. Função ou fins da pena.....	25
2.1. Teorias absolutas.....	26
2.2. Teorias relativas.....	28
2.2.1. A pena como instrumento de prevenção geral	29
2.2.2. A pena como instrumento de prevenção especial.....	32
2.3. Teoria mista, eclética ou unificadora da pena.....	33
3. Panorama contemporâneo.....	34
4. Os movimentos penais.....	36
4.1. Abolicionismo penal.....	38
4.2. Direito Penal mínimo: descriminalização e despenalização.....	43
4.2.1. Direito administrativo sancionador.....	46
4.2.2. Garantismo.....	49
4.3. O Movimento da Lei e da Ordem.....	53
4.3.1. Direito Penal do Inimigo.....	56

CAPÍTULO II

O BEM JURÍDICO COMO PARADIGMA PARA A CRIAÇÃO DOS TIPOS PENAIS E PARA A COMINAÇÃO DAS PENAS

1. Introdução.....	62
2. Conceito de crime.....	64
3. Bem jurídico.....	67
3.1. Evolução histórica do bem jurídico.....	69
3.2. Teorias do bem jurídico.....	70
3.2.1. Teorias sociológicas.....	71
3.2.2. Teorias constitucionalistas.....	72
3.2.2.1. Teorias constitucionais amplas.....	74

3.2.2.2. Teorias constitucionais restritas.....	76
3.2.2.3. Conseqüências das teorias constitucionais indicações ou determinações de criminalização?.....	78

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

1. Introdução.....	83
2. Princípio da legalidade.....	87
2.1. Princípio da legalidade formal e seus respectivos corolários.....	89
2.1.1. Princípio da reserva legal.....	90
2.1.2. Princípio da taxatividade.....	91
2.1.3. Princípio da irretroatividade.....	93
2.2. Princípio da legalidade material: fundamentos para um Direito Penal de <i>ultima ratio</i> ou da intervenção mínima.....	93
2.2.1. Princípio da subsidiariedade.....	95
2.2.2. Princípio da proporcionalidade.....	98
2.2.3. Princípio da ofensividade ou da lesividade.....	104
2.2.4. Princípio da insignificância.....	107
2.2.4.1. Origem e conceito.....	107
2.2.4.2. Natureza jurídica.....	110
3. Princípio da dignidade humana.....	112
3.1. Conceito.....	117
3.2. Natureza jurídica e alcance.....	118

CAPÍTULO IV

O CONSENSO NO DIREITO PENAL

1. Introdução.....	123
2. Origem e fundamentos do consenso.....	124
3. Modelos de consenso.....	132
4. A revalorização da vítima.....	133
5. Consenso entre autor e vítima.....	138
5.1. Conciliação	138
5.2. Composição civil: a reparação do dano.....	139

5.2.1. Concepções a cerca da reparação do dano.....	140
5.2.2. A reparação do dano e seus reflexos no âmbito civil.....	141
5.2.3. A reparação do dano e seus reflexos no âmbito penal.....	142
5.2.3.1. A reparação do dano como “terceira via”.....	145
5.2.3.2. A reparação do dano como pena.....	147
5.2.3.3. A reparação do dano como forma de despenalização ou redução da pena.....	148
5.2.3.4. A reparação do dano como causa extintiva da punibilidade.....	148
6. O consenso entre o autor e o Estado.....	156
7. Conclusão.....	158

CAPÍTULO V

INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

1. Introdução.....	158
2. A busca de um conceito.....	163
2.1. O tratamento legal às infrações penais de menor gravidade no direito comparado.....	166
2.1.1. Alemanha.....	166
2.1.2. Itália.....	168
2.1.3. Portugal.....	169
2.1.4. Espanha.....	170
2.1.5. Nicarágua.....	170
2.1.6. Panamá.....	171
2.1.7. Polônia.....	172
2.1.8. Uruguai.....	172
2.1.9. Venezuela.....	173
3. Conceito de infração penal de menor potencialidade com fundamento nos princípios constitucionais.....	173
3.1. A legitimidade da função judicial de “criar” o Direito por meio de uma interpretação fundada nos princípios constitucionais.....	176
3.2. Alguns exemplos de decisões extra-legais amparadas nos princípios constitucionais.....	181

3.3. Discricionariedade judicial estabelecida pela legislação penal.....	185
3.4. Possíveis objeções à “criação” do Direito pelo Judiciário.....	187
4. Requisitos positivos para o conceito de menor potencialidade lesiva.....	189
4.1. Disponibilidade do bem jurídico.....	189
4.2. Formas privilegiadas.....	190
4.3. Pena em perspectiva.....	192
4.4. Reparação do dano.....	196
5. Requisitos negativos para um conceito de menor potencialidade lesiva..	197
5.1. Dignidade humana.....	197
5.2. A conjugação do desvalor da ação e do resultado.....	201
6. Proposta para a modificação da Lei n. 9.099/95.....	202
a) <i>contravenções penais</i>	202
b) <i>crimes dolosos com pena máxima cominada igual ou inferior a 02 anos, desde que não ofenda a dignidade da vítima</i>	203
c) <i>crimes culposos que não resultem na morte ou lesão grave ou gravíssima na vítima</i>	204
d) <i>crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, na forma privilegiada</i>	204
e) <i>crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que tenha havido reparação do dano</i>	205
CONCLUSÃO	206
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	209

INTRODUÇÃO

O Direito Penal tem sido o indicador mais confiável do nível de democracia das nações. Quanto mais rigoroso o Direito Penal, mais totalitário o Estado; quanto mais liberal e garantista a legislação penal, mais democrática é a Nação.

A evolução do Direito Penal acompanha, “pari passu”, a evolução do próprio homem. Das sociedades primitivas, onde as condutas eram tidas como ofensivas a Deus e reinavam as vinganças privada ou divina e pública como sanção, evoluímos para a sociedade atual, onde o Direito Penal tem atuação mínima e a sanção é imposta pelo Estado.

Nessa evolução, o homem abandonou, como processo de apuração dos fatos, os julgamentos pelos próprios ofendidos, os juízos ordálicos ou divinos e a inquisição. Consagrou o processo garantista, adotando, dentre tantos, os princípios da ampla defesa e da presunção da inocência. Colocou à margem a responsabilidade objetiva para consagrar a inatacável responsabilidade subjetiva. Substituiu as penas cruéis, infamantes e tantas outras que atingem sobremaneira a pessoa humana, para adotar a privação da liberdade e as penas alternativas à prisão como as mais comuns formas de sanção penal.

Das legislações complexas, sem sistematização, que previam tipos penais pitorescos e risíveis¹, evoluímos para a subsidiariedade, a intervenção mínima, enfim, para o Direito Penal da *ultima ratio*.

¹ As Ordenações Filipinas, Título LXXXV: Dos mexeriqueiros: *por se evitarem os inconvenientes, que dos mexericos nascem, mandamos, que se alguma pessoa disser á outra, que outrem disse mal*

Hoje, advoga-se com muita ênfase, a descriminalização e a despenalização, características do minimalismo penal.

A intervenção mínima e o processo de despenalização foram os temas centrais do IX Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinqüentes, realizado no Cairo, Egito, no período de 28 de abril a 08 de maio de 1995, quando foram propostas, dentre outras, a ampliação das hipóteses de concessão da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, a descriminalização das contravenções penais e dos delitos de pouca significância, o aumento das penas alternativas, a proibição da conversão da multa em prisão e a instituição dos juzizados especiais.

No Brasil, parte desses anseios da comunidade jurídica foi acolhida pelo Constituinte de 1988 que previu a criação, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos então Territórios (hoje extintos), dos juzizados especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (artigo 98, I, da Constituição Federal).

O Constituinte mitigou princípios até então rígidos, como o da obrigatoriedade da ação penal pública, impôs procedimento célere para o julgamento e criou o instituto despenalizador da *transação penal*.

Entretanto, não estabeleceu critérios norteadores para a conceituação de *infração de menor potencial ofensivo*, deixando a tarefa a cargo do legislador ordinário, postura essa que sofreu críticas de Lenio Luiz Streck², por considerar que o constituinte deveria ter indicado um critério ao legislador infraconstitucional.

delle”, Título C: Das cousas que se não podem trazer por dó, regulamentando as vestimentas dos parentes das pessoas falecidas.

² Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 28, p. 112.

Oito anos depois, foi aprovada e sancionada a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 que, no artigo 61, considerou como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes com pena máxima cominada até 01 ano. O mesmo dispositivo legal afastou do conceito de menor potencial ofensivo os crimes que, embora com pena máxima de 01 ano, a lei preveja procedimento especial.

O dispositivo constitucional não previu os juizados especiais no âmbito da Justiça Federal e, por isso, houve a necessidade de modificar a Constituição, o que foi feito pela Emenda n. 22, de 18 de março de 1999, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 98, determinando a criação dos juizados para o julgamento dos crimes de pouca gravidade que atentem contra bens ou interesses da União.

Pouco mais de dois anos depois, a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, dispôs sobre os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal e, contrariamente ao que estava previsto na Lei n. 9.099/95, considerou como de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos, ou multa.

A partir de então se estabeleceu, na doutrina e na jurisprudência, uma acirrada discussão a respeito de a Lei n. 10.259/01 ter ou não modificado o conceito de menor potencial ofensivo.

De um lado, sustentou-se que o legislador dispensou tratamento especial para os crimes de competência da Justiça Federal e, em consequência, não modificara o conceito de menor potencialidade lesiva para os crimes de competência da Justiça Estadual.³

³ Por todos, Francisco Glauber Pessoa Alves, *Constitucionalidade da Lei nº 10.259/01: desvirtuamento do princípio isonômico, interpretação equivocada e juízes-legisladores*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2903>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

Em posição antagônica, a doutrina majoritária⁴ sustenta que a Lei n. 10.259/01 derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, pois, em face o princípio da igualdade, o mesmo crime (o exemplo mais utilizado foi o desacato – art. 331 do Código Penal), não poderia, por conta da competência para o julgamento, ter tratamento legal diferenciado. Essa tese foi consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça⁵ e pelo Supremo Tribunal Federal.⁶

Hoje essa discussão está superada em virtude do advento da Lei n. 11.313, de 28 de junho de 2006, que deu nova redação aos artigos 60 e 61 da Lei n. 9.099/95,⁷ elevando para 02 anos (como já o fizera a Lei n. 10.259/01) o máximo da pena cominada para que o crime possa ser considerado de menor potencial ofensivo. Além disso, essa lei não excluiu do rol de menor potencial ofensivo os crimes que a lei preveja procedimento especial.

Constata-se, portanto, que o legislador pátrio nada mais fez do que *rotular* ou *etiquetar* o que seja crime de menor potencial ofensivo, levando-se em

⁴ Por todos, Luiz Flávio Gomes, *Primeiras polêmicas sobre a nova competência dos Juizados Criminais*, Boletim do IBCCrim, n. 111, p. 3.

⁵ Esta Corte tem entendido que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei nº 10.259/2001, passando a compreender os delitos cuja pena em abstrato não exceda a 2 anos, abrangendo os de competência da Justiça Estadual, inclusive no que diz com a possibilidade de aplicação do instituto da transação penal, disciplinada no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, não interferindo, contudo, na regra do art. 89, que trata da suspensão condicional do processo (HC. 31599/SP, 6. T., rel. Min. Paulo Gallotti, j. 02.03.2004, DJ 20.02.2006, p. 365).

⁶ “Habeas corpus”. Processo penal. Crime de imprensa. Lei 10.259/2001. Pena máxima cominada não superior a dois anos. Crime de menor potencial ofensivo. Competência. Juizado especial criminal. 1. Com o advento da Lei nº 10.259/01, não cabe mais perquirir se há previsão de procedimento especial para determinado crime, com o objetivo de enquadrá-lo, ou não, no conceito de crime de menor potencial ofensivo. Basta o exame da pena cominada, a qual não poderá ser superior a dois anos. 2. Não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. 3. Ordem indeferida. (HC 85694/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 2. T., j. 07.06.2005, DJ 01.07.2005, p. 00088).

⁷ Art. 1º Os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.” (NR)

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (NR)

conta tão-somente a pena cominada. Nenhuma das leis considera o valor ou a disponibilidade dos bens jurídicos tutelados, nem atenta para os princípios do Direito Penal, para definir infração de menor gravidade. O atual critério legal seria viável se o postulado da proporcionalidade fosse respeitado, mas a legislação brasileira sempre foi, e continua sendo pródiga em distorções, deixando à margem o bem jurídico, para adjetivar atos graves de violência contra pessoas, como de menor potencial ofensivo.⁸

Não se descuida que o princípio da individualização da pena já é considerado na elaboração das normas penais, quando o legislador faz a valoração dos bens jurídicos afetados e comina penas mínimas e máximas. Entretanto, afora as ofensas ao princípio da proporcionalidade, o atual Código Penal brasileiro foi elaborado quando as condições sociais, políticas e econômicas eram diversas e foram significativamente modificadas.⁹ Assim, o elenco de condutas humanas e sua respectiva valoração no momento da codificação não condizem com o Estado contemporâneo.

A própria expressão *menor potencial ofensivo* é criticada porque, se a ofensa é mínima, poderia caracterizar o *crime de bagatela* que, por força do princípio da insignificância, não deve ser contemplado pelo Direito Penal.

Não bastasse isso, a Lei 9.099/95 criou, também, a suspensão do processo para os crimes cuja *pena mínima* cominada seja igual ou inferior a 01 ano¹⁰, ao passo que a Constituição Federal tratou dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII). Com isso, podemos dizer hoje, existem quatro categorias de crimes: a) *de*

⁸ Cf. Salo de Carvalho, *Violência doméstica e juizados especiais criminais: análise desde o feminismo e o garantismo*. *Revista de Estudos Criminais*, n. 19, p. 59-60.

⁹ Cf. Márcia Dometila Lima de Carvalho, *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 22.

¹⁰ Artigo 89: Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1(um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo

menor potencial ofensivo (submetidos às regras da Lei 9.099/95); b) *de médio potencial ofensivo* (que admitem a suspensão do processo estabelecida no artigo 89 da Lei n. 9.099/95); c) *graves* (que não admitem os dois benefícios anteriores), e; d) *de especial gravidade*¹¹ (os rotulados de hediondos). Uma outra classificação seria: a) *crimes hediondos*; b) *crimes não-hediondos*; e, c) *crimes de menor potencialidade lesiva*.¹²

A par dessas categorias, podemos incluir aquelas condutas insignificantes que, embora se amoldem ao tipo formal, são materialmente atípicas.

A dificuldade em estabelecer critérios para incluir um crime em uma ou outra categoria aumenta em razão da *inflação legislativa* que assola o país. Leis e mais leis são produzidas, ao sabor das contingências. Assim, a Lei dos Crimes Hediondos foi aprovada às pressas em virtude da onda de extorsões mediante seqüestro que assolava o Estado do Rio de Janeiro. Poucos anos depois, em virtude da morte da atriz Daniela Perez e da atuação de sua mãe Glória Perez, novelista da Rede Globo de Televisão, essa lei foi modificada para incluir o homicídio no rol dos crimes hediondos.

No início deste milênio, logo após um adolescente ter assassinado a jovem Liana Friedenbach, fato ocorrido na Grande São Paulo, o senador Magno Malta apresentou projeto de emenda à Constituição Federal visando à redução da maioria penal, chegando a batizar o projeto com o nome da vítima.

Como se nota, a modificação da legislação é feita episodicamente, depois de fatos rumorosos, e não por critérios científicos. Essa postura parlamentar

processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

¹¹ A expressão "*crimes de especial gravidade*" foi sugerida pelo Ministro Francisco de Assis Toledo em substituição à expressão "*crimes hediondos*", cf. Mensagem 783, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 33, p. 6.

levou o jurista paranaense Renné Ariel Dotti a afirmar que “o nosso país vive um momento de profunda contradição no campo legislativo em matéria penal e processual penal. Enquanto o Governo ou entidades representativas instituem grupos de trabalho ou comissões de especialistas para se dedicarem à tarefa de revisão do sistema positivo, novas leis vão surgindo sem os cuidados científico e técnico que geralmente informam as atividades dos grupos ou comissões no debate das idéias, na preocupação com a substância das propostas e no zelo com a forma de redação. São leis de ocasião, produzidas para tentar suprir erros clássicos do sistema penal ou graves vícios dos procedimentos investigatórios”.¹³

O mesmo fenômeno ocorreu com o Código Penal Espanhol de 1996 que, nas palavras de Francisco Muñoz Conde, “num primeiro momento, um Direito Penal funcionalizado pela política criminal e pelos interesses preventivos gerais tem uma melhor justificativa perante a opinião pública, e é mais rentável política e eleitoralmente do que um Direito Penal mínimo, puramente garantidor, concebido como *ultima ratio* do ordenamento jurídico”.¹⁴

No tocante à cominação de penas, a situação não é diferente. Muitas leis são elaboradas tão-somente para alterar pontualmente alguns artigos da legislação penal, aumentando penas e reduzindo ou suprimindo benefícios.¹⁵ É a chamada “legislação do pânico”.

Foi assim com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990), que majorou a pena de inúmeros crimes, dentre eles o estupro e o atentado violento ao pudor; com a Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que

¹² Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, *Qual o caminho seguro para uma ‘Gesamte Strafrechtswissenschaft’ , nesses tempos de fatos puníveis secundários?*. In: Direito penal secundário, p. 150.

¹³ Um pouco da história luso-brasileira, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 10, p. 176.

¹⁴ O “moderno” direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências, *Discursos sediciosos*, p. 38.

criminalizou o porte e a posse ilegal de arma de fogo; com o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003), que aumentou sensivelmente as penas das condutas típicas relacionadas com armas de fogo; com a Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, que tornou mais severa a pena do crime de lesão corporal praticado no âmbito doméstico, conduta denominada de *violência doméstica*, etc. Mais recentemente, a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 novamente modificou a pena do crime previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal, elevando-a para 03 anos de detenção e, por conseqüência, excluindo-o do rol de menor potencial ofensivo.

Esse desarranjo legislativo no campo criminal leva à trágica conclusão de que as leis são elaboradas sem qualquer critério.¹⁶

Como se demonstrará no desenvolvimento deste trabalho, o conceito de *menor potencialidade* não pode estar embasado exclusivamente no critério da pena máxima cominada, pois, nessa etapa da individualização da pena, invariavelmente não se adota o irrenunciável princípio da proporcionalidade.

Se levarmos em conta o disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, que coloca a dignidade humana como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, os crimes de lesão corporal, de constrangimento ilegal e de maus tratos, por exemplo, que atingem profundamente a dignidade humana, não poderiam ser considerados de menor potencial ofensivo. Por outro lado, o furto simples de coisa de pequeno ou médio valor, que atinge bem jurídico individual e disponível, poderia estar no rol dos crimes que admitem os institutos despenalizadores.

¹⁵ Leis denominadas de “diploma meramente alterador”.

¹⁶ Cf. Juarez Tavares, Critérios de seleção de crimes e cominação de penas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial de lançamento, p. 75.

Outra contradição é encontrada no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003), onde os crimes contra a pessoa do idoso são considerados menores, pois têm penas máximas iguais ou inferiores a 02 anos, enquanto os crimes contra o seu patrimônio não têm essa característica.

Por fim, a crescente violência contra as mulheres levou o Brasil a aprovar, pelo Decreto Legislativo n. 107/95 e promulgada pelo Decreto n. 1.973/96, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Entretanto, por muito tempo a maioria das condutas criminosas contra elas praticadas foram consideradas de pouca ofensividade. Só recentemente, com o advento da Lei n. 11.340/06, é que esses delitos foram excluídos da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Diante dessa realidade, procuraremos demonstrar que o conceito de pouca ofensividade, que permite a aplicação de institutos despenalizadores, deve ser buscado nos princípios constitucionais do Direito Penal, quer para incluir um determinado delito nesse rol, quer para excluí-lo.

O trabalho está dividido em duas partes: na primeira abordaremos a crise por que passa o Direito Penal, em especial por conta da ineficácia da pena privativa de liberdade como meio de controle social e de proteção de bens jurídicos. Por conta disso, serão abordadas as conseqüências jurídicas do delito, com a evolução das penas, das teorias que a fundamentam e as modernas tendências do Direito Penal, com ênfase sobre o minimalismo e os princípios que o fundamentam.

Nesse contexto, será demonstrada a relevância do bem jurídico na formulação dos tipos e na fixação das sanções, isso porque a nova ordem Constitucional fez indicações e até determinações de criminalização. Como acentuado por Márcia Dometila, “com o advento de uma nova era constitucional,

torna-se imprescindível uma revisão dos bens jurídicos tutelados pela lei penal, determinando-se, à vista da nova Constituição, onde deve estar o acento dos tipos penais, como devem ser hierarquizados e, conseqüentemente, como devem ser graduadas as penas à luz da importância daqueles bens para os objetivos constitucionais”.¹⁷

Na segunda parte, (capítulos IV e V) serão abordados temas específicos, calcados nos fundamentos do Direito Penal, buscando um conceito científico e não meramente seletivo de condutas de menor potencial ofensivo. Nessa parte serão estudados o consenso no Direito Penal e os institutos que podem ser utilizados para considerar ou desconsiderar um delito como de menor potencialidade lesiva. No final, concluiremos que o conceito não pode ser rígido, deixando aos operadores do Direito certa margem de discricionariedade para aplicar os institutos despenalizadores a determinados delitos. Para tanto, as partes intervenientes deverão levar em conta requisitos positivos e/ou negativos para concluir se o fato é não grave.

¹⁷ Op. cit., p. 37.

CAPÍTULO I

DIREITO PENAL: EVOLUÇÃO E TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS

1. Introdução

Breve análise da evolução do Direito Penal nos indica que a seleção dos bens jurídicos e das condutas que os afetam, bem como a gravidade das sanções, se modificaram e se humanizaram com o passar dos tempos.

A fase primitiva, ou *Era das Trevas*, foi marcada pelo arbítrio na definição dos crimes e na determinação das penas, pela desigualdade de tratamento para nobres e plebeus, métodos de execução atrozes como forca, fogueira, arrancamento de vísceras, enterramento em vida, mutilações, açoites, penas infamantes, etc. A privação da liberdade era utilizada exclusivamente para assegurar a execução da pena que havia sido aplicada ou para que o autor não fugisse antes do julgamento.

A humanização da execução da pena de morte teve início com a criação da guilhotina, sugerida pelo professor de anatomia da Faculdade de Paris, José Ignácio Guillotin, que substituíu a tortura e os suplícios pela decapitação.

No campo processual, as características fundamentais eram a ausência de defesa, os métodos inquisitoriais, os juízos ordálicos, o que levou Voltaire (François-Marie Arouet Voltaire) a chamar os magistrados de seu tempo de *bárbaros de toga*.

No Brasil a situação foi semelhante. As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas¹⁸ previam a pena capital para a maioria das infrações penais e a execução, no mais das vezes, era cruel, com aplicação de suplícios, esquartejamento, etc.

A modernização e, por conseqüência, a humanização do Direito Penal se iniciou na *Era das Luzes*, após a publicação da obra de Beccaria, por meio da qual sustentou que “para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis”.¹⁹

Os ideais iluministas marcaram o início do Direito Penal moderno, com o abandono das preocupações éticas e religiosas e a adoção de postulados humanistas e de princípios fundamentais, como os da intervenção mínima, proporcionalidade e legalidade. As penas e os processos deixam seus aspectos verdadeiramente selvagens para tomar posições humanistas. As penas corporais foram gradualmente abandonadas, dando lugar à privação da liberdade. A figura humana passou a ser prestigiada como um postulado de Justiça.

Conseqüência dos ideais iluministas foi a Revolução Francesa de 1789 e, com ela, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos mais importantes instrumentos de garantias da pessoa humana.

Os Constituintes franceses estabeleceram princípios fundamentais em matéria penal e processual, tais como: a) legalidade dos crimes e das penas; b) juiz

¹⁸ As Ordenações Filipinas vigoraram entre os anos de 1603 a 1830 e foram as que mais influenciaram o direito brasileiro.

¹⁹ *Dos delitos e das penas*, p. 139.

natural; c) intervenção mínima do Direito Penal); d) presunção de inocência e; e) punição do abuso de poder.²⁰

Objetivamente, as etapas da evolução da justiça punitiva podem ser assim resumidas²¹: a) crime é um atentado contra os deuses e a pena é o meio de aplacar a cólera divina; b) crime é agressão violenta de uma tribo contra outra e a pena, a vingança de sangue ou a perda da paz; c) crime é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo Estado e a pena é a reação do Estado contra a vontade do indivíduo.

Estamos no início do século XXI em que a ordem econômico-social é completamente distinta. Vivenciamos uma sociedade tecnológica, massificada e global, em que a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela suscetível de produzir riscos também globais. É evidente que numa sociedade com tal nível de problematidade, propõe-se, desde logo, um novo tipo de abordagem ao Direito Penal. Novos valores precisam ser tutelados e outros, outrora de vital importância, não mais carecem de tutela penal, pois sendo o Direito Penal a “fisionomia” de uma sociedade num determinado momento de sua evolução histórica, impossível compreendê-lo isolado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos contemporâneos.²²

Para Maria Lúcia Karam, “esta seleção e definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras a que se dará um tratamento penal estão vinculadas e são determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve tal manifestação de poder do Estado – fator da organização e do equilíbrio global daquela formação social – inexistindo, portanto, uma conceituação

²⁰ Renné Ariel Dotti, Um pouco da história luso-brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 147.

²¹ Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 47-8.

²² Cf. Giuseppe Bettiol, *Direito penal: parte geral*, v. 1, p. 44.

ontológica – um *delito natural* presente em todo tempo ou em todo lugar, o delito se definindo substancialmente, por seu tratamento normativo historicamente determinado”.²³

Paralelamente, as espécies de pena e a sua finalidade são temas tormentosos que também se alteram com o passar dos tempos. Em nome de um Direito Penal humano, a adoção da pena privativa de liberdade representou um grande avanço, ao substituir a pena capital e as penas corporais. Modernamente, a privação da liberdade constitui o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo.

Não obstante, o tempo mostrou que a pena privativa de liberdade também passou a ser degradante na medida em que não ressocializa nem evita novos crimes. Chegou-se à conclusão, também, de que ela não é um meio eficaz no combate à criminalidade. A perda da liberdade cria novas regras de comportamento entre os encarcerados com o objetivo de preservar a integridade do grupo. Além disso, “propicia a formação de uma sociedade antinatural, na qual o sujeito carece de motivações da sociedade livre, surgindo outras, rudes e primitivas, que costumam resistir após a recuperação da liberdade”.²⁴

Por isso, chega-se à conclusão de que a pena criminal restritiva da liberdade é uma solução imperfeita, pois não restaura o “*status quo*”, não previne novos delitos, não ressocializa e acarreta mais custos dos que benefícios sociais.²⁵

²³ *Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas*, p. 332.

²⁴ Zafaroni & Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 794-5.

2. Função ou fins da pena

Estabelecer o verdadeiro sentido da pena é tarefa das mais difíceis. A evolução do homem e as peculiaridades de cada Estado dificultam sobremaneira a fixação de regras comuns, pois as necessidades de cada grupo social são bastante heterogêneas.

Analisando os conceitos de pena dados pela doutrina clássica, chegamos à conclusão de que ela é *mal que se impõe ao autor de um delito*, que implica na diminuição de bens jurídicos. Vejamos: Franz von Liszt a define como “o *mal*, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça, o Estado inflige ao delinqüente em razão do delito” (destacamos).²⁶ Beling a conceitua como “o *sofrimento* que o ordenamento jurídico impõe ao autor de um determinado fato ilícito” (destacamos).²⁷ Dentre os juristas pátrios, Magalhães Noronha afirma que “a pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado”.²⁸

A idéia de retribuição, de castigo pelo mal praticado perdurou por muito tempo, mas modernamente a finalidade da pena tem ganhado contornos diversos. Isso decorre da evolução das teorias sobre os fins da sanção criminal.

As teorias sobre os fins da pena podem ser divididas em três grandes grupos: absolutas, relativas e mistas ou ecléticas.

²⁵ Cf. Maura Roberti, *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*, p. 41.

²⁶ *apud* Gilberto Ferreira, *Aplicação da pena*, p. 3.

²⁷ *Ibid.*, p. 3.

²⁸ *Direito Penal*, v. 1, p. 220.

2.1. Teorias absolutas

As teorias absolutas encaram a pena como mera *retribuição, compensação do mal do crime*. É o mal (pena) pelo mal (crime). Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias, “é a *justa paga* do mal que com o crime se realizou, é o *justo equivalente* do dano do fato e (ou) da culpabilidade do agente”.²⁹

Essas teorias têm caráter meramente retributivo, não atribuindo à pena qualquer fim, a não ser o castigo, reação ao ato praticado, restabelecendo o sistema de Talião: “olho por olho, dente por dente”. Embora criticado pelo seu caráter meramente retributivo, esse sistema se constituiu no germe do princípio da proporcionalidade. Para Kant, a lei penal é um imperativo categórico e a pena não tem qualquer caráter preventivo, sendo um fim em si mesma.

O caráter retributivo foi concebido em um momento da história em que havia absoluta identidade entre o soberano e o Estado, onde o poder do soberano era concedido diretamente por Deus. Com isso, tinha poderes ilimitados para a aplicação dos castigos aos que se rebelavam contra ele e, por consequência, contra o próprio Deus.

Com a decadência do Estado absolutista e o surgimento do mercantilismo, a pena deixa de ser uma ofensa a Deus para se tornar uma medida necessária à restauração da ordem jurídica interrompida pelo crime.

Nesse contexto é que Beccaria propôs que as penas não devessem ultrapassar a necessidade. No contrato social de Rousseau encontra o sustentáculo da proporcionalidade entre o crime e a sanção.

²⁹ *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 91.

O caráter retribucionista ganhou corpo em Carrara, expoente da Escola Clássica, para quem “o fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade”.³⁰ Bettioli, por seu turno, afirma que “a idéia da retribuição é portanto idéia central do direito penal. *A pena encontra razão de ser no seu caráter retributivo*. A retribuição é uma das idéias-forças de nossa civilização” (destaques no original).³¹

A concepção absoluta sofreu severas críticas porque visava somente a compensação do mal do crime pelo mal da pena, levando em consideração os fatos passados, sem qualquer preocupação com o futuro do condenado. Além disso, não aponta medidas exatas de retribuição.

Com a adoção do Estado Social, de caráter intervencionista, a pena deixa de ser uma vingança ou retribuição, passando a ter um caráter preventivo, um olhar para o futuro, surgindo daí as teorias relativas.³²

Em nome da dignidade como pessoa humana, a função da pena há de ser individual, de resposta à ação punível desejada, para afirmação de uma regra universal que a razão prática do próprio infrator deveria ter reconhecido e respeitado, ainda que apenas exteriormente. Hegel, por seu turno, sustenta que a pena restaura o ordenamento jurídico, ou seja, a pena é a negação da negação. O crime surge como a negação da vontade geral, que é o ordenamento jurídico, e a pena negará a vontade especial do delinqüente.³³

³⁰ *Programa de direito criminal*, v. 2, p. 74.

³¹ *Direito penal*, v. III, p. 85.

³² Cf. Antonio Luis Chaves Camargo, op. cit., p. 45.

2.2. Teorias relativas

A formulação dessas teorias, também denominadas de *preventivas* ou *teoria dos fins*, é atribuída a Sêneca que, reportando-se a Protágoras e a Platão, afirmou que “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”.³⁴

Segundo Jeschek³⁵, a crença na possibilidade de o homem ser reeducado para a vida social são as razões que convergem para as teorias relativas da pena.

Do mesmo modo que as teorias absolutas, as relativas vêm a pena como um mal necessário, não apenas como retribuição do passado, mas para prevenir fatos futuros. A pena deve ser utilitária no sentido de evitar que o condenado volte a delinquir, surgindo a finalidade de prevenção geral e prevenção especial.

Nessa perspectiva, a pena deve ser um instrumento político-criminal, não como um fim em si mesma, mas para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente a prevenção ou a profilaxia criminal.³⁶

O jurista alemão Feuerbach, grande crítico das teorias retribucionistas, foi o precursor das teorias relativas ou preventivas. Dividiu a prevenção em *geral* e *especial*, com o argumento de que o problema da criminalidade se revolve por meio do Direito Penal. De um lado, com a cominação de pena avisando aos membros da

³³ Cf. Antonio Luis Chaves Camargo, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, p. 40-1.

³⁴ Cf. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 1., p. 75.

³⁵ *Ibid.*, p. 45.

³⁶ Jorge Figueiredo Dias, *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 97.

sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; de outro, com a aplicação da pena cominada, deixa patente a disposição de cumprir a ameaça.³⁷

A prevenção geral encerra uma função social da pena, considerando-a em face da coletividade. Já a prevenção especial considera a pena em face do agente, assumindo um caráter individual.

2.2.1. A pena como instrumento de prevenção geral

A prevenção geral, como um dos fins da pena, está embasada na “teoria da coação psicológica” de Feuerbach. Por essa teoria, a pena é uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, ou seja, uma coação psicológica com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.

Para Jorge Figueiredo Dias, a prevenção geral radica na “concepção de pena como instrumento político-criminal destinado a *atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes* através da *ameaça* penal estatuída pela lei, da realidade da *aplicação* judicial das penas e da efetividade da sua execução” (destaques no original).³⁸

A prevenção geral pode ser analisada sob duas perspectivas: *negativa* e *positiva*.

A pena assume um caráter de *prevenção geral negativa* pelo seu poder intimidativo, impedindo que outras pessoas pratiquem fatos criminosos. Por essa característica, a pena independe dos fatos já praticados, pois ela se destina, precipuamente, a intimidar outras pessoas a não delinquir. A prevenção geral

³⁷ Cf. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 76.

³⁸ *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 98-9.

negativa se apóia na idéia de que as pessoas se absterão de cometer delitos pelo temor de serem descobertas e castigadas.

Uma das maiores críticas a essa teoria é que uma pessoa deve ser castigada pelo que fez e não em consideração aos demais membros da sociedade. Assim, não é crível que se elimine a vida de um delinqüente para intimidar pessoas que ainda não delinqüiram. Além disso, difícil encontrar o “quantum” de sofrimento necessário para intimidar a generalidade das pessoas e, com isso, corre-se o risco de se transformar em instrumento de terror na medida em que o condenado poderia sofrer além do necessário para que a pena pudesse intimidar os que não praticaram qualquer infração penal. Ademais, essa teoria não teria qualquer eficácia quanto aos inimputáveis e aos criminosos habituais.

Outro dado a ser considerado é que a pessoa com tendência à prática de crime irá avaliar a relação “custo-benefício”: se o risco de ser preso for alto, pensa duas vezes antes de agir; se for baixo, a audácia aumenta. Sob esse enfoque, o autor do delito é sujeito racional que obedece a considerações de eficiência e calcula os custos e as vantagens que cada ação lhe proporciona. O que leva o sujeito a delinqüir é a consciência de que o delito traz mais vantagens do que o comportamento lícito. Portanto, não é razoável aplicar sanções inúteis se o agente não a leva em conta na sua tomada de decisão.³⁹

De outra banda, a pena assume um caráter de *prevenção geral positiva* pela confirmação do Direito como ordem ética, visando a reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos. A sanção corresponde a uma necessidade de afirmar certos valores ou bens jurídicos, visando a garantir as normas e influir em outros processos de

³⁹ Cf. Jesús-María Silva Sánchez. *Eficiência e direito penal*, passim.

controle social, fora do Direito Penal. Segundo Antonio Luis Chaves de Camargo, “a prevenção geral positiva pretendeu oferecer os caminhos para a legitimidade da pena, indicando uma função educativa que intervém no foro íntimo do cidadão, no sentido de orientá-lo ao atendimento dos valores vigentes ou para manter sua fidelidade ao Direito”.⁴⁰

Essa teoria não protege bens jurídicos, pois quando o Direito Penal atua, já houve o dano ao bem. Por isso, a função do Direito Penal é “assegurar a vigência real dos valores fundamentais ético-sociais da sociedade”, ou seja, tem caráter preventivo geral positivo.⁴¹

Para Claus Roxin, na prevenção geral positiva podem-se distinguir três fins e efeitos distintos, mas entrelaçados: o efeito de aprendizagem, motivado sócio-pedagogicamente; o exercício na confiança do Direito que se origina na população pela atividade da justiça penal, confiança essa que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica; o efeito de pacificação que se produz quando a consciência jurídica geral se tranqüiliza em virtude da sanção sobre a quebra da lei e considera solucionado o conflito com o autor.⁴²

Essa teoria ganharia força e importância na medida em que fossem criados mecanismos de cunho econômico para reduzir a criminalidade, como atribuir custos adicionais (indenização superior ao benefício do crime) ou vantagens para quem optar por atividades lícitas.⁴³

Assim, essa teoria tem uma função informativa do que é permitido e proibido fazer, assumindo um caráter demonstrativo da capacidade do ordenamento

⁴⁰ Op. cit., p. 52.

⁴¹ Cf. Fernando Vernice dos Anjos, Direito penal simbólico e finalidade da pena. *Boletim IBCCrim* n. 171, p. 2.

⁴² *Derecho penal, parte general*, p. 92.

⁴³ Cf. Jesús-María Silva Sánchez, *Eficiência e direito penal*, p. 27.

jurídico em resolver os conflitos. Com isso, fortalece na população o respeito ao Direito.

Em síntese, à pena incumbe demonstrar a efetiva vigência das normas penais, reforçando nos cidadãos fiéis à lei a fé no bom funcionamento do sistema e o ânimo em se submeterem aos mandamentos legais.

2.2.2. A pena como instrumento de prevenção especial

Pela teoria da prevenção especial a pena tem a finalidade de impedir a prática de novos delitos, mas se dirige especificamente à pessoa do condenado, não mais como um castigo, mas como perspectiva educativa. Idealizada por Von Liszt, consiste em uma coação contra o delinqüente, visando a sua ressocialização e reeducação. Ela não visa à intimidação do grupo social nem à retribuição do fato praticado, mas apenas dissuadir aquele que delinqüiu, a não mais fazê-lo.

De acordo com esse pensamento, os efeitos imediatos da pena para proteger os bens jurídicos são a *correção*, com o fortalecimento dos motivos altruístas e sociais; a *intimidação*; e a *neutralização ou inocuização*, com a segregação do condenado.⁴⁴

Nessa perspectiva, a sanção é sempre da mesma natureza: a sociedade não castiga; defende-se, e todas as sanções criminais têm a natureza de uma pura defesa naturalística da sociedade em face da perigosidade do agente.

Chaves Camargo⁴⁵ divide a prevenção especial em negativa e positiva. A *prevenção negativa* tem a característica de agir contra a vontade do delinqüente, como um meio coativo em duas vertentes: de forma indireta ou mediata, no sentido

⁴⁴ Cf. Antonio Luis Chaves Camargo, op. cit., p. 60.

⁴⁵ Ibid., p. 60-5.

de dissuadi-lo da prática de outros crimes; de forma direta ou imediata, com o seu isolamento. Logo, tem como fundamento a ressocialização do agente, pretensão que passou a ser revista com o crescimento da dignidade humana nos modernos Estados Democráticos de Direito, onde não se admite que o Estado tenha poderes para interferir na privacidade e na dignidade do condenado, de modo a determinar-lhe qual a personalidade que deve assumir para poder retornar ao convívio social. Já a *prevenção especial positiva* é a ação, por meio da pena, na personalidade do condenado, numa tentativa de reordenar o conceito valorativo.

2.3. Teoria mista, eclética ou unificadora da pena

O conflito das idéias sobre as teorias da retribuição e prevenção fez surgir a teoria *mista, eclética ou unificadora da pena*.

Concebida na Alemanha por Adolf Merkel, busca recolher aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Sustenta que a solução monista mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal. Segundo Chaves Camargo, “o denominador comum, realçado por Merkel, é a retribuição que cumpre uma função social, constituindo esta sua verdadeira justificação. Ao mesmo tempo em que defende a ordem jurídica, exerce a função de proteção aos bens jurídicos e o condenado que recebe a pena é por ela advertido e educado”.⁴⁶

Para essa teoria, a pena não deve fundamentar-se em nada que não seja o fato praticado, ou seja, o delito. Com isso, afasta-se um dos princípios básicos

⁴⁶ Cf. Antonio Luis Chaves Camargo, op. cit., p. 63.

da prevenção geral que é a intimidação para que terceiros não pratiquem infrações penais.

Em linhas gerais, aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal, não podendo ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado.

3. Panorama contemporâneo

Após a análise das principais teorias da pena, Figueiredo Dias⁴⁷ sustenta que a finalidade retributiva deve ser refutada, devendo ser prestigiadas apenas as teorias da prevenção. Por conseqüência, a finalidade da pena não deve ter uma finalidade retrospectiva, mas prospectiva, traduzida pela necessidade de tutela da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada. Com isso, a finalidade primária da pena é o restabelecimento da paz jurídica comunitária, o que deve ser feito pela prevenção geral positiva ou prevenção de integração.

Prossegue o jurista lusitano, dizendo que “a medida da *necessidade de socialização* do agente é, pois, em princípio, o critério decisivo das exigências de prevenção especial, constituindo hoje – e devendo continuar a constituir no futuro – o vetor mais importante daquele pensamento”.⁴⁸

Na mesma linha situa-se a doutrina alemã, onde prevalece a prevenção geral, sem descuidar da prevenção especial, visando a intimidá-lo para a meta ressocializadora. Na Espanha, a reeducação é ponto central da constituição, entendida como ressocialização ou integração do delinqüente. Em Portugal, o

⁴⁷ Jorge Figueiredo Dias, *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 130.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 133.

Código Penal de 1995 acolheu as teorias sobre a prevenção geral positiva, como regra e a negativa, como exceção.⁴⁹

O Código Penal brasileiro, com as modificações que lhe foram feitas pela Lei n. 7.209/84, estabelece, no artigo 59, as regras para a fixação da pena suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime.

A inserção da *reprovação* como fim da pena pode levar à conclusão de que o nosso Código Penal adotou a teoria absoluta ou retribucionista, especialmente por conta do disposto no artigo 121, § 5º, que prevê o perdão judicial para a hipótese de as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.⁵⁰

Entretanto, a Lei de Execução Penal, no artigo 1º, indica que a execução da pena tem por finalidade a integração social do condenado, numa clara indicação de adoção das teorias da prevenção.

Isso levou Miguel Reale Junior a afirmar que, na reforma penal de 1984, se adotou a pena como castigo, como um ônus a ser suportado pelo condenado, ao mesmo tempo em que suscita novos valores ao agente para que evite o delito ao enfrentar os conflitos próprios da vida social.⁵¹

Ante a ineficácia do sistema retributivo, a doutrina penal tem proposto, ao longo de tempo, a aplicação de penas mais severas apenas e tão-somente para os crimes que atentam contra bens jurídicos mais importantes (princípio da subsidiariedade) e de forma bastante intensa (princípio da fragmentariedade). Nas palavras de Chaves Camargo, “a legitimação do Direito Penal brasileiro e sua eficácia estão no acolhimento de novas propostas legislativas, com um sistema de penas capaz de pautar-se pelo princípio da culpabilidade, tendo como ponto

⁴⁹ Cf. Antonio Luis Chaves Camargo, op. cit., passim.

⁵⁰ Cf. Gilberto Ferreira, op. cit., p. 31.

culminante a individualização desta pena, observados os princípios da proporcionalidade e da necessidade”.⁵²

Por outro lado, o crescimento da criminalidade faz com que a sociedade exija uma atuação mais firme do Estado, com aplicação de penas mais severas. O bárbaro crime ocorrido no Rio de Janeiro em fevereiro de 2007, quando uma criança de seis anos, presa ao cinto de segurança quando saía do carro, foi arrastada por vários quilômetros, levou inúmeros segmentos sociais a exigirem modificações na lei penal e na própria Constituição Federal, para redução da maioria penal.

Esse choque de posições acaba por dificultar a construção de um Direito Penal que atenda às duas vertentes: penas duras para fatos graves; penas leves para fatos menores.

Por conta disso, o legislador ora diminui pena e cria benefícios para os autores de alguns delitos, voltando-se para o Minimalismo; ora cria novos tipos, aumenta as penas e elimina benefícios, indo na direção do Movimento da Lei e da Ordem.

Essa constante mudança de posição do legislador muito se deve aos chamados *movimentos penais*, que atuam em posições antagônicas, cada um vendo o Direito Penal sob uma ótica. É o que trataremos no item seguinte.

4. Os movimentos penais

A revolução industrial, o progresso tecnológico, a mudança dos costumes e a globalização alteraram profundamente a sociedade e, em

⁵¹ *Fundamentos e aplicação das sanções penais na nova parte geral*, p. 65.

⁵² *Op. cit.*, p. 196.

conseqüência, a atuação estatal. De um Estado de Direito (ou Liberal), caracterizado basicamente pela submissão ao império da lei, pela garantia dos direitos individuais, pelo individualismo e pelo abstencionismo do Estado⁵³, passamos para um Estado Social (art. 1º, “caput”, da Constituição Federal de 1988) “onde o qualificativo *social* refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”.⁵⁴

De acordo com o jurista espanhol Luciano Parejo Alfonso, “o Estado Social se traduz em mandatos aos poderes públicos, para que promovam as condições necessárias à realização das liberdades individuais e coletivas, removendo os obstáculos que impeçam sua plenitude e facilitando a participação dos cidadãos na vida política, econômica, social e cultural: introduz-se, assim, conteúdo material aos valores liberdade e igualdade e seus princípios correspondentes”.⁵⁵

Como já anotado, o Direito sofre mutações de acordo com a valoração feita pelo legislador em cada momento da história, visando à concretização desses direitos da coletividade como um todo. Essa valoração também se modifica em relação aos tipos penais, às sanções e aos fins da pena.

Esse processo de transformação do Direito Penal – ou pelo menos da necessidade de sua transformação – é devida aos chamados “movimentos penais”. São esses “movimentos” que levam à maior ou menor atuação (ou presença) do direito criminal no cotidiano das pessoas, havendo, inclusive, propostas de se abolir o Direito Penal.

Nesses cinco séculos de existência, acompanhando a tendência mundial pós-Iluminismo e, em virtude dos movimentos abolicionistas,

⁵³ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 105.

⁵⁴ *Ibid.*, mesma página.

descriminalizadores e garantistas, houve uma sensível liberalização do Direito Penal brasileiro. Muitas condutas deixaram de ser crimes e as penas cruéis e infamantes foram abolidas. Em suma, o Direito Penal passou a ter o caráter subsidiário, ou da *ultima ratio*.

Essa evolução é devida basicamente à adoção do princípio da intervenção mínima ou *minimalismo penal*, que abarca outros importantes princípios do Direito Penal como subsidiariedade, fragmentariedade e insignificância. Raúl Cervini fala em “minimalismo penal” estruturado em três diretrizes: descriminalização, despenalização e diversificação.⁵⁶

Em posição antagônica ao Direito Penal da *ultima ratio* vamos encontrar o Movimento da Lei e da Ordem, pelo qual se propaga a necessidade de criminalização massiva, a elevação das penas, a supressão de benefícios, a diminuição de garantias processuais, etc., como instrumentos de combate à criminalidade.

Trataremos dos movimentos abolicionista, minimalista (corolário do *princípio da intervenção mínima* do direito penal) e do Direito Penal Máximo.

4.1. Abolicionismo penal

Abolicionismo penal é considerado um movimento de política criminal, oriundo da chamada *criminologia crítica* surgida nos Estados Unidos nos anos 70.⁵⁷

Esse movimento defende não somente a extinção dos crimes e das penas, mas de

⁵⁵ *apud* Janaína Conceição Paschoal. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, p. 130.

⁵⁶ A *descriminalização* pode ser: a) *formal*, com a retirada do crime do sistema jurídico; b) *substitutiva*, quando há modificação das penas por sanções de outra natureza; c) *de fato* ocorre quando o sistema deixa de funcionar, sem que formalmente tenha perdido competência. A *despenalização* significa o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo. Já a *diversificação* significa a suspensão dos procedimentos criminais. In: *Os processos de descriminalização*, p. 81-2.

todo o sistema de justiça penal, com o argumento fundamental de que o sistema penal cria mais problemas do que resolve.

Para Claus Roxin, os abolicionistas partem da idéia de que o aparelho estatal incumbido de combater o crime não consegue nada além do que se possa obter de modo igual ou melhor por meio de medidas conciliatórias extra-estatais, indenizações reparatorias e similares.⁵⁸ Em outras palavras, a teoria abolicionista procura mostrar que a sociedade sem o sistema penal já existe; as pessoas, no cotidiano, encontram soluções pacíficas para os acontecimentos, principalmente mediante mecanismos conciliatórios e compensatórios, que dispensam qualquer intermediação do sistema penal. Com a abolição do sistema penal, as condutas puníveis seriam transferidas para o campo civil porque, neste, prevalece a conciliação, meio mais eficaz de pacificação real da violência.

Um dos ardorosos defensores do abolicionismo, o criminólogo holandês Louck Hulsman, em entrevista concedida ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais⁵⁹, sustenta que quando se fala no tema “abolicionismo penal”, é preciso distinguir o *abolicionismo acadêmico* do *abolicionismo institucional*.

Para ele, *abolicionismo institucional* é o movimento social que deseja se livrar da justiça criminal, da mesma forma que, no passado, as pessoas quiseram se livrar da escravidão e hoje as pessoas querem se livrar das práticas preconceituosas. Sob essa ótica, a abolição penal é comparável aos movimentos pacifistas, feministas, etc.

Já o *abolicionismo acadêmico* é a abolição de certas maneiras de olhar o crime e a justiça criminal. Ela enfoca as atividades de uma das organizações que

⁵⁷ Paulo de Souza Queiroz, *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 39.

⁵⁸ *Estudos de direito penal*, p. 3.

⁵⁹ Práticas punitivas: um pensamento diferente, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 13-26.

sustentam a justiça criminal, que é a universidade. Trata-se, portanto, da abolição da linguagem sobre a justiça criminal e a substituição por uma outra, que permita submeter a justiça criminal a uma hipótese crítica.

Argumenta Hulsman que o papel da universidade não é desempenhar um papel de profeta, determinando às pessoas o que elas devem pensar ou fazer, mas mostrar a origem das instituições, como elas funcionam, quais as suas conseqüências para a sociedade e como ela pode trabalhar com os que lidam com a prática, para modificar as instituições. É nesse contexto que ele se coloca como um abolicionista do sistema penal.

A idéia central de Hulsman reside no fato de a vítima ficar alijada do sistema criminal. A justiça criminal por seus órgãos (Polícia, Ministério Público, Magistratura) só age quando provocada pela vítima. Como normalmente a vítima não comunica os fatos à polícia, as intervenções penais são mínimas em comparação ao número real de ofensas a bens jurídicos. Por isso, conclui que “a criminalização é um serviço cujos ‘clientes potenciais’ (as vítimas) não querem comprar. O que eles normalmente querem é proteção e reparação. Estes são produtos que a justiça criminal não vende”.⁶⁰

Nils Christie, criminólogo norueguês, que se intitula um *minimalista*, também em entrevista ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais⁶¹, afirma que a teoria abolicionista está centrada na idéia de que o crime não existe. Argumenta que más ações podem existir, mas cada uma delas pode ser analisada sob diversos enfoques: se for analisada sob o enfoque penal, será transformada em crime; se for analisada sob o enfoque médico, será considerada uma doença. Afirma, ainda, que

⁶⁰ Práticas punitivas: um pensamento diferente, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 15.

⁶¹ Conversa com um abolicionista minimalista, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 21, p. 13-22.

o abolicionismo quer é encolher o sistema penal, mas alguns querem encolhê-lo tanto até o ponto de extingui-lo.

Paulo de Souza Queiroz⁶² assim sintetiza as idéias abolicionistas:

a) o sistema penal não exerce com eficiência a função preventiva, quer geral, quer especial e, assim, não impede a prática de novos delitos. As penas, à exceção das penas de morte, prisão perpétua e castração, não cumprem o papel ressocializador e não são eficientes na prevenção de crimes. A privação da liberdade não cumpre a função de prevenção especial, porquanto ao invés de ressocializar, dessocializa, ao invés de educar, deseduca, ao invés de humanizar, desumaniza, perverte, estigmatiza. É, em si, um fator criminógeno;⁶³

b) O sistema penal é injusto e reproduz desigualdades, pois somente os miseráveis são seus clientes. Argumenta-se que a clientela do sistema penal é recrutada entre os mais desfavorecidos. Há, assim, uma atuação vertical, alcançando apenas os que estão na base da pirâmide social e jamais os que estão no topo. O direito penal não atinge a chamada “criminalidade dourada”, ou seja, os crimes praticados por integrantes das classes dominantes. Um direito penal justo deveria atingir a todos e ante essa impossibilidade, deve ele ser abolido;

c) O sistema penal atinge a dignidade da pessoa humana. Afirma-se que em todos os segmentos da justiça penal há ilegalidades. Assim, a longa duração dos processos, os métodos inquisitivos de se obter prova, as prisões cautelares, a demora na concessão de benefícios aos presos tornam o sistema penal ofensivo aos mais elementares direitos da pessoa;

d) O sistema penal intervém num reduzidíssimo número de casos. Há uma “cifra oculta” (expressão que inclui casos não registrados, autoria não

⁶² *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 40-9.

⁶³ *Ibid.*, p. 42.

identificada, réus absolvidos por falta de provas, casos atingidos pela prescrição, etc.) muito grande que leva o direito penal a atuar em apenas poucos casos. Nessas circunstâncias, se ele é tão desproporcional, é, em consequência, desnecessário;

e) Não existe um conceito ontológico de crime, pois ele é uma criação legislativa. Como já anotado, de um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinqüente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde está o crime: é a lei que cria o criminoso”;

f) O sistema penal intervém de maneira reativa e não preventiva. A atuação do direito penal é tardia e atua sempre sobre os efeitos e não sobre as causas da criminalidade. Sempre após a prática do crime, o Estado age, aplica um castigo, o que demonstra que o sistema punitivo ainda é o de vingança, como na antiguidade.

Muitas são as críticas ao movimento abolicionista. Claux Roxin afirma que a abolição do Direito Penal pressuporia, antes de mais nada, que se criassem mecanismos (controle de natalidade, mercados comuns, utilização racional dos recursos, p. ex.) que eliminasse a criminalidade. Entretanto, mesmo nos países com um nível de bem-estar social bem elevado, como na Alemanha pós-guerra, há um aumento da criminalidade, o que o leva a concluir que a eliminação dos problemas sociais não acaba com a delinqüência.⁶⁴

Sustenta-se que é mais razoável o desenvolvimento de um modelo garantista, que funde uma proposta de intervenção mínima com garantia dos direitos básicos, do que a abolição do direito penal.⁶⁵

⁶⁴ *Estudos de direito penal*, p. 4.

4.2. O Direito Penal Mínimo: descriminalização e despenalização

A principal tarefa da democracia é criar um sistema de convivência em que todos os valores possam coexistir numa identidade comum entre os criadores e destinatários da norma.⁶⁶

Vivenciamos uma expansão do aparato penal do Estado, que se recicla e se retroalimenta de forma permanente, intervindo cada dia mais em novos setores da vida social como ecologia, informática, genética, etc., criminalizando condutas construídas de modo artificial, movimento já denominado de “inflação legislativa”, “esquisofrenia legislativa”, “elefantíase penal”, “febril criminalização”, “poluição legislativa”, “administrativização do direito penal”, etc.

Em posição intermediária entre a completa abolição do Direito Penal e a massiva criminalização e endurecimento das leis penais (Movimento da Lei e da Ordem), está o Minimalismo Penal ou o Direito Penal Mínimo que, no dizer de Rogério Greco, tem a finalidade de “proteção tão-somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico”.⁶⁷

Assentado nos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, esse movimento prega a menor intervenção estatal possível, pois “sendo o direito penal a mais enérgica manifestação da ordem jurídica estabelecida, segue-se que a sua intervenção somente deve ter lugar nas hipóteses de singular

⁶⁵ Maximiliano A. Rusconi, *Princípios fundamentales del derecho penal em uma sociedade democrática*, p. 161.

⁶⁶ Raúl Cervini. *Os processos de descriminalização*, p. 41.

⁶⁷ *Direito penal do equilíbrio*, p. 30.

afronta a bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastem as sanções do ordenamento jurídico ordinário principal”.⁶⁸

Em outras palavras, o Direito Penal não pode ser instrumento de governo para implementação de políticas públicas ou ferramenta para corrigir disfuncionalidades do sistema social, mas interceder tão somente nas situações em que bens jurídicos constitucionais sofram agressões de relevante monta, não eficazmente diluídas por outra espécie punitiva.⁶⁹

Raúl Cervini afirma que o primeiro passo para a redução da interferência do Direito Penal é a *desinstitucionalização*, que consiste na maior redução possível do número de presos, mantendo-se a *institucionalização* somente para casos graves. Para tanto, o Direito Penal deve estruturar-se sobre três diretrizes fundamentais: *descriminalização*, *despenalização* e *diversificação*.⁷⁰

A *descriminalização* consiste em tornar lícitas, no âmbito penal, condutas até então incriminadas, ou, em outras palavras, retirar o fato da incidência do Direito Penal. A descriminalização pode manifestar-se sobre três formas⁷¹:

- a) *descriminalização formal, de jure* ou em sentido estrito, que consiste em retirar do fato o seu caráter ilícito em todos os ramos do direito, pois passa a ser socialmente aceito;
- b) *descriminalização substitutiva* que consiste na eliminação da antijuridicidade penal do fato, transformando-o em ilícitos de outra natureza, com punições administrativas;

⁶⁸ Paulo de Souza Queiroz, *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 58.

⁶⁹ Cf. Evandro Pelarin, *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*, p. 160-1.

⁷⁰ Op. cit., p. 78-9.

⁷¹ Ibid., p. 81.

c) *descriminalização de fato* que consiste na não-aplicação de regras penais em razão de inúmeros fatores, como sobrecarga do sistema penal, não conhecimento do crime, etc.

A *despenalização* consiste no ato de diminuir a pena ou substituí-la por penas alternativas, sem retirar o caráter de ilícito penal.

Finalmente, a *diversificação* ou *diversão*⁷² acarreta a suspensão dos procedimentos criminais e a solução dos litígios por organismos estranhos à Justiça Penal, isso para os crimes de menor gravidade.

A *diversão* se dividiria em quatro espécies: *diversão simples* quando o conflito é solucionado imediatamente pela Polícia ou pelo Ministério Público; *diversão encoberta* quando o autor souber que se realizar certos atos o Ministério Público não o acusará ou não prosseguirá com o processo; *diversão com intervenção* quando o processo ficar suspenso mediante condições; *diversão por meio de mediação* quando o conflito é sanado por um mediador ou por órgãos civis.⁷³

Claus Roxin sustenta que a descriminalização pode ser feita com a retirada do ordenamento de dispositivos que não mais sejam necessários à manutenção da paz social, como as condutas de autocolocação em situação de perigo, ou então, pela criação de infrações de contra-ordenação.⁷⁴ Já a *diversificação* pode consistir na possibilidade de o Ministério Público arquivar o processo quando se tratar de fatos de pouca gravidade em cuja persecução penal

⁷² Expressão utilizada por Selma Pereira de Santana que significa “o conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informações de controle, com vista a alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da Justiça Penal”. “Diversão” ou “Desjuridiciarização”, *Boletim do IBCCrim*, janeiro/2005, p. 12.

⁷³ Selma Pereira de Santana, “Diversão” ou “desjuridiciarização”, *Boletim do IBCCrim*, janeiro/2005, p. 12.

⁷⁴ Por contra-ordenações se entendem como atos ilícitos de pouca ofensividade e que não chegam a ser relevantes, devendo ser cominadas sanções extrapenais. In: *Estudos de Direito Penal*, p. 12-3.

não subsista interesse público,⁷⁵ instituto muito utilizado no Direito alemão, onde se permite a suspensão incondicional do processo, com efeito de extinção da ação, nos casos de escassa reprovabilidade e que não haja interesse público na continuação da investigação criminal.⁷⁶

A mínima intervenção do Direito Penal sempre cuidou do aspecto negativo, ou seja, sempre pretendeu *cortar excesso de punição*, mas devemos também nos preocupar com seu aspecto positivo, ou seja, *cortar o excesso de impunidade*.⁷⁷ Em outras palavras, a sobrecarga do Direito Penal acarretada pela avalanche de pequenas infrações – cujos autores, via de regra, não necessitam de reprimendas mais graves – retira a possibilidade de ele – Direito Penal – ser aplicado aos casos graves, em especial da criminalidade organizada.

Daí a necessidade da criação de alternativas viáveis e menos gravosas para punir condutas de menor ofensividade.

Desdobramentos do pensamento minimalista são o Direito Administrativo sancionador e o garantismo.

4.2.1. O Direito administrativo sancionador.

Alguns países europeus, em especial a Alemanha – como precursora – e a Itália, têm abrandado a punição de algumas condutas, em especial as de menor gravidade e que contrariam determinações do Poder Público, fazendo-o por meio das denominadas *contra-ordenações*, fruto do chamado *direito de mera ordenação social*.

⁷⁵ Ibid., p. 14.

⁷⁶ Nereu José Giacomolli, *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*, p. 135.

⁷⁷ Luiz Flávio Gomes, *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*, p. 90.

O direito de mera ordenação foi concebido em 1902 pelo jurista alemão James Goldschmidt e por décadas foi discutido, partindo da premissa de que o autor de um crime é um ser anti-social, perigoso, por isso necessita de sanção penal, enquanto o autor de um delito administrativo revela uma conduta eticamente indiferente pela falta de zelo social. Em outras palavras, o autor de uma infração administrativa não age ilicitamente, mas apenas indiferentemente contra a ordem estatal para a manutenção do bem-estar social.⁷⁸

Jorge Figueiredo Dias⁷⁹ afirma que, com o advento da Revolução Francesa e o surgimento do Estado de Direito formal, surge o chamado *direito penal policial*, depois cunhado de *direito penal administrativo*, criado para resolver os conflitos entre o Estado e o indivíduo. Esse Direito tinha – e tem – o objetivo de fazer valer as regras estatais impostas ao particular, não mais visando à proteção de direitos subjetivos determinados, mas a garantir a execução das políticas sociais. Com isso, sustenta o jurista português, surgiu um abundante Direito Penal extravagante, acessório e secundário.

Os precursores do direito de mera ordenação social entendiam que os crimes são “delitos naturais ‘*per se*’, de Direito natural”, “previamente dados” ou “metapositivos”, enquanto que os delitos administrativos seriam “delitos artificiais”, ou criados só pela vontade do Estado.⁸⁰ Em suma, o ilícito administrativo se esgotaria na desobediência a mandados e proibições estabelecidos pelo legislador, lesando apenas um interesse da Administração.

Por conseqüência, as condutas contrárias à determinações do Estado-Administração não necessitam de sanção de natureza criminal, bastando as

⁷⁸ Luiz Flávio Gomes, *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*, p. 96.

⁷⁹ *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 169-71.

⁸⁰ Cf. José Cerezo Mir, *Sanções penais e administrativas no direito espanhol*, p. 28.

advertências, sanções ordenativas ou *coimas*.⁸¹ A diferença entre os ilícitos seria qualitativa e não meramente quantitativa. Segundo Emílio Octávio de Toledo, na infração disciplinar o bem jurídico protegido seria a organização administrativa e nos delitos de funcionários públicos o serviço que a sociedade tem direito de exigir da Administração.⁸²

No ano de 1975, a Alemanha foi precursora na adoção do direito de mera ordenação social, inserindo no ordenamento jurídico condutas ilícitas consistentes na omissão ou contrariedade do dever de cidadão dentro do Estado Social. Trata-se do chamado *direito de ordenação social* e as condutas puníveis, denominadas de *contra-ordenações*. Criou-se, então, a figura do *Direito administrativo sancionador*, para substituir as punições de âmbito penal para infrações que não atingem bens jurídicos importantes do cidadão. O critério diferenciador entre o direito penal clássico e o direito penal de mera ordenação está na maior ou menor ameaça de lesão aos bens jurídicos tutelados por normas de direito penal ou por decretos penais administrativos.⁸³

Passaram a ser consideradas *contra-ordenações* todas as contravenções penais e os delitos a que se cominava tão-somente penas de multa.

A Itália criou as *contra-ordenações* pela Lei n. 689, de 1981, retirando do ordenamento penal e passando para o direito de mera ordenação, as contravenções e os crimes punidos com sanção pecuniária.

No Brasil, o legislador ainda não se deu conta da infinidade de tipos penais que caracterizam mera desobediência às ordens da Administração. No Estatuto da Criança e do Adolescente encontramos os crimes tipificados nos artigos

⁸¹ *Coima* significa o pagamento de determinadas quantias em dinheiro, com sentido de censura ou advertência puramente social, diferenciando-as das multas, designativas das sanções pecuniárias.

⁸² *apud* José Cerezo Mir, art. cit., p. 33.

228 e 229, mas que em nada se diferenciam das infrações administrativas previstas no Capítulo II (artigos 245 e seguintes).

Na Lei Ambiental (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), as infrações administrativas estão previstas no artigo 70⁸⁴, cuja redação praticamente as equipara aos tipos penais que, na essência, prevêm condutas “violadoras à proteção do ambiente”. Já no Código Penal de 1940, encontramos muitas condutas típicas de contra-ordenação, como usurpação de função pública, desobediência, etc. (arts. 328 e 330).

4.2.2. Garantismo

O modelo garantista ou o Estado Constitucional de Direito foi elaborado a partir do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que buscava conceber princípios políticos, morais ou naturais à limitação do poder penal absoluto. Surge então o neologismo *garantismo*, referência às técnicas de tutela dos direitos fundamentais.

O garantismo penal nasceu nos anos 70 na Itália, em oposição à legislação e jurisprudência de emergência que diminuía as garantias do processo. Difundido pelo jurista italiano Luigi Ferralolji a partir da constatação de uma profunda e crescente crise do direito manifestada basicamente em três aspectos: a) crise da legalidade do poder consistente no envolvimento dos agentes políticos em corrupções, burocracias, *lobbies* de negócios e esvaziamento do Parlamento e do Poder Judiciário; b) inadequação da estrutura do Estado que vive a contradição

⁸³ Cf. Helena Maria de Azevedo Coutinho, *O direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão*, p. 95.

⁸⁴ Artigo 70: Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

entre o modelo clássico de Estado de Direito que impõe limites e contradições para garantir as liberdades do cidadão e o modelo social que exige prestações positivas, normalmente discricionárias e abstratas, acabando por gerar uma inflação legislativa provocada por pressão de interesses sociais e corporativos; c) crise do Estado Social em razão do enfraquecimento do constitucionalismo decorrente do processo de integração mundial (globalização) que desloca para fora das fronteiras dos estados nacionais as sedes das decisões tradicionalmente reservadas à sua soberania em matéria militar, monetária e de políticas sociais.

Esses fatores, aliados à elevada complexidade da sociedade contemporânea, geram o que Niklas Luhman⁸⁵ denomina de crescente incoerência, falta de plenitude e ineficácia do sistema jurídico, resultando num enfraquecimento da função normativa do direito e, em consequência, das garantias dos direitos fundamentais.

Ferrajoli⁸⁶ condensa o sistema garantista, também denominado de *cognitivo ou de legalidade estrita*, em dez máximas latinas que contemplam, cada um deles, princípios penais e processuais penais: a) *nulla poena sine crimine* – princípio da retributividade; b) *nullum crimen sine lege* - princípio da legalidade; c) *nulla lex (poenalis) sine necessitate* - princípio da necessidade; d) *nulla necessitas sine injuria* - princípio da lesividade ou ofensividade; e) *nulla injuria sine actione* – princípio da materialidade; f) *nulla actio sine culpa* - princípio da culpabilidade; g) *nulla culpa sine iudicio* - princípio da jurisdicionalidade; h) *nullum iudicium sine accusatione* - princípio acusatório; i) *nulla accusatio sine probatione* – princípio do ônus da prova; j) *nulla probatio sine defensione* – princípio do contraditório.

⁸⁵ *Sociologia do direito II*, p. 154 e ss.

⁸⁶ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 75.

Fruto dessas dez máximas é a *legalidade estrita* (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*) que se contrapõe à singela *legalidade formal* ou mera *legalidade* (*nulla poena, nullum crimen sine lege*).⁸⁷

O princípio da *retributividade* ou da *retribuição penal* assegura que o delito é a causa ou condição necessária para a aplicação de uma pena, ou seja, a pena é sempre posterior ao delito como medida de retribuição ao mal praticado e jamais uma medida preventiva ou *ante delictum*.

Os postulados do princípio da *legalidade* implicam na exigência não de uma legalidade meramente formal consubstanciada na previsão legal de um delito (convencionalismo ou condição necessária do modelo), mas de uma legalidade material ou substancial (*estrita legalidade* ou condição suficiente) que preveja tipos fechados e concretos, que contemple o direito penal do fato e não do autor, que impeça a retroatividade das leis mais severas, a analogia *in malam partem*, etc. Assim, a legalidade formal ou convencionalismo é condição necessária mas não suficiente para a garantia e certeza do Direito.

No princípio da *necessidade* encontramos as respostas à pergunta de “como punir” ou que tipo de retribuição deve receber o autor do crime? Para o garantismo, devem ser abolidas as penas cruéis e infamantes, redução do tempo máximo da pena privativa de liberdade para 10 anos, incentivo às penas restritivas de direitos e abolição das penas pecuniárias porque *impessoal*, eis que qualquer um pode saldar a dívida e *desproporcional*, pois tem a natureza de tributo. Dentro desse

⁸⁷ Ferrajoli aborda os dez princípios em três grupos distintos: os princípios da *retributividade*, da *legalidade* e da *necessidade* respondem à pergunta “quando e como punir?” e expressam garantias relativas à pena; os princípios da *lesividade*, *materialidade* e *culpabilidade* responde à pergunta “quando e como proibir” e expressam garantias relativas ao delito; e os princípios da *jurisdicionalidade*, *acusatório*, *ônus da prova* e do *contraditório* respondem à pergunta “quando e como julgar” e expressam garantias relativas ao processo.

contexto, a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais da pena representados por esses efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal.⁸⁸

Para o garantismo penal a adoção desses princípios leva à distinção entre *direito penal mínimo* e *direito penal máximo*, ou seja, quanto maiores as garantias, menor a incidência do direito penal; quanto menores as garantias, maior a incidência do direito penal. Assim, sempre que se adotarem os princípios da presunção de inocência, do *in dubio pro reo*, ônus da prova a cargo da acusação, interpretação restritiva dos tipos penais, analogia *in bonam partem*, e outros pertinentes à liberdade da pessoa, estaremos diante do *Direito Penal Mínimo*. Por outro lado, quando se adotarem posições contrárias como a investigação inquisitiva, defesa meramente formal, legalidade formal, prisões antes de sentenças definitivas, etc., estaremos diante do *Direito Penal Máximo*.

Corolário desse entendimento é a redefinição de conceitos como *validade e vigência* do direito. Tradicionalmente os juspositivistas⁸⁹ conceituam como *direito válido* e *direito vigente* como sinônimos, mais precisamente, *como a existência específica de uma norma*.

O sistema garantista, por seu turno, define a vigência como a *validade formal* ou *legitimidade jurídica formal*, enquanto para a validade como *validade material* ou *legitimidade jurídica substancial*.

Como consequência dessa distinção, quando a produção de uma norma não respeitar as condições formais, ela será tida como não existente ou não é vigente. Por outro lado, quando a ineficácia se manifestar quanto às condições

⁸⁸ Luigi Ferrajoli, op. cit., p. 372.

⁸⁹ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 11.

substanciais de justiça, ela não é válida. Para o garantismo, validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que adotam a mera legalidade formal. Nos modernos Estados de Direito, onde os direitos fundamentais são a substância das normas, embora uma norma esteja vigendo, ela pode não ser válida.

Embora o garantismo seja uma mescla dos direitos penal e processual, a maioria dos seus postulados está relacionada com o direito material, especialmente no tocante à produção das normas penais e de suas sanções. Desta forma, o garantismo está umbilicalmente ligado ao Direito Penal Mínimo

4.3. O Movimento da Lei e da Ordem

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

Segundo René Ariel Dotti, “os defensores desse pensamento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre *bons e maus*. A violência destes somente poderia ser controlada através de leis mais severas, impondo longas penas de prisão, quando não a morte”.⁹⁰

Os partidários desse movimento firmaram a idéia de que o Direito Penal pode e deve resolver todos os problemas sociais. Fatos isolados e que são

⁹⁰ *Curso de direito penal*, p. 21.

explorados pela mídia acabam sendo objeto de leis penais, quer criando tipos, quer tornando as leis já existentes mais severas.⁹¹

Para Rogério Greco, no pensamento dos defensores da Lei e Ordem, “o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas”.⁹²

Entretanto, trata-se de um Direito Penal simbólico que, nas palavras de Hassemer⁹³ é, a curto prazo, paliativo e, a longo prazo, destrutivo. O Direito Penal passa a ser um instrumento de pedagogia popular para sensibilizar as pessoas. É um Direito Penal voltado para as conseqüências.

Paulo de Souza Queiroz também afirma que a superprodução de leis penais a que assistimos cria o *Direito Penal simbólico* porque “o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido (...) É violência a serviço da não violência, isto é, controle da violência por meio da

⁹¹ A morte da atriz Daniela Perez foi o mote para a edição da Lei n. 8.930/94, que incluiu o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos; o episódio da Favela Naval em Diadema, envolvendo policiais, levou o legislador a editar o Lei de Tortura. Sempre que um adolescente pratica um crime grave, há movimentos tendentes à redução da maioria penal.

⁹² *Direito penal do equilíbrio*, p. 20.

⁹³ *Características e crimes do moderno direito penal*, p. 62.

violência, ou como disse Von Liszt, é proteção de bens jurídicos pela lesão de bens jurídicos”.⁹⁴

Para Salo de Carvalho⁹⁵ “trata-se de uma tendência à elefantíase penal (...), mal que assola grande parte dos sistemas jurídicos ocidentais de tradição romano-germânica (...), acarretando a perda dos limites substanciais entre os ilícitos penais e administrativos, lesando a estrutura constitucional garantista forjada no interior dos Estados democráticos de direito”.

Manuel Cancio Meliá afirma que nas últimas décadas, o fenômeno mais destacado na evolução do Direito Penal, está no surgimento das múltiplas figuras novas, inclusive com setores inteiros de regulação, acompanhada de reforma dos tipos penais já existentes, com características extremamente antiliberais, fazendo surgir os chamados *Direito Penal simbólico* e o *punitivismo*.⁹⁶

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

Nas palavras de Canotilho, “as conseqüências dessa ‘juridificação’ da política e do social aí estão: inflação legislativa, superregulamentação (sic), crise da lei, aumento quantitativo e descréscimo qualitativo da legislação, perda de racionalidade e de eficácia da regulação jurídica”.⁹⁷

Raúl Cervini, por seu turno, diz que “o panorama doutrinário, já no terreno legislativo, ao contrário, muitos países desenvolvidos participam atualmente

⁹⁴ *Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico*, p. 9.

⁹⁵ *Descodificação penal e reserva de código*, p. 74.

⁹⁶ *Direito penal do inimigo*, p. 55-7.

⁹⁷ *apud* Janaína Conceição Paschoal, *Constituição, criminalização e o direito penal mínimo*, p. 125.

de uma orientação crescentemente repressiva, que se traduz em um aumento do número de condutas puníveis”.⁹⁸

Na mesma esteira o ensinamento de Maria Lúcia Karam: “considerado delinqüente se torna um homem honesto, ou, pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde está o crime: é a lei que cria o criminoso” (grifos no original).⁹⁹

Carvalho também combate a denominada *legislação caudatária* afirmando que não bastam as ações descriminalizantes e despenalizantes, mas se faz necessária a recomposição do sistema penal e processual penal com a “reserva de código”, ou seja, todas as normas penais e processuais penais deveriam ser introduzidas no corpo dos Códigos. Com isso, o legislador ficaria vinculado ao sistema, sendo obrigado a trabalhar pela unidade e coerência.¹⁰⁰

4.3.1. Direito Penal do Inimigo

Vertente do Movimento da Lei e da Ordem é o denominado Direito Penal do Inimigo, um direito voltado aos *inimigos do Estado*, pessoas que decidiram se afastar do Direito, como os pertencentes a organizações criminosas e grupos terroristas.

Günther Jakobs, o precursor do Direito Penal do inimigo, sustenta em linhas gerais, que a coação decorrente do Direito Penal sempre se dirige contra um inimigo.¹⁰¹ Prossegue o jurista alemão dizendo que os crimes só acontecem em uma comunidade ordenada, no Estado, pois no estado de natureza, carente de uma

⁹⁸ Os processos de descriminalização, p. 215.

⁹⁹ Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 29, p. 333.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.75.

ordem de natureza vinculante, quem quer e pode praticar um crime, fá-lo sem sofrer qualquer conseqüência. Surge, então, uma contraposição entre o *Direito penal do cidadão* que mantém a vigência da norma, e o *Direito penal do inimigo* que combate os perigos.¹⁰²

O pensamento de que alguns segmentos sociais são *inimigos do Estado* e, com relação a eles deve ser aplicada a *tolerância zero*, não é novo. No início da República brasileira os ex-escravos, sem acesso a empregos públicos e despreparados para trabalhos manuais, foram etiquetados como indisciplinados e perigosos, pois tinham destreza e agilidade corporal e no uso de arma branca, sobretudo a navalha. Por isso passaram a ser perseguidos e presos por vadiagem, a embriaguez e a desordem. A prisão para “averiguação” representava 80% dos recolhimentos às delegacias de polícia.¹⁰³ Em outro artigo, o professor Miguel Reale Junior sustenta que pela teoria da *tolerância zero*, tão apregoada no Brasil pelos políticos em busca de publicidade, deve-se lutar contra a grande criminalidade por meio da repressão severa e da perseguição à pequena delinqüência, sendo inimigos os sem-teto, os mendigos, os vagabundos e os bêbados, é dar efetividade à persecução penal contra comportamentos socialmente incômodos e voltar ao passado que não enobrece.¹⁰⁴

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: a) *adiantamento da punibilidade*; b) *penas desproporcionalmente altas*; c) *relativização e supressão de garantias processuais*.¹⁰⁵

Sob outro enfoque, Jesus-Maria Silva Sánches afirma que no processo de expansão do Direito Penal, podem-se visualizar três *velocidades*: a) *primeira*

¹⁰¹ *Direito penal do inimigo*, p. 25.

¹⁰² *Ibid.*, p. 30.

¹⁰³ Cf. Miguel Reale Junior, *Insegurança e tolerância zero*, p. 66-7.

¹⁰⁴ Tolerância nota 10, *O Estado de São Paulo*, 02-06-2007, p. A2.

velocidade, que seria a tradicional do Direito Penal, com todas as garantias penais e processuais; b) *segunda velocidade*, que seria a aplicação de penas não privativas de liberdade, com flexibilização de algumas garantias, como na Lei n. 9.099/95; c) *terceira velocidade*, adequada ao Direito Penal do Inimigo, que seria uma velocidade híbrida, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade, com o mínimo de garantias necessárias.¹⁰⁶

Concebido nos idos de 1985 com a idéia de incluir os autores de crimes econômicos como *inimigos do Estado*, o Direito Penal do Inimigo ganhou nova roupagem em 1999, em especial depois da destruição das torres gêmeas em 11 de setembro de 2001, na cidade de Nova Iorque, passando a constituir uma reação do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam à sociedade. Assim, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça os seus inimigos. Jakobs chega ao extremo de cunhar os inimigos como “não-pessoa”.¹⁰⁷

Essa postura do Direito Penal do Inimigo o leva à aproximação do Direito Penal do autor, afastando-se por completo da doutrina tradicional do Direito Penal do fato.

No Brasil, o Movimento da Lei e da Ordem ganhou corpo no final da década de 1990, quando crescia assustadoramente o número de crimes violentos, como extorsões mediante seqüestro, latrocínios, homicídios, estupros, tráfico ilícito de entorpecentes, etc. Surgiam nos presídios cariocas e paulistas as organizações criminosas. Nesse clima, com a sociedade amedrontada pela insegurança em razão da criminalidade e da violência urbana, é que surge a Constituição de 1988, onde o

¹⁰⁵ *Direito penal do inimigo*, p. 67.

¹⁰⁶ *apud* Manuel Cancio Meliá, *Direito penal do inimigo*, p. 68-9.

¹⁰⁷ Cf. Cornelius Prittowitz, O Direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 42.

Constituinte brasileiro, ao mesmo tempo em que estabeleceu princípios basilares de um Direito Penal garantista (legalidade, da irretroatividade da lei penal mais severa, individualização da pena, etc.), fez várias indicações de criminalização no âmbito tributário, ambiental (inclusive das pessoas jurídicas)¹⁰⁸, consumidores, infância, juventude, etc.

Paralelamente, elencou crimes que considerou extremamente nocivos (os de preconceito e os tachados de hediondos) e impediu aos seus autores alguns benefícios como a fiança, graça e anistia (artigo 5º, XLII e XLIII, CF).

A partir de então, o legislador ordinário passou a produzir uma infinidade de leis mais rigorosas, como a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que elencou os crimes assim considerados, elevou penas de muitos crimes e, além dos benefícios já proibidos pela Constituição, proibiu também a liberdade provisória e a progressão de regime, restrições essas eliminadas pela Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007.¹⁰⁹

Outras leis de impacto foram produzidas: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), Código do Consumidor (Lei n. 8.078/90), Lei n. 8.137/90, que criou crimes contra a ordem tributária e econômica, Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95), as novas Leis de Tóxicos (Leis n. 10.409/02 e 11.343/06) que dispensaram um tratamento mais rigoroso aos autores desses delitos, com aumento dos prazos processuais e das penas.

No campo processual, ampliou-se o prazo da prisão temporária para os autores de crimes hediondos (art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/90), o mesmo ocorrendo com os prazos para a investigação e instrução do processo por crime de tráfico ilícito

¹⁰⁸ Artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

¹⁰⁹ Essa lei deu nova redação ao artigo 2º da Lei n. 8.072/90, possibilitando a progressão de regime e acabando com a proibição de concessão da liberdade provisória.

de entorpecentes.¹¹⁰ A sanha criminalizadora intensificou a denominada *legislação penal caudatária*, inserindo disposições penais em leis que, originariamente, não têm esse caráter como o Código do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, etc. Nessas áreas atribui-se ao Direito Penal a tarefa de disciplinar os conflitos antes mesmo que sejam regulamentados pelas disciplinas e pelos órgãos específicos de proteção.

Mas isso não ocorreu apenas no Brasil. Segundo Hassemer¹¹¹, na Alemanha pós-guerra, o que se viu foi uma “febril criminalização: novos tipos penais e agravamento das cominações penais. Descriminalização e aprimoramento da Parte geral, digamos no terreno das penas e das medidas de segurança, não mais constam da ordem do dia. O quadro de endurecimento e restrições fica completo com a política de reforma legislativa que aponta no rumo da abreviação, redução, simplificação e remoção de óbices formais a uma pronta resposta penal”. E arremata dizendo que “o venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução dos conflitos sociais”.

Em síntese, as principais características desse movimento são: a) a pena se justifica como castigo e retribuição; b) os crimes graves devem ser punidos com penas severas e duradouras; c) a pena de prisão para os crimes violentos deve ser cumprida em especial regime de severidade; d) a aplicação da prisão provisória deve ser ampliada para dar resposta imediata ao delito; e) restrição à individualização da pena.

¹¹⁰ O art. 10 da Lei 8.072/90 duplicou o prazo para o procedimento dos crimes previstos nos artigos 12, 13, e 14 da Lei n. 6.368/76. Os artigos 29 e seguintes da Lei n. 10.409/02 e artigos 50 e seguintes da Lei n. 11.343/06 aumentaram o prazo para a conclusão do inquérito policial e da instrução criminal.

¹¹¹ História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 6, p. 63.

Portanto, vivenciamos um dilema: enquanto estudiosos propõem a redução do Direito Penal, o legislador intensifica a produção legislativa com a criação de novos tipos penais, sanções mais severas e antecipação da punição.

Temos que o ponto de equilíbrio está na despenalização das sanções mais leves, reservando a pena de prisão para os delitos que atentam com mais intensidade os bens jurídicos relevantes. Com isso, atender-se-á aos postulados dos dois principais movimentos.

CAPÍTULO II

O BEM JURÍDICO COMO PARADIGMA PARA A CRIAÇÃO DOS TIPOS PENAIS E PARA A FIXAÇÃO DAS PENAS

1. Introdução

No período pré-iluminista, o ilícito penal nada mais era do que uma ofensa à vontade divina. A separação entre o Estado e a Igreja e, por consequência, a distinção entre crime e pecado, são marcos mais significativos para o surgimento do Direito Penal moderno. A partir dessa separação, à Igreja competia atuar sobre o pecado, maldades e vícios em suas dimensões internas e externas, enquanto ao Estado cabia atuar sobre ação humana externa causadora de um dano à sociedade.

Nesse momento histórico, com a obra de Beccaria, surge o dano à Nação ou à sociedade como o fundamento da criminalização de uma conduta humana.

Tomando o exemplo brasileiro, percebemos que o modelo de Estado tem estreita relação com o perfil do Direito Penal. Assim, no período colonial, enquanto Igreja e Estado estavam unidos, o que mais importava era a proteção e a reafirmação da religião católica. Quase todas as condutas humanas, que de alguma forma criassem algum risco para a Igreja, eram punidas com sanções severas. Não

bastasse isso, condutas irrisórias, embora sem qualquer ofensa a bens jurídicos, também eram punidas com penas severas.¹¹²

No período imperial a preocupação do Estado era preservar o próprio Império, razão pela qual, logo no primeiro título do Código Criminal de 1830¹¹³, estavam previstos os crimes contra o Império.

No início do período republicano não foi diferente, preocupando-se o legislador em punir severamente condutas que punham em risco a própria República.

O atual Código Penal inverteu essa ordem de importância e colocou a pessoa como merecedora da maior proteção penal.¹¹⁴ Com a Constituição Federal de 1988, novos valores foram focados e o âmbito central das reformas penais passou a ser os chamados “direitos sociais”, tais como o ambiente, a economia, a saúde, etc., com indicação de criminalização mais severa no tocante às drogas, tributos, preconceito, criminalidade organizada, etc., numa clara tendência que os bens jurídicos para os quais deve haver proteção não são mais apenas os bens jurídicos individuais, mas também os bens jurídicos universais.

Sob a ótica do Estado Democrático, o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social e, por isso, “as baterias do Direito Penal devem ser direcionadas preferentemente para o combate aos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado, ou seja, os crimes que fomentam

¹¹² O Título I das Ordenações Filipinas previa o crime de Hereges (professar doutrina contrária à Igreja) e Apóstatas (abandonar a fé); o Título II previa o crime dos que amaldiçoavam ou ultrajavam os santos e Deus.

¹¹³ A Parte II do Código tratava dos crimes em espécie e já no Título I tratava “Dos crimes contra a existência política do império”.

¹¹⁴ O Título I da Parte Especial trata dos crimes contra a pessoa.

a injustiça social, o que significa afirmar que o direito penal deve ser reforçado naquilo que diz respeito aos crimes que promovem as desigualdades sociais”.¹¹⁵

Para Jorge Figueiredo Dias, a criminalização das condutas lesivas ou impeditivas dos direitos sociais fez surgir dois tipos de Direito Penal: o *primário*, relacionado com os direitos, as liberdades e as garantias das pessoas, e o *secundário*, ou extravagante, ligado aos direitos sociais e à organização econômica.¹¹⁶

Para que possamos ingressar na análise do bem jurídico, há necessidade de um breve apontamento sobre o conceito de crime. Isso porque só podemos falar em conduta punível no âmbito penal (infração penal, da qual o crime é espécie), se ela atingir algum bem jurídico.

2. Conceito de crime

Tradicionalmente o crime pode ser conceituado sob dois aspectos: *formal e material*. Sob o ponto de vista *formal*, é a conduta que o legislador, depois de selecioná-la e descrevê-la em uma lei, impõe como sanção uma pena ou uma medida de segurança.¹¹⁷ Esse conceito apenas expressa a vontade do legislador, revelando a exteriorização do direito e a zona penal proibida por meio de leis penais. Para Bitencourt¹¹⁸, sob o aspecto formal, “crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena”.

¹¹⁵ Lenio Luiz Streck, *Crises(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica*, p. 111.

¹¹⁶ *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 68.

¹¹⁷ Cf. Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 72.

¹¹⁸ *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 143.

No enfoque *material*, crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena.¹¹⁹

A par desses dois conceitos, surge um terceiro que nos permite a análise dos elementos estruturais do delito: o *conceito analítico de crime*. Sem se aprofundar no tema, pois o estudo das teorias do crime demandaria um trabalho próprio, sintetiza-se o conceito em dois grandes sistemas: o *bipartido* e o *tripartido*.

O sistema *tripartido*, também chamado de modelo clássico ou causal-naturalista, teve contribuição decisiva de Beling e se concretizou no início do século XX, conceituando o crime como um *fato típico, antijurídico e culpável*.

O finalismo de Welzel adotou o sistema *bipartido*, segundo o qual o crime é um *fato típico e antijurídico*, sendo a culpabilidade não mais elemento estrutural do delito, mas um pressuposto de aplicação da pena.

Segundo Bitencourt, o conceito analítico tripartido continua sendo adotado na Europa, por finalistas e não-finalistas, eis que o próprio Welzel sustenta que a culpabilidade acrescenta à ação antijurídica um novo elemento. Com base nisso, Bitencourt entende que mesmo o finalismo inclui a culpabilidade no conceito de crime.¹²⁰

Modernamente os conceitos *formal* e *analítico*, analisados isoladamente, têm importância minimizada. Não se descuida que o conceito formal é o ponto de partida do Direito Penal e atua como garantidor em virtude do necessário princípio da legalidade ("*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*"). Já o conceito analítico tem valor destacado na dogmática penal.

¹¹⁹ Ibid., mesma página.

¹²⁰ *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 144.

Entretanto, o conceito *material* é o único que irá revelar a necessidade da atuação estatal no campo penal para coibir determinadas condutas. Segundo Luiz Flávio Gomes, o conceito material permite questionar o *conteúdo* da proibição, isto é, o que se pode definir como fato passível de ser sancionado penalmente e alcançado pela atividade punitiva estatal.¹²¹ Em outras palavras, a norma penal é uma norma de valoração, cujo conteúdo é a noção de bem jurídico, noção concretizadora dos valores fundamentais da convivência social.

De igual modo o pensamento de Jorge Figueiredo Dias, para quem do conceito material de crime se extraem duas implicações. “A primeira é a de que do âmbito deste conceito têm de ser expurgados todos os comportamentos que *não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos* claramente definidos; ou que, ainda quando acarretem, possam razoavelmente ser *contidos ou controlados por meios não penais* de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica (...) A segunda, na outra vertente, é a de que os processos novos de criminalização (chamados processos de *neocriminalização*) só devem ser aceitos como legítimos onde novos fenômenos sociais, anteriormente inexistentes, muito raros ou socialmente pouco significativos, revelem agora a emergência de novos bens jurídicos para cuja proteção torna-se indispensável fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controle social”.¹²²

Por isso, o Direito Penal só pode se ocupar de condutas que afetam bens jurídicos relevantes, colocando em patamar privilegiado o *princípio da ofensividade* ou *lesividade*. Nessa esteira encontramos a lição de Bricola, para quem o delito é “um fato previsto de forma taxativa pela lei, de realização exclusiva do

¹²¹ O princípio da ofensividade no direito penal, p. 78.

¹²² Questões fundamentais do direito penal revisitadas, p. 82.

agente ou reconduzível ao mesmo através de uma atitude culpável (dolosa ou culposa), idônea para ofender um valor *constitucionalmente significativo*".¹²³

Assim, o conteúdo do Direito Penal, em especial no que concerne às condutas reprováveis e merecedoras de sanção, deve estar focado nos bens jurídicos que guardam equivalência com os valores eleitos pelo Constituinte. Para Roxin, "a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador".¹²⁴ E conclui o jurista alemão afirmando que "o poder estatal de intervenção e a liberdade civil devem ser levados a um equilíbrio, de modo que garanta ao indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, assim como também tanta liberdade individual quanto seja possível"

Corolário do conceito material de crime é a necessidade de que o bem jurídico tutelado tenha respaldo constitucional e, em conseqüência, não colida com valores inseridos na Lei Maior.¹²⁵

Surge, então, a noção de bem jurídico, como objeto de tutela do Direito Penal e fonte da criação de tipos penais e respectivas sanções.

3. Bem jurídico

Como já anotamos, a ilustração deu novo enfoque ao sistema punitivo, afastando-o da ética e da religião para assentá-lo em uma violação de um direito subjetivo.

Na atualidade, constitui verdadeiro axioma que o sistema punitivo está embasado no *princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos*.¹²⁶ O *bem jurídico*

¹²³ *apud* Márcia Dometila Lima de Carvalho, *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 46.

¹²⁴ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 11.

passou a ser o objeto concreto da tutela penal, fazendo o Direito Penal se voltar para as conseqüências e não mais para a conduta. Esse princípio “enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima, sempre que não possa lastrear-se na proteção de um bem jurídico”.¹²⁷

Mas o que seria um *bem jurídico*? Na doutrina contemporânea encontramos alguns conceitos: “É o bem-interesse protegido pela norma penal. *Bem* é o que satisfaz uma necessidade do homem, seja de natureza material ou imaterial; vida, honra, etc. *Interesse* é a relação psicológica em torno desse bem, é a sua estimativa, sua valorização”.¹²⁸ “Todo o valor da vida humana protegido pelo Direito”.¹²⁹

Na doutrina alienígena, um conceito importante é dado por Figueiredo Dias, para quem bem jurídico é a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.¹³⁰

Claux Roxim, por seu turno, afirma que são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos (...)”.¹³¹ Para esse autor, um conceito de bem jurídico deve ultrapassar os limites da proteção individual, para alcançar bens da generalidade.

¹²⁵ Alice Bianchini, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, p. 43.

¹²⁶ Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 24.

¹²⁷ Winfried Hassemer, *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 52.

¹²⁸ Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 1, p. 112.

¹²⁹ Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 204.

¹³⁰ *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 63.

¹³¹ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 18-9.

Nessa mesma esteira encontramos José de Faria Costa, para quem o bem jurídico é “um pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”.¹³²

Hassemer afirma que são “objetos palpáveis, concretos e delimitáveis”. Para ele, conceitos como “saúde popular, economia popular, moralidade sexual coletiva” servem para fundamentar tudo e nada ao mesmo tempo e, por isso, não podem, por si só, ser considerados bens jurídicos.¹³³

Em suma, *bem jurídico* é a coisa ou valor que o Direito Penal busca proteger, por meio da sanção¹³⁴ com o objetivo de assegurar a paz social.

3.1. Evolução histórica do bem jurídico

Da construção *bem jurídico* com Feuerbach à atualidade, os fundamentos foram os mais diversos. Foi na doutrina iluminista, início do Direito Penal moderno, que surgiu a idéia de bem jurídico com a finalidade de proteger os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas¹³⁵. Entendia-se como bem jurídico um direito subjetivo do cidadão e o crime como uma conduta socialmente danosa, ou seja, que violava o contrato social. Socialmente danosa é a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato social, violando direitos individuais ou do Estado. Nessa medida é que o direito subjetivo torna-se objeto da

¹³² *apud* Fábio Freitas Dias, *Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicado às infrações tributárias. Uma análise à luz da concepção de Estado social e democrático de direito*, p. 133.

¹³³ *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 52.

¹³⁴ O caráter da sanção foi estudado no Capítulo I

¹³⁵ Luiz Régis Prado, *O Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 23.

proteção normativa.¹³⁶ Por conseqüência, danosidade social e necessidade de pena passaram a ser os pressupostos do conceito iluminista de crime.

Em 1834, o penalista alemão Birnbaum dá contornos teóricos e jurídicos ao bem jurídico, conceituando-o como “bem material, pertencente a um particular ou à coletividade, pela sua natureza susceptível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela”.¹³⁷ Para ele, é a norma que cria o bem jurídico, pois o fato lesivo reclama a tutela do Estado. Concebia o bem jurídico como tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável para a vida dos cidadãos, ou seja, somente merecia proteção por parte do Estado aquilo que assim for considerado pelo legislador.

Disso resulta que o delito deixou de ser um dano a um direito subjetivo do individuo (posição de Feuerbach) para se transformar numa lesão do bem existente no mundo exterior e objetivo. Isso pôs em evidência, ainda que implicitamente para a época, o princípio da *ofensividade*, pois o crime passou a ser uma *ofensa* ao bem jurídico, ou seja, a ofensividade passou a ser vista como um limite material da incriminação.

A partir de então foram desenvolvidos estudos científicos para a elaboração do conceito de bem jurídico, surgindo as duas principais teorias: as sociológicas e as constitucionalistas.

3.2. Teorias do bem jurídico

A noção de bem jurídico foi-se modificando em decorrência do grande número de contribuições dos mais variados matizes, alguns de caráter negativo

¹³⁶ Cf. Fábio Roberto D'Ávila, *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*, p. 75-8.

como a Escola de Kiel, que refutou o bem jurídico por ser incompatível com as diretrizes do Estado totalitário, até o aparecimento das concepções modernas de cunho sociológico e constitucional.¹³⁸

Disso surgiram dois importantes grupos de teorias: sociológicas e constitucionalistas.

3.2.1. Teorias sociológicas

Liszt, destacado positivista naturalista, incluiu o *fin* do Direito Penal como vertente principal para a construção do conceito de bem jurídico. Para ele, o Direito não cria o bem, mas o localiza na sociedade e o protege e afirma: “Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo, ou da coletividade. É a vida, e não o direito que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público”.¹³⁹

Em síntese, para Liszt as relações humanas fazem brotar o interesse que reclama a intervenção penal, surgindo a razão do Direito Penal que é dar proteção ao bem jurídico relevante, lançando a semente do princípio da subsidiariedade.

Embora embasando suas convicções em fundamentos distintos (Binding na norma e Liszt na sociedade), deitava raízes positivistas, pois tinham o Direito a partir de experiência. É que Binding tentou buscar na realidade o que

¹³⁷ *apud* Evandro Pelarin, op. cit., p. 55.

¹³⁸ Cf. Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 31.

deveria ser etiquetado como bens jurídicos. Em conseqüência, para ambos, o bem jurídico é algo que se extrai da sociedade ou da norma.

Destarte, a valoração social ou legal, se levadas ao extremo, podem ser muito prejudiciais, pois o Estado pode elencar como bens passíveis de proteção do Direito Penal aqueles que só a ele interessa, normalmente para a manutenção no poder, como fizeram os fascistas na Itália e os nazistas na Alemanha.

3.2.2. Teorias constitucionalistas

Em meados do século XX, no pós-guerra e com a sedimentação das idéias liberais, consubstanciadas nas Declarações dos Direitos do Homem, surge a necessidade de uma conceituação material do bem jurídico para impor limites ao poder punitivo, em especial nos Estados totalitários.

Fruto desses ideais são as teorias constitucionais do bem jurídico, que procuram formular critérios limitadores ao poder criminalizador do legislador ordinário, pois é na Constituição que o legislador deve buscar valores dignos de proteção penal. Luiz Régis Prado salienta que “a concretização do bem jurídico como um juízo de valor do ordenamento positivo deve levar em conta os condicionantes seguintes: 1) Que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que para o Direito Penal são deduzidas da Constituição. 2) Que com o anterior somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para serem desenvolvidas as condições e funções em que se baseia esta sociedade dentro do marco constitucional”.¹⁴⁰

¹³⁹ Evandro Pelarin, op. cit., p. 57.

¹⁴⁰ *Bem jurídico penal-constitucional*, p. 46.

Rudolphi entende que “os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores”.¹⁴¹

Desta forma, na atualidade é firme o entendimento de que o fim primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade a que pertence, proteção essa “que não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isto vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade humana”.¹⁴²

A pessoa e os direitos que lhe são essenciais, constituem uma barreira ao legislador infraconstitucional, pois a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo. Em conseqüência, a liberdade e a dignidade pertencem à essência do ser humano, sendo valores fundamentais do ordenamento constitucional.¹⁴³

No dizer de Márcia Dometila, “isso significa que a superioridade normativa do Direito Constitucional delimita o que deve ser considerado delito pelo Direito Penal (...) Sob essa nova ótica, os bens jurídicos, além da sua natureza individual ou coletiva, passam a ter uma natureza constitucional que o fazem merecedores da proteção penal. É a dignificação constitucional do bem jurídico”.¹⁴⁴

¹⁴¹ *apud*, Luiz Regis Prado, *Bem jurídico penal-constitucional*, p. 45.

¹⁴² *Ibid.*, p. 52.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 59.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 47-8.

Isso faz surgir o *conceito material de bem jurídico*, que implica no reconhecimento de que o legislador seleciona como bem suscetível de proteção aquilo que na sociedade já se apresenta como um valor digno de proteção e que assim deve ser proclamado. É na Constituição que está a pauta material do legislador ordinário que só pode concretizar o *jus puniendi* nas condutas que afetem bens ou valores de relevância constitucional.

Por conseqüência, os bens mais importantes e merecedores de proteção são os elencados nos artigos 1º a 5º da Constituição Federal, pois significam a própria existência do Estado Democrático de Direito.

Jorge Figueiredo Dias afirma que “um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre *refletido* num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal”.¹⁴⁵

Destarte, em uma concepção democrática embasada na noção constitucional de bem jurídico, “o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa. O cidadão, o indivíduo, considerado como pessoa (...) é o protagonista da política e da história e, portanto, do direito, uma das manifestações típicas da política e da história, se não mesmo a mais típica”.¹⁴⁶

Isso fez as teorias constitucionais sobre o bem jurídico se dividirem em duas: teorias constitucionais amplas e teorias constitucionais de caráter restrito.

3.2.2.1. Teorias constitucionais amplas

¹⁴⁵ *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 67.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 57.

As *teorias constitucionais amplas* adotam a Constituição como parâmetro de legitimação da lei penal, mas dá ao legislador ordinário ampla liberdade de criminalizar, podendo escolher bens jurídicos passíveis de tutela, independentemente de estarem previstos no texto constitucional. Elas se fundam na rápida evolução social e na necessidade de o direito acompanhar essa evolução, para que bens não contemplados na Lei Maior fiquem desprovidos de proteção. Com isso, o único limite do legislador (ao lado do limite formal) seria a não-incompatibilidade com os valores maiores previstos na Constituição.

Pietro Nuvolone defende essas teorias afirmando que, se é verdadeiro que os bens tutelados pela Constituição caracterizam interesses primários, não menos verdadeiro é que não se exaurem, permitindo que a incriminação de interesses outros que não os estampados na Lei Maior, desde que não contrarie os bens por ela garantidos.¹⁴⁷ Em outros termos, a Constituição deixaria ao legislador uma margem de atuação de acordo com as exigências do momento e aos novos problemas, impondo apenas um limite formal e material de não-incompatibilidade com seus princípios e valores.

Fernando Mantovani¹⁴⁸ adota essa posição, dizendo que duas são as fontes de bens jurídicos penais: a Constituição e a realidade sociocultural, afirmando que os bens despontados nessa última apenas não podem ser incompatíveis com a primeira, não precisando, no entanto, de reconhecimento pela ordem constitucional.

Carbonell Mateu também sustenta essa posição, afirmando que a Constituição não contém um programa político-criminal concreto, mas linhas programáticas gerais com sistema de valores nem sempre explicitados, razão pela

¹⁴⁷ *apud* Alice Bianchini, op. cit., p. 46.

¹⁴⁸ *apud* Janaína Conceição Paschoal, op. cit., p. 57.

qual o legislador ordinário não está proibido de selecionar outros bens, desde que em consonância com os valores constitucionais primários.¹⁴⁹

No Brasil, Janaína Conceição Paschoal trata do assunto como *limitação negativa ao Direito Penal*, pela qual “o Estado pode tipificar condutas atentatórias a valores que não tenham sido reconhecidos pela Constituição, desde que tal criminalização não fira os valores constitucionais”¹⁵⁰.

Em outros termos, “o legislador está proibido de, com a criminalização, trair o espírito de um Estado de Direito, violar valores constitucionais, mas fora desta área, fica-lhe um ampla liberdade de decisão”.¹⁵¹

3.2.2.2. Teorias constitucionais restritas

As *teorias constitucionais restritas* sustentam que o legislador não tem liberdade de escolha do bem jurídico carecedor de tutela penal, ficando limitado à criminalização de condutas ofensivas a valores que refletissem na Constituição. No dizer de Alice Bianchini, “apenas na Constituição poderiam ser buscados os bens jurídico-penais, os quais, por conseguinte, haveriam de representar os bens relevantes socialmente, já que contidos na Carta Maior”¹⁵². Conclui que o legislador não teria a obrigação de criminalizar todos os bens relevantes, mas só os que necessitam da tutela penal, isso em decorrência do princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

Comunga desse entendimento o jurista espanhol Díez Ripollés, para quem “da Constituição não advêm obrigações positivas de penalizar, atividade que

¹⁴⁹ *apud* José Luis Díez Ripollés, *Racionalidade das leis penais*, p. 188-9.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 55.

¹⁵¹ Maria Conceição Ferreira da Cunha, *op. cit.*, p. 129.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 48.

fica ao arbítrio do legislador, mas unicamente *deveres de não-penalização*, de forma que seria inconstitucional a proteção penal de qualquer interesse não contido na Constituição”.¹⁵³

Adotando-se as teorias restritivas, também consideradas como *limite positivo ao Direito Penal*, o legislador ordinário só pode utilizar a tutela penal para proteger bens reconhecidos pela Constituição como caros a uma determinada sociedade. Segundo a autora, trata-se de uma segunda acepção do princípio da legalidade, pautada não só na lei, mas na própria Constituição.¹⁵⁴

Constata-se, portanto, que, sob qualquer enfoque, a criminalização deve estar embasada em valores extraídos da Constituição, de modo explícito ou implícito. O legislador penal fica limitado às opções valorativas constitucionais, não podendo recorrer a sanções penais, sem que isso vise à proteção destes valores. Em outras palavras, o Direito Penal deve concretizar os interesses previstos na Constituição e, nesse processo de concretização, o valor não poderia perder a sua ‘fisionomia Constitucional’.¹⁵⁵

As teorias constitucionais do bem jurídico fizeram surgir duas espécies de direito penal: *o da justiça, clássico ou primário* e *o administrativo, secundário ou extravagante*. O primeiro se relaciona com os direitos, liberdades e garantias das pessoas, enquanto o segundo se refere aos direitos sociais e à organização econômica.¹⁵⁶

Por isso, Márcia Dometila de Carvalho sustenta que a dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, não pode ficar à margem do Direito Penal por ocasião da criminalização de qualquer fato. Também

¹⁵³ Op. cit., p. 188.

¹⁵⁴ Cf. Janaína Conceição Paschoal, op. cit., p. 59.

¹⁵⁵ Cf. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, op. cit., p. 167.

¹⁵⁶ Cf. Jorge Figueiredo Dias, op. cit., p. 68.

dignos de proteção os bens pertinentes à defesa da ordem econômica-social, cultural e ambiental, hierarquicamente superiores aos clássicos crimes contra o patrimônio. E arremata dizendo que as condutas lesivas à dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) e aos objetivos fundamentais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), devem ser punidas com severidade e até ser considerados crimes hediondos.¹⁵⁷

3.2.2.3. Conseqüências das teorias constitucionais: indicações ou determinações de criminalização?

Corolário das teorias constitucionais do bem jurídico é discussão sobre a Constituição ter feito *indicações* ou *determinações* de criminalização.

As indicações e determinações, ou imperativos explícitos de criminalização¹⁵⁸ são encontrados em vários dispositivos da Constituição Federal. No artigo 5º, inciso XLI: *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*; inciso XLII: *a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*; inciso XLIII: *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura*. No artigo 225, § 3º, CF: *as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*.

a) determinações de criminalização

Juristas pátrios de renome, embora defensores de um Direito Penal de *ultima ratio*, afirmam que as indicações e as determinações de criminalização feitas

¹⁵⁷ Op. cit., p. 45-8.

¹⁵⁸ Cf. Mariângela G. de Magalhães Gomes, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 111.

pelo Constituinte devem ser concretizadas pelo legislador ordinário com a produção de leis penais, pois só assim os valores dignificados pelo Constituinte estarão devidamente protegidos.

Assim, Márcia Dometila afirma que “se a Constituição e esse Estado Democrático de Direito abrem-se para transformações políticas, econômicas e sociais, a lei, inclusive a penal, como expressão do direito positivo, deve apresentar-se como corolário necessário deste conteúdo constitucional”.¹⁵⁹ E propõe um reajuste na legislação penal por meio de dois processos: de despenalização, para excluir os crimes que prevêm condutas mais afetas à moral; de penalização, tipificando fatos graves e fomentadores da injustiça social. Outro não é o entendimento de Luiz Régis Prado quando afirma que a Constituição de 1988 fez indicações criminalizadoras e “o motivo dessa constitucionalização é a relevância dada ao bem que se quer proteger e a necessidade de se utilizar do instrumento sancio-natório (sic) criminal”.¹⁶⁰

Tratando especificamente do ambiente, Prado afirma que, ao dedicar um capítulo a esse bem jurídico, o Constituinte brasileiro de 1988 o colocou como bem essencial à qualidade de vida e ao bem-estar social, erigindo-o como direito fundamental da pessoa. Em consequência, determinou políticas públicas e medidas judiciais para sua proteção, criando, inclusive, a responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 225, § 3º, CF). Como a Constituição representa a escala de valores essenciais de uma sociedade e o critério reitor da vida social, ela não se limitou em fazer uma declaração formal de tutela, mas determinou a proteção jurídico-penal, com indicação expressa de criminalização. “Com tal previsão, a Carta Brasileira afastou, acertadamente, qualquer dúvida quanto à indispensabilidade de uma

¹⁵⁹ Op. cit., p. 47.

¹⁶⁰ *O bem jurídico-penal e Constituição*, p. 72.

proteção penal do ambiente. Reconhece-se a relevância do ambiente para o homem e sua autonomia como bem jurídico, devendo para tanto o ordenamento jurídico lançar mão inclusive da pena, ainda que em *ultima ratio*".¹⁶¹

Luiz Luisi esclarece que “as Constituições contemporâneas têm uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de Justiça material. Expressam esses tipos de normas constitucionais, as instâncias do ‘Sozialstaats’, e fazem com que o Estado exerça uma função ativa, ampliando a área de atuação do direito penal”.¹⁶²

Em síntese, para os defensores dessa posição, o Constituinte, ao fazer determinações de criminalização, analisou a dignidade do bem jurídico e a necessidade da tutela penal, não cabendo ao legislador ordinário outra alternativa que não a tipificação.

b) *indicações de criminalização*

Em posição antagônica encontramos Janaína Conceição Paschoal, para quem a Constituição é apenas um *limite* do Direito Penal e, mesmo diante das determinações de criminalização, o legislador infraconstitucional não tem a obrigação de tipificar condutas, mas a possibilidade de fazê-lo diante da necessidade e utilidade da tutela penal.¹⁶³ Argumenta, ainda, que a obrigatoriedade de criminalização significa “voltar as costas ao necessário caráter material da lei e da própria Constituição, importando ainda a desconsideração dos princípios informadores do Direito Penal mínimo, que, em última instância, pauta-se na

¹⁶¹ *Ambiente e Constituição: o indicativo criminalizador*, p. 63.

¹⁶² *Os princípios constitucionais penais*, p. 57-8.

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 82.

necessidade efetiva e não meramente formal da tutela penal.¹⁶⁴ Conclui afirmando que a Constituição exerce uma limitação positiva sobre o Direito Penal, devendo-se, ainda mais restritivamente, limitar a tutela penal àqueles bens de natureza fundamental, já que, pelo menos formalmente, tudo pode ser alçado ao nível constitucional.¹⁶⁵

Luiz Flávio Gomes, fundado nas lições de Fiandaca e Brícola, afirma que “a premissa de que só valores com relevância constitucional podem ser objeto de tutela penal não implica a obrigação para o legislador de sujeitar ao *ius puniendi* todos aqueles bens que explícita ou implicitamente possuam entidade constitucional. Para que isso não seja assim, operam, justamente, os princípios de subsidiariedade penal, mérito e necessidade da pena”.¹⁶⁶

Na mesma esteira o pensamento de José de Faria Costa, para quem a valoração constitucional não é impositiva ao legislador ordinário, cabendo a este escolher os bens dignos de proteção penal.¹⁶⁷ Outra não é a postura de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, para quem “os valores Constitucionais deverão ser o *quadro máximo* de uma legítima intervenção penal, em conjunção com o respeito pelo princípio da proporcionalidade. Ao se conferir maior liberdade ao legislador penal, permitir-se-á que ele escolha, para tutelar penalmente, os valores constitucionais que no momento se mostrem mais dignos de tutela penal, o que poderá variar de época para época”(destaques no original).¹⁶⁸

Jorge Figueiredo Dias adota postura intermediária sustentando que onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de

¹⁶⁴ Op. cit., p. 84.

¹⁶⁵ Ibid., p. 68.

¹⁶⁶ *As grandes transformações do direito penal tradicional*, p. 94.

¹⁶⁷ *apud* Selma Pereira de Santana, *A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário*, p. 482.

¹⁶⁸ op. cit., p. 189.

intervenção penal, o legislador ordinário aponta a obrigação de criminalizar o comportamento. Onde, porém, houver apenas indicação de criminalização, não é legítimo exigir a criminalização dos comportamentos, isso porque não pode ser ultrapassado o inevitável critério da necessidade da pena.¹⁶⁹

Temos que a razão está com Jorge Figueiredo Dias. As determinações de criminalização devem ser atendidas pelo legislador ordinário, pois o Constituinte fez a valoração material, histórica e social do bem jurídico, bem como da necessidade da tutela penal, não cabendo ao legislador ordinário ignorar essa valoração.

Por outro lado, no caso de indicações de criminalização, compete ao legislador infraconstitucional valorar a necessidade da tutela penal, pois pode entender que medidas de caráter administrativo sejam suficientes para proteção do bem jurídico.

Como consequência, há necessidade de revisão da parte especial do Código Penal e das penas cominadas, ajustando-os à nova ordem Constitucional e aos princípios fundamentais do Direito Penal, em especial os da insignificância, da proporcionalidade e da humanidade, sobre os quais falaremos no próximo capítulo.

Essa revisão deve ser feita com processos de criminalização ou descriminalização. A *descriminalização* deve ser feita para afastar da tutela penal os bens jurídicos “não condizentes com o princípio da tolerância existente no Estado Democrático de Direito que, pondo o Direito Penal a serviço de um marco mínimo de convivência, não se compraz em sancionar penalmente, fatos mais afetos à moral. Por outro lado, obedecendo-se ao necessário processo de penalização, tipifica-se

¹⁶⁹ Op. cit., p. 80.

todo fato grave, fomentador da injustiça social, que a Constituição pretende eliminar”.¹⁷⁰

No entanto, a verificação desses processos de criminalização e descriminalização passa, necessariamente, pelo estudo dos princípios constitucionais do Direito Penal, objeto de estudo no próximo capítulo.

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

1. Introdução

Antes da análise específica do tema, é necessária uma breve digressão sobre o significado e conteúdo dos princípios constitucionais.

No vernáculo, *princípios* significam: “3. *Filos*. Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”.¹⁷¹

Em qualquer campo do saber, a idéia de *princípio* designa a “estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”.¹⁷²

¹⁷⁰ Márcia Dometila Lima de Carvalho, op. cit., p. 48.

¹⁷¹ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*, p. 529.

¹⁷² Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, p. 53.

Controvertida a distinção entre princípios e regras, pois inúmeros são os critérios adotados: grau, qualidade, fundamentalidade, etc. Robert Alexy adota o critério qualitativo e afirma que os *princípios* contêm *mandados de otimização*, isto é, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (...) Por sua vez, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos”.¹⁷³

Pelo critério da fundamentalidade, os princípios se situam como fontes fundamentais, de hierarquia elevada, aos quais se submetem as regras.

No âmbito jurídico, *princípio* é um mandamento nuclear de um sistema, um verdadeiro alicerce que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁷⁴

Distinguem-se os *princípios gerais do Direito* dos *princípios positivos do Direito*. Os primeiros são próprios da Ciência Jurídica e são valorados segundo a idéia do falso ou verdadeiro conforme a análise descritiva da Ciência. Os segundos são próprios do Direito, enquanto sistema de normas positivas e são valorados como falso ou verdadeiro, vigente e não vigente, eficaz ou ineficaz.¹⁷⁵ Conclui Ruy Espíndola que o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil contém os dois princípios: a palavra “lei” é um princípio positivo do Direito; o enunciado do artigo é um princípio geral do Direito.¹⁷⁶

¹⁷³ *apud* Fernando Ferreira dos Santos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 49.

¹⁷⁴ Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 450-1.

¹⁷⁵ Ruy Samuel Espíndola, *op. cit.*, p. 57.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 60.

Por fim, *princípios constitucionais* são “os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.”¹⁷⁷

No tocante à função dos princípios constitucionais, atuam como fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes do sistema normativo, entendendo-se como tal o Direito Positivo e suas ramificações estrutural-normativas.¹⁷⁸

A Constituição Federal de 1988, a constituição cidadã, fruto de grandes movimentos político, jurídico e filosófico, estabeleceu postulados garantidores dos direitos da pessoa (direitos individuais - artigo 5º) e da coletividade (direitos sociais – artigos 6º a 11).

No âmbito penal, o Constituinte criou os *princípios de direito penal constitucional* e *princípios constitucionais influentes em matéria penal*.¹⁷⁹ Os primeiros, tipicamente penais, estão relacionados com a ordem jurídica penal e têm característica garantidora, limitando o Poder Estatal, como, p. ex., os princípios da legalidade, irretroatividade da lei mais severa, culpabilidade, individualização da pena, etc. Como acentua Teresa Aguado Correa, a relevância da Constituição para o Direito Penal está nos limites do *ius puniendi*.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Carmem Lúcia Antunes Rocha. *Princípios constitucionais da administração pública*, p. 25-6.

¹⁷⁸ Cf. Ruy Samuel Espíndola, op. cit., p. 78.

¹⁷⁹ Cf., Luiz Luisi, *Os princípios constitucionais penais*, p. 13.

¹⁸⁰ *O principio de proporcionalidad em derecho penal*, p. 38.

Já os *princípios influentes em matéria penal* têm a função de orientar o legislador infraconstitucional quanto à elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores de relevância social, como o ambiente, trabalho, cultura, etc. De outro modo, traduzem orientação ao legislador infraconstitucional no sentido de determinar-lhe a elaboração de normas incriminadoras destinadas a proteção de valores transindividuais.

Em Palazzo encontramos o mesmo fundamento, pois afirma que os *princípios de direito penal constitucional* apresentam conteúdo típico e propriamente penalístico, como a legalidade, individualização, etc, e delineiam a feição constitucional de um determinado sistema penal. Esses princípios têm conteúdo e características substancialmente constitucionais. Já os *princípios (ou valores) pertinentes à matéria penal* apontam as matérias que têm relevância constitucional e que devem estar protegidas pelo Direito Penal. Em outras palavras, condiciona o conteúdo, a matéria a ser penalmente disciplinada.¹⁸¹

Os princípios tipicamente penais atuam como *limitadores do poder punitivo estatal* e têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasados em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo e garantista*.¹⁸² Manuel de Rivacoba Y Rivacoba afirma que “los llamados *princípios penales* son expresión sintética de los *limites del ius puniendi*, hasta, sin, abdicar de este punto de vista, denominarlos y estudiarlos como *princípios constitucionales del Derecho penal*”.¹⁸³

Não há consenso na doutrina sobre quais e quantos seriam os princípios de Direito Penal. Nilo Batista relaciona cinco: legalidade (ou reserva legal ou intervenção legalizada), intervenção mínima, lesividade, humanidade e

¹⁸¹ Cf. Francesco Palazzo, *Valores constitucionais e direito penal*, p. 22-3

¹⁸² Cf. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 9-10.

culpabilidade.¹⁸⁴ Luiz Luisi também afirma que são cinco os princípios: legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, humanidade e pessoalidade ou individualização da pena.¹⁸⁵ Palazzo os condensa em dois: legalidade e seus corolários, e culpabilidade.¹⁸⁶

Para dar embasamento à conclusão deste trabalho, trataremos do assunto em dois grupos: legalidade e todos os seus corolários e dignidade humana.

2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade foi uma das grandes conquistas do Direito Penal Moderno. Embora haja controvérsia na doutrina sobre o seu surgimento (majoritariamente se afirma que teve origem na Carta Magna Inglesa de 1215)¹⁸⁷, ganhou expressão com o Iluminismo, cujos pensadores reagiam ao absolutismo monárquico e ao arbítrio judicial, preconizando a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão uma faixa de ação.

Foi sob essa influência garantista que o princípio recebeu contornos mais específicos com Beccaria¹⁸⁸ e a fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” concebida por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. Para esse jurista, a pena só tinha função coativa se os indivíduos conhecessem as leis e as penas. Só assim elas poderiam cumprir a função preventiva da criminalidade.

¹⁸³ *Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal*, p. 738.

¹⁸⁴ *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 64.

¹⁸⁵ Op. cit., p. 17-56.

¹⁸⁶ Op. cit., p. 43.

¹⁸⁷ Por todos os juristas pátrios, Hungria, *Comentários ao código penal*, v. I, Tomo I, p. 31-2.

¹⁸⁸ “A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (Dos delitos e das penas, p. 44).

Não raro o princípio da legalidade é tratado como sinônimo de reserva legal.¹⁸⁹ Entretanto, como veremos mais à frente, a legalidade é um princípio do qual a reserva legal é o seu postulado ou corolário lógico, pois modernamente se fala em legalidade *formal e material*.

A *legalidade formal* consiste na subsunção de um fato proibido a uma norma criada pelo legislador competente. É construção do tipo proibido pela norma, valorada. A *legalidade material*, por seu turno, consiste na previsão de condutas que efetivamente atinjam bens jurídicos importantes ou criem situações de risco concreto a esse bem.

Palazzo sustenta que o princípio da legalidade formal apresenta três corolários: reserva legal, taxatividade e irretroatividade.¹⁹⁰ Idêntica a posição de Luiz Luisi, para quem o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: um quanto às fontes das normas penais incriminadoras (reserva legal); outro concernente à enunciação dessas normas (determinação taxativa); e, o terceiro, relativo à validade das disposições penais no tempo (irretroatividade).¹⁹¹

Nilo Batista fala em quatro funções: a) irretroatividade da lei penal; b) proibição da criação de crimes pelo costumes; c) proibição do emprego da analogia para criar crimes e fundamentar ou agravar penas; d) proibições de incriminações vagas e indeterminadas.¹⁹²

Entretanto, a adoção do princípio da *legalidade formal* nem sempre impede o arbítrio estatal, pois em Estados totalitários ou com democracias frágeis, pode ser utilizado para legitimar um Direito Penal que visa exclusivamente à perpetuidade de uma minoria no poder, com a conseqüente submissão do restante

¹⁸⁹ Cf. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, p. 107.

¹⁹⁰ Op. cit., p. 43.

¹⁹¹ Op. cit., p. 17-8.

¹⁹² Op. cit., p. 68-83.

da população. Para tanto, basta a criação de tipos abertos, abuso na formulação de normas penais em branco, tipos contemplando condutas que não lesam ou expõem a perigo bens jurídicos, penas desproporcionais, etc.

Por isso, como anotado por Lycurgo de Castro Santos¹⁹³, para que o princípio da legalidade represente uma efetiva limitação ao *jus puniendi* há necessidade da presença de dois requisitos: primeiro, deve estar atrelado a outros princípios que também representam uma contenção da intervenção estatal no âmbito privado do indivíduo; segundo, deve haver uma garantia de técnica legislativa.

De fato, não é possível falar-se em princípio da legalidade como garantia individual se outros princípios igualmente importantes como os da *intervenção mínima, ofensividade, proporcionalidade, humanidade e culpabilidade* forem deixados à margem. Todos eles formam um “todo indivisível de modo que a realização de cada um é imprescindível para que todos possam se conformar em um Direito Penal com os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito”.¹⁹⁴ Essa é a vertente *material* do princípio da legalidade.

Na arguta observação de Aguado Correa, “os distintos princípios constitucionais em matéria penal devem ser conectados entre si para poder entender o conteúdo de cada um deles e para que possam cumprir a pretendida eficácia limitadora do *ius puniendi*”.¹⁹⁵ Nessa esteira, Maurício Antonio Ribeiro Lopes afirma que o princípio da legalidade é o tronco-mãe de onde brotam vários ramos

¹⁹³ O princípio da legalidade no moderno direito penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, p. 187 e ss.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 188.

¹⁹⁵ *apud* Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 33.

(princípios decorrentes), com maior ou menor grau de dependência das forças hauridas pela seiva do tronco-mãe.¹⁹⁶

Por isso, o princípio da legalidade será abordado sob dois aspectos: formal e material.

2.1. Princípio da legalidade formal e seus respectivos corolários

Como anotado no item anterior, a legalidade formal se desdobra em três corolários ou postulados, todos consubstanciados no aspecto técnico da legislação penal.

2.1.1. Princípio da reserva legal

O primeiro desses postulados é a reserva legal que exige esteja uma conduta proibida pelo ordenamento jurídico, descrita em uma lei. Fundados nas lições de Beccaria, os constituintes pós-Iluminismo passaram a exigir que apenas as condutas previstas em lei eram passíveis de punição.

A partir de então, o princípio passou a ganhar corpo sendo adotado no Brasil por todas as Constituições.¹⁹⁷ Na legislação infraconstitucional o princípio foi recepcionado por todos os Códigos Penais brasileiros.¹⁹⁸ O atual Código Penal, com

¹⁹⁶ *Princípio da insignificância no direito penal*, p. 44, nota 5.

¹⁹⁷ A Constituição de 1824, no artigo 179, XII; a de 1891, no artigo 72, § 15; a de 1934, no artigo 113, inciso 26; a de 1946, no artigo 141, § 25; a de 1967, no artigo 150, § 16 e artigo 153, § 16 (Emenda Constitucional n. 1/69); a de 1988, no artigo 5º, inciso XXXIX.

¹⁹⁸ Código Criminal do Império (1830), art. 1º: Não haverá crime ou delicto (palavras sinonimas neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique). Código Penal da República (1890), art. 1º: Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia ou paridade, não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas. O Código Penal de 1969 (que não chegou

as modificações feitas pela Lei n. 7.209/84, o contempla no artigo 1º: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”.

Na atualidade, raras as nações que não adotam o princípio da reserva legal¹⁹⁹, sendo considerado um “patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados”.²⁰⁰

O conteúdo da *reserva legal*, como princípio, não é pacífico. Fernando Mantovani fala em *reserva absoluta* e *reserva relativa*. Por meio da *reserva relativa* o legislador fixa linhas fundamentais, delegando à Administração o detalhamento da conduta punível. Já na *reserva absoluta*, somente a lei pode prever a conduta, ficando proibida qualquer outra espécie de disciplina normativa.²⁰¹

A exigência da garantia de técnica legislativa é bastante variada. Na Espanha, a matéria penal deve ser tratada em “*lei orgânica*” aprovada por maioria do Parlamento. Na Itália é possível a criminalização por decretos-lei de urgência e por “*legislação delegada*”.²⁰²

No Brasil, por expressa disposição constitucional (art. 5º, XXXIX), adota-se a reserva legal de modo absoluto, não havendo possibilidade de o tipo penal ser criado senão por lei em sentido estrito, emanada da União (art. 22, I). Nem mesmo as Medidas Provisórias podem tratar de matéria penal, por força de expressa vedação constitucional.²⁰³ Por isso, a adoção do princípio da reserva legal traz, como consequência, a abolição do direito costumeiro e da analogia como fontes do Direito Penal.

a entrar em vigor), embora elaborado no auge da do período ditatorial, também previa o princípio da legalidade formal no artigo 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹⁹⁹ China, Albânia e Coréia do Norte são alguns exemplos.

²⁰⁰ Luiz Luisi, op. cit., p. 21.

²⁰¹ *apud* *ibid.*, p. 22.

²⁰² Francesco Palazzo, op. cit., 45.

²⁰³ Art. 62, § 1º, I, “b”, da Constituição Federal: § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:b) direito penal, processual penal e processual civil.

2.1.2. Princípio da taxatividade

Um segundo corolário da legalidade formal é a *taxatividade*, também denominada de *determinação taxativa*,²⁰⁴ que se funda na necessidade de as leis penais serem objetivas para que o arbítrio judicial seja reduzido ao máximo. Desta forma, o legislador deve se abster ao máximo da utilização dos tipos penais abertos, da utilização das normas penais em branco, dos elementos normativos, pois esses recursos tornam necessária a complementação pelo julgador, aumentando sua discricionariedade. Não basta que a lei seja prévia, mas deve reunir certos caracteres e definir a conduta de modo objetivo, de tal modo que se conheça não somente qual é a conduta proibida, mas também qual é a conduta permitida. A lei deve descrever com precisão e de forma cristalina as condutas proibidas.

O primeiro fundamento desse princípio é a necessidade de que a lei seja facilmente compreendida pelo destinatário. Já o segundo fundamento é de natureza política, pois a norma precisa e objetiva limita, no campo da tipificação das condutas, a discricionariedade e o arbítrio judiciário, ensejando maior garantia ao cidadão.

Grave ofensa a esse princípio foi praticada na Alemanha nazista, onde a legislação previa tipos extremamente abertos.²⁰⁵ No mesmo período, idêntica prática foi adotada no Brasil por meio do Decreto-lei n. 4.166, de 11 de março de 1942, que permitia o recurso à analogia para a tipificação de condutas.

²⁰⁴ Expressão usada por Luiz Luisi, op. cit., p. 24 .

²⁰⁵ O direito penal alemão continha o seguinte dispositivo: “Se o fato não é expressamente declarado punível, mas um fato semelhante é ameaçado com pena na lei, deve esta ser aplicada, se o respectivo pensamento fundamental e a sã opinião do povo exigirem a punição”. In: Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, v. I, T. I, p. 18.

Paulo José da Costa Junior afirma que “não se pactua com garantia meramente formal. Insuficiente apenas a lei anterior à conduta. Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso (...) A finalidade do princípio é dar a conhecer ao agente a conduta vedada, especificamente descrita (...) A descrição genérica é mais perigosa que a analogia”.²⁰⁶

Na precisa lição de Nilo Batista, “a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos”.²⁰⁷ Desta forma, os tipos penais genéricos e com conceitos indeterminados ou ambíguos são extremamente perigosos, pois podem servir de pretexto para fins escusos, em especial nos regimes totalitários.

2.1.3. Princípio da irretroatividade

Outra vertente dessa espécie de legalidade é o *princípio da irretroatividade*, pois as garantias da legalidade somente serão efetivas se alcançar fatos futuros.

Essa função é apontada como “histórica” do princípio da legalidade, pois o fundamento de sua criação foi reagir contra leis posteriores ao fato.

Mantovani sustenta que além de assegurar as certezas racionais do direito, a irretroatividade “dá ao cidadão a segurança, ante as mudanças de

²⁰⁶ *Direito penal na Constituição*, p. 18-20.

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 78.

valorações do legislador, fatos que, no momento de sua comissão, não eram apenados, ou o eram de forma mais branda”.²⁰⁸

Do mesmo modo que o princípio da reserva legal, o princípio da irretroatividade está consagrado na Constituição brasileira (art. 5º, inciso XL, *in verbis*: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu).

2.2. Princípio da legalidade material: fundamentos para um Direito Penal de *ultima ratio* ou da intervenção mínima.

O princípio da legalidade, sob o seu enfoque material, acaba contemplando outros princípios, sem os quais o primeiro passa a ter um caráter meramente formal.

Por legalidade formal (como já visto no item anterior) entende-se que o fato punível deve estar previsto em lei. Mas qual conduta humana deve ser erigida à categoria de infração penal? O Direito Penal deve se ater a todos os comportamentos lesivos a terceiros? Para responder a essas indagações há necessidade da utilização dos demais princípios, subjacentes e complementadores do princípio da legalidade.

Assim, surge o princípio da intervenção mínima, integrado por seus postulados de caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. Somente quando não existam meios menos lesivos para proceder à proteção dos bens jurídicos é que esse ramo do Direito ganha legitimidade para interceder.

Disso decorrem os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da ofensividade, da proporcionalidade e da insignificância, todos imanentes à

²⁰⁸ *apud* Luiz Luisi, op. cit., p. 26.

legalidade sob o prisma material e conduzem ao reducionismo do Direito Penal ou, em outras palavras, à menor intervenção possível do *ius puniendi* do Estado. É com base nesses princípios que se traça uma política criminal não apenas “de como se deve reagir”, mas principalmente “a que se deve reagir”.

Como a utilização do Direito Penal pelo Estado implica um enorme grau de violência social sobre a pessoa, a intervenção mínima é um dos princípios político-criminais de maior importância ideológica.

A intervenção mínima atua como um freio na criação e manutenção das normas penais e encontra seu fundamento material na Constituição, pois o reconhecimento da dignidade da pessoa, dos direitos invioláveis e da liberdade limitam a atuação do legislador na criminalização de condutas, restringindo a produção legislativa penal na necessidade de proteção dos bens jurídicos.

Nas palavras de Nereu José Giacomolli, “a limitação do princípio da legalidade atinge as normas incriminadoras, limitadoras da potestade punitiva, mas não as protetivas dos direitos e das liberdades fundamentais. Com isso, está plenamente justificado o reconhecimento de causas supralegais de exclusão de tipicidade, ilicitude ou de culpabilidade”.²⁰⁹

É sob esse enfoque que está centrado o trabalho, pois o que se busca é embasamento jurídico-constitucional para conceituar infrações de menor potencialidade lesiva.

2.2.1. Princípio da subsidiariedade

²⁰⁹ O princípio da legalidade como limite do ‘*ius puniendi*’ e proteção dos direitos fundamentais, p. 158.

O primeiro corolário da legalidade material e da intervenção mínima é a subsidiariedade, que estabelece a intervenção do Direito Penal tão-somente na defesa de bens jurídicos necessários à convivência pacífica das pessoas e que não podem, de modo eficaz, serem protegidos por outros ramos do Direito.

Assim, identificado o fato social danoso, o Direito Penal passa a ser visto como instrumento de controle social cujo emprego destina-se a prevenir condutas gravemente prejudiciais. Entretanto, essa atuação está centrada em duas premissas: especialização e limitação de suas intervenções.²¹⁰

Fernández Carrasquilla²¹¹ afirma que “um fenômeno é subsidiário de outro quando opera depois que esta (sic) tenha fracassado e precisamente para suprir suas falhas ou fracassos”.

Bitencourt, de modo preciso, pontua que, “se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais”.²¹²

Sob essa ótica, a subsidiariedade descaracteriza o direito punitivo como principal instrumento de proteção a bens jurídicos e de luta contra a criminalidade e manutenção da paz social, impedindo a aplicação de sanções penais como primeiro meio de solução dos conflitos sociais.

Assim, na tarefa criar tipos penais, o legislador deve se ater aos demais ramos do Direito, analisando se as sanções neles previstas são suficientes para proteger o bem jurídico. Somente na hipótese de concluir pela impossibilidade de a sanção civil ser suficiente para a proteção do bem jurídico é que se deve socorrer do Direito Penal.

²¹⁰ Cf. José Luis Díez Ripollés, op. cit., p. 149.

²¹¹ *apud* Paulo de Souza Queiroz, *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 55.

²¹² Op. cit., p. 11.

Segundo Nilo Batista, “a subsidiariedade, que pressupõe a fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve, portanto, ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente”.²¹³ No campo de intervenção do direito penal, não cabe a persecução de objetivos outros que não os umbilicalmente ligados à necessidade social.

Vertente do princípio da subsidiariedade é a fragmentariedade ou essencialidade do Direito Penal, que estabelece que nem toda conduta lesiva a um bem jurídico deve ser objeto de sanção penal. Embora o bem jurídico afetado seja relevante, somente algumas formas de agressão a esse bem jurídico, consideradas socialmente intoleráveis, devem ser objeto de tutela penal. “Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.²¹⁴

Na precisa lição de Luiz Luisi, “a condição, portanto, para a criação de um novo tipo penal é que o bem jurídico a tutelar seja de relevância superlativa para o convívio social, e que a forma em que o fato o violenta seja realmente grave”.²¹⁵

Almeida Costa, invocando o artigo 18 da Constituição Portuguesa, que estabelece que as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição, trata o assunto como *princípio da necessidade social* pelo qual o Direito Penal se circunscreve à proteção das condições necessárias e indispensáveis à subsistência da coletividade. Divide o princípio em dois vetores: o primeiro, de caráter valorativo, reduz o âmbito de incriminação à tutela dos valores fundamentais da coletividade; o segundo vetor, ligado à subsidiariedade, determina

²¹³ *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 86-7.

²¹⁴ Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal*, v. 1, p. 120.

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 45.

a criminalização apenas e tão-somente se a tutela não for possível por meio do recurso a sanções de outros ramos do Direito.²¹⁶

Assim, a necessidade da intervenção penal passa a integrar o conceito de legalidade formal que deveria ser definida como “não há crime sem lei anterior e ‘necessária’ que o defina”.²¹⁷

Por conta desse princípio, o patrimônio (bem jurídico relevante) é tutelado pelo Direito Penal, mas se a conduta lesiva ao patrimônio for ínfima, não deve ser alcançada pelas normas penais. Do mesmo modo que o furto e o dano culposos não são puníveis, basta as sanções de caráter civil, no caso, a indenização. Em outras palavras, é a gravidade dos ataques ao bem jurídico que legitima as duras intervenções do Direito Penal.

Destarte, os recursos punitivos não podem servir de controle de qualquer conduta lesiva, pelo contrário, devem estar limitados a: 1) bens jurídicos fundamentais imprescindíveis para o desenvolvimento individual ou coletivo e, por isso, dignos de proteção por meio de pena; 2) condutas que se configuram em ataques graves e intoleráveis no meio comunitário.²¹⁸ Nos modernos Estados Constitucionais, a validade das normas reside na sua conformidade, não apenas formal, mas, também no conteúdo substancial.

Ripollés afirma que a fragmentariedade limita os objetivos da tutela penal mas, ao mesmo tempo, amplia os meios de intervenção, possibilitando ao Estado o emprego de todos os meios acessíveis para o exercício do controle social.²¹⁹

²¹⁶ *Alguns princípios para um direito e um processo penais europeus*, passim.

²¹⁷ Cf. Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, *O Direito penal e a intervenção mínima*, p.148.

²¹⁸ Fábio Freitas Dias, *Direito penal de intervenção mínima e noção de bem jurídico aplicado às infrações tributárias*, p. 129.

²¹⁹ Op. cit. p. 151.

Concluindo, é na relação entre a graduação da afetação do bem jurídico e o seu valor que reside a essência do princípio da fragmentariedade, que vai apontar qual é o nível de tutela mais adequado: penal ou não penal, prisão ou medida despenalizadora.²²⁰

2.2.2. Princípio da proporcionalidade

A idéia de proporção é inata no ser humano, pois desde criança raciocinamos que alguns castigos são desproporcionais à desobediência.

Segundo Willis Santiago Guerra Filho, o princípio da proporcionalidade é originário do direito público alemão e, por conta do posicionamento do Tribunal Constitucional tedesco, vem sendo transportado para o plano constitucional. Há uma tríplice manifestação do princípio: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. O meio empregado é adequado quando promove o resultado desejado; é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz; proporcional em sentido estrito se as vantagens que trará superará as desvantagens.²²¹

Assim, uma vez afirmada a amplitude e a necessidade de um meio para alcançar o fim pretendido, trata-se de examinar se a medida não resulta em excesso gravoso para o autor do fato.²²²

A proporcionalidade atua em dois momentos distintos: na cominação e na aplicação da pena. Nos dois momentos, o legislador e o operador do Direito devem ter em mente a *pena necessária* para o delito. Obriga, portanto, à

²²⁰ Cf. Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 92.

²²¹ *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*, p.25-8.

²²² Cf. Teresa Aguado Correa, op. cit., p. 67-9.

ponderação entre a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a conseqüência jurídica.²²³

Uma das dificuldades é estabelecer a proporção entre a conduta infracional e a reação do Estado. O sistema de Talião (olho por olho, dente por dente) foi o germe do princípio, pois para cada conduta lesiva havia uma reação idêntica, cumprindo rigorosamente a proporcionalidade.

Atualmente as penas se humanizaram e não é possível uma relação natural entre a conduta e a pena, não se admitindo, por exemplo, que para o autor de um homicídio seja aplicada a pena de morte. Desta forma, não é simples encontrar a sanção adequada para a conduta lesiva a bens jurídicos como vida, honra, liberdade sexual, etc.

Na Itália, por meio de circulares do Conselho de Ministros, a primeira delas de 19 de dezembro de 1983, foram estabelecidos critérios que devem orientar o legislador na elaboração dos tipos penais e os recomendados são a *proporção* e a *necessidade* da criminalização. Em primeiro lugar, o fato que se pretende criminalizar deve atingir valores básicos do convívio social e que a ofensa a esses bens deve ser grave. Em segundo lugar, é necessário que não haja outro meio capaz de prevenir e reprimir tais fatos.²²⁴

Em cada momento da atuação da proporcionalidade (tanto na elaboração da lei como na sua aplicação), há dois direcionamentos: *proibição do excesso*, onde o princípio é mais adotado e *insuficiência dos meios de proteção*.

Na primeira via, o Estado, para a efetivação do seu dever de proteção, pode atuar com excesso e acabar afetando de modo desproporcional um direito fundamental. Já na segunda via, pode frustrar o seu dever de proteção, atuando de

²²³ André Luís Callegari, *A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais*, p. 138.

modo insuficiente no sentido de que não adota mecanismos necessários à proteção do bem jurídico. A violação da proibição da insuficiência encontra-se representada pela omissão do Poder Público no imperativo constitucional de dever de proteção.²²⁵

Em suma, o princípio significa que o Poder Público não deve agir com exageros, quer para mais, quer para menos.

Para o presente trabalho, importa a proibição do excesso na proporção em que se busca ampliar o alcance das medidas despenalizadoras. A proporcionalidade que se busca é o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins almejados.

A análise de alguns tipos do Código Penal brasileiro mostra que a proporcionalidade nem sempre é adotada, em especial quando o legislador se dispõe a fazer reformas pontuais da legislação penal, produzindo os chamados “diplomas meramente alteradores”.

Alguns exemplos elucidarão bem a afirmação. O artigo 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) acrescentou parágrafo único aos artigos 213 e 214 do Código Penal, elevando a pena para 4 a 10 anos de reclusão, quando cometido o crime contra criança. Doze dias depois, foi sancionada a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que elevou a pena do “caput” para 06 a 10 anos de reclusão. Criou-se, desta forma, o seguinte impasse: quem estuprasse uma mulher adulta receberia pena de 06 a 10 anos; quem estuprasse uma criança, receberia a pena do parágrafo único, ou seja, de 04 a 10 anos.

²²⁴ Cf. Luiz Luisi, *Os princípios constitucionais penais*, p. 45.

²²⁵ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*, p. 98-9.

Doutrina e jurisprudência divergiram tanto sobre o assunto, que houve necessidade de revogação expressa dos parágrafos únicos, o que foi feito pela Lei n. 9.291, de 04 de junho de 1996.

Outro exemplo: para o crime de excesso de exação (art. 316, § 1º, do Código Penal) era cominada pena de 06 meses a 02 anos, enquanto sua forma qualificada (§ 2º), pena de 02 a 12 anos de reclusão. Por meio da Lei n. 8.137/90, o legislador elevou a pena do § 1º para 03 a 08 anos de reclusão sem, contudo, alterar a pena da forma qualificada. Com isso temos o seguinte absurdo: a pena mínima da forma simples é maior do que a pena da forma qualificada.

Desproporção sem precedentes encontra-se no artigo 273 do Código Penal, com a redação e pena que lhe foram dadas pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998. Esse crime consiste na falsificação de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, com pena cominada de 10 a 15 anos de reclusão. Já o § 1º-A equipara os *cosméticos* a produtos destinados a fins terapêuticos. Desta forma, a conduta de falsificar cosméticos é punida com pena mínima de 10 anos de reclusão, muito superior à do homicídio doloso simples e bem próxima da pena cominada ao homicídio qualificado.

Lenio Luiz Streck aponta outros exemplos²²⁶, criticando a desproporção entre a pena e os valores tutelados pela norma.

Não se descuida que, em alguns casos, o legislador andou bem e fixou pena adequada ao bem jurídico tutelado, como fez, por exemplo, nos crimes de lesões corporais culposas de natureza leve, inclusive no trânsito, crimes contra a honra, violação de domicílio e de correspondência, violação de segredo profissional,

²²⁶ Adulteração de chassi (art. 311 CP – pena de 3 a 6 anos), tem pena maior do que a lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º, CP – 1 a 5 anos); homicídio simples contra criança (121, “caput”, c.c. § 4º - 8 anos) tem pena menor do que o estupro contra a mesma vítima (art. 213, c.c. art. 9º, da Lei 8.072/90).

furto de coisa comum, dano, apropriação de coisa havida por erro e de coisa achada, etc., condutas de pouca danosidade social e que merecem estar no rol dos chamados *crimes de menor potencial ofensivo*.

Nesses casos, o bem jurídico é disponível e perfeitamente cabíveis os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, possibilitando às partes a composição civil como forma de solução do litígio, inclusive no campo criminal.

Por outro lado, inúmeros crimes que têm pena máxima igual ou inferior a 02 anos, não podem ser considerados de menor potencial ofensivo em razão do bem jurídico atingido. No Título I da Parte Especial do Código Penal²²⁷ encontramos: lesões corporais dolosas, abandono de recém-nascido, omissão de socorro, maus tratos, inclusive contra crianças, constrangimento ilegal, inclusive a forma qualificada. No Título IV²²⁸ a maioria dos tipos penais têm, como meio de execução, a violência e a grave ameaça (arts. 197, 198, 199, 200, 203 e 204) e, não obstante, todos eles são de menor potencial ofensivo porque a pena privativa de liberdade máxima cominada não ultrapassa o teto de 02 anos. No Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003), os crimes atentatórios contra a dignidade do idoso têm pena máxima cominada inferior a 02 anos e são de menor potencial ofensivo (arts. 96, 97, 99, 103). Já os crimes que atingem o patrimônio do idoso (arts. 102 e 106), têm pena superior a 02 anos e estão fora desse rol.

Essa desproporção é decorrente da valoração constitucional do bem jurídico, pois há tempos as Constituições prevêm como elemento essencial às pessoas, a defesa da propriedade. Um dos primeiros documentos garantidores dos

²²⁷ Esse Título trata dos crimes contra a pessoa.

²²⁸ Crimes contra organização do trabalho.

direitos fundamentais (A Declaração de Virgínia de 1776) previa no artigo 1º colocar os meios de aquisição e manutenção da propriedade entre os direitos inerentes.²²⁹

Nos Estados Democráticos de Direito as Constituições deixaram à margem os bens interindividuais e direcionaram a atuação do Direito Penal à realização dos objetivos do Estado. Por isso, os delitos que devem ser penalizados com rigor são aqueles que, de alguma maneira, obstaculizam a concretização dos objetivos do Estado Democrático. Dito isso, o “*estabelecimento de crimes e penas não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas*” (destaque no original).²³⁰

Conclui-se que a Constituição deixa de ser apenas um limite ao Direito Penal, passando a ser o seu fundamento.

Por conta dessa incoerência legislativa, é preciso que o operador do Direito seja mais criterioso na aplicação da proporcionalidade. É o que procuraremos demonstrar nos dois capítulos subseqüentes.

2.2.3. Princípio da ofensividade ou lesividade

Esse princípio, umbilicalmente ligado ao bem jurídico²³¹, determina que o Direito Penal deve se ocupar de condutas que efetivamente lesam bens jurídicos ou o colocam em risco de afetação concreta. É a adoção do “Direito Penal do facto, como Direito Penal do bem jurídico, em contraposição a um Direito Penal do autor”.²³²

²²⁹ Cf. Lenio Luiz Streck & Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, p. 29.

²³⁰ Ibid., p. 34.

²³¹ Ver capítulo II, onde se fez uma análise do bem jurídico.

²³² Maria da Conceição Ferreira da Cunha, op. cit., p.177.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “a ofensividade é condição, ainda que não suficiente, da intervenção penal e que o delito é expressão de uma infração ao Direito (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido), tem relevância ímpar exigir do legislador a *descrição do fato típico como uma ofensa a um determinado e específico bem jurídico*” (destaque no original).²³³

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

Francesco Carrara já dizia que “para que a repressão penal tivesse legitimidade, a lei penal somente deveria incriminar condutas que tivessem a capacidade de ofender a ordem externa, ou seja, de violar os direitos dos outros homens. Tais atos externos devem ter causado um dano ou ter a aptidão (potencialidade) de causar um dano a direito alheio ou expor o direito alheio a uma situação de perigo atual”.²³⁴

A adoção desse princípio tem a função de evitar a incriminação de: a) fatos que digam respeito a uma atitude interna do agente, de estados existenciais e de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor; b) condutas que não afetem bens jurídicos.

O grau de lesividade do bem jurídico, fundamento do princípio da fragmentariedade do Direito Penal, em regra é adotado para excluir a tipicidade da conduta e, por consequência, afasta a incidência desse ramo do Direito.

²³³ *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 35.

²³⁴ *Programa de direito criminal*, T. I, §§ 91 e 100.

Em algumas circunstâncias, a conduta é típica e ilícita, mas o desvalor do resultado autoriza a concessão de benefícios. Exemplo no direito brasileiro é a aplicação do privilégio ao furto qualificado, quando o dano causado for de pequena monta. Um segmento da doutrina sustenta a impossibilidade do reconhecimento do privilégio ao furto qualificado porque neste há um maior desvalor da ação que deve preponderar sobre o desvalor do resultado.²³⁵ Outra corrente entende que o modo de agir apontado como mais grave (qualificador do furto), não é, por si só, revelador de maior periculosidade do agente a ponto de afastar o benefício legal.²³⁶ É a posição que vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.²³⁷

Outra hipótese é a não-punição da falsidade documental grosseira. A conduta de falsificar (produzir) documento ou alterar documento verdadeiro só são puníveis se forem hábeis a iludir terceiros.²³⁸ Por conseqüência, não basta a prática da conduta descrita no tipo, sendo necessária a potencialidade lesiva ao bem jurídico, no caso a fé pública ou o patrimônio na eventualidade de o documento falso ser utilizado para a obtenção da vantagem patrimonial ilícita.

A não-punição do chamado *crime impossível* (art. 17 do Código Penal) e da participação em suicídio que não resulta a morte ou lesões corporais de natureza grave são outros exemplos de que implicitamente se adota na legislação brasileira o princípio da ofensividade.

Isso decorre da preponderância do desvalor do resultado sobre o desvalor da conduta. O artigo 13 do nosso Código Penal expressamente exige a

²³⁵ Por todos, Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 373.

²³⁶ Cf. Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 238.

²³⁷ PENAL. FURTO QUALIFICADO. FURTO PRIVILEGIADO. COMPATIBILIDADE. É admissível, no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º), a incidência do privilégio legal que autoriza a substituição da pena restritiva de liberdade por pena pecuniária, desde que presentes os pressupostos inscritos no art. 155, § 2º, do Estatuto Punitivo. - A circunstância de situar-se o preceito benigno em parágrafo anterior ao que define o furto qualificado não afasta o favor legal dessa espécie delituosa. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp. 237918/SP, 6.T., j. 06.08.2002, DJ. 04.08.2003, p. 445).

²³⁸ Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 4, p. 143.

presença do resultado para a caracterização de um crime. Paulo José da Costa Junior afirma que “não se pode conceber crime que não encerre uma lesão (agressão ou ameaça) a bem ou interesse tutelado normativamente. Crime sem evento (jurídico) é *contraditio in adiectis*. Fato que não contenha em sua estrutura esse elemento não chega a ser crime”.²³⁹

Destarte, a ofensividade se insere no conceito material de crime, permitindo questionar o conteúdo da norma proibitiva. Por isso, Luiz Flávio afirma que “só o conceito material de delito serve de condutor entre a Criminologia, a Política-criminal e a Dogmática jurídico-penal, porque ele permite questionar a *legitimidade* da lei vigente, bem como das próprias decisões político-criminais do legislador”.²⁴⁰ Ou, nas palavras de Fábio D’Ávila, “a ofensividade é uma inafastável exigência para a legitimidade do ilícito-típico na ordem jurídico-penal brasileira, após a Constituição Federal de 1988”.²⁴¹

Assim, nos modernos Estados Constitucionais de Direito, a validade das normas reside na sua conformidade, não apenas formal, mas, também do conteúdo substancial.

2.2.4. Princípio da insignificância

O princípio da insignificância está diretamente ligado ao tema da tese, pois acoplado aos demais princípios dará sustentação às conclusões sobre menor potencialidade lesiva.

²³⁹ *Nexo causal*, p. 43.

²⁴⁰ *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 92.

²⁴¹ *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*, p. 87.

2.2.4.1. Origem e conceito

A primeira menção a fatos de pouca gravidade é encontrada no Direito Romano, onde vigorava o princípio de que o pretor não deveria cuidar das causas menores, daí surgindo o brocardo *minima non curat praetor*.

No início do século XX, o jurista alemão Franz von Liszt fez afirmações indicativas da necessidade de minimizar o Direito Penal: “A nossa legislação faz da pena como meio de luta, um emprego excessivo. Se deveria refletir se não mereceria ser restaurado o antigo princípio *minima non curat praetor*, ou como regra de direito processual (superamento do princípio da legalidade), ou como norma de direito substancial (isenção de pena pela insignificância da infração).²⁴²

Depois das duas grandes guerras, a Europa se viu assolada por crises sócio-econômicas e, em conseqüência, o aumento da criminalidade econômica. Muitos dos crimes eram de pouca gravidade, surgindo entre os alemães a denominada *criminalidade de bagatela*.

Nesse contexto histórico é que Claus Roxin formulou, em 1964, o princípio da insignificância. Partindo da análise do crime de constrangimento ilegal, entendeu que os fatos de pouca duração e de conseqüências menores, não eram prejudiciais à sociedade. A partir de então, o princípio foi sistematizado como manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal e sua aplicação depende da sua interação com os demais princípios de direito penal.

Embora *insignificância* e *bagatela* possam ser confundidas, contêm estruturas distintas. Como anotado no item anterior, a insignificância da conduta leva à atipicidade do fato. Em conseqüência, reconhecida em um caso concreto, o fato

²⁴² *apud* Odone Sanguiné, *Observações sobre o princípio da insignificância*, p. 40.

passa ser um indiferente penal. Por outro lado, a *bagatela* expressa uma conduta de menor gravidade, mas que continua sendo típica.

O jurista alemão Krümpelman, apontado como um dos maiores estudiosos da criminalidade menor, lá denominada de *Bagatelledelikte*, divide o crime de bagatela em *próprio* (ou independente) e *impróprio* (ou dependente). O primeiro é de escassa lesividade social, mesmo quando se consuma, derivando de uma microvalorização legislativa. O segundo trata de um crime grave que não chegou a produzir o dano social que poderia ter produzido. Trata-se, portanto, de uma manifestação menor de um delito grave.²⁴³

Em outras palavras, a *bagatela própria* ocorre quando o fato em si é irrelevante, carece de tipicidade por absoluta ausência de ofensa a um bem jurídico e deve ser tido como indiferente penal por conta da atipicidade. Na *bagatela imprópria*, o fato é relevante porque, em princípio, há um desvalor da conduta e do resultado, mas depois se verifica a desnecessidade da sanção penal. Destarte, o princípio da insignificância está para a infração bagatelar própria assim como o da irrelevância penal do fato está para a infração bagatelar imprópria.²⁴⁴

Essa distinção não passou ao largo da observação de Rogério Greco,²⁴⁵ para quem não há confundir princípio da insignificância com crime de bagatela. Sustenta que, se o princípio da insignificância leva à atipicidade do fato, por ausência de tipicidade material, não há como chamar um fato atípico, indiferente ao Direito Penal, de crime de bagatela. Conclui dizendo que “na verdade, se não há *crime*, não posso identificar aquele fato como *crime de bagatela*, senão como um *fato de bagatela*, que não merece a atenção do Direito Penal”.

²⁴³ Luiz Flávio Gomes, *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*, p. 91.

²⁴⁴ Cf. Luiz Flávio Gomes, *Infração bagatelar imprópria*, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7984>

²⁴⁵ Op. cit., p. 102-3.

De fato, a insignificância leva à retirada do Direito Penal do âmbito de atuação, enquanto a bagatela leva ao tratamento penal mais benigno, menos rigoroso em relação ao seu autor, tanto que Luiz Flávio Gomes²⁴⁶ equipara a *criminalidade de bagatela* a *crimes de menor potencial ofensivo*, expressão utilizada pelo constituinte pátrio para designar os crimes de menor gravidade que devem ser tratados com mais benevolência pelo legislador penal e processual.

Em suma, o princípio da insignificância não está positivado e se trata de uma construção dogmática, com base em conclusões de ordem político-criminal, que procura solucionar situações de injustiça provenientes da falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável.²⁴⁷

2.2.4.2. Natureza jurídica

O princípio da insignificância não está positivado e sua aplicação depende da sua correlação com outros princípios, em especial com os da ofensividade (ligado ao bem jurídico tutelado) e o da intervenção mínima, que trata da necessidade da pena. Está fundado na premissa de que ante a inflação legislativa, pode-se levar a matar mosquitos com mísseis atômicos.²⁴⁸

Na criação do tipo penal, recorre-se ao princípio da legalidade, quer no seu aspecto formal (o fato deve estar descrito em lei) quer no seu aspecto material (ofensa a bem jurídico). Assim, o legislador deve escolher um bem jurídico digno de tutela penal e descrever uma conduta lesiva (ou que crie uma situação de perigo) a esse bem.

²⁴⁶ *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*, p. 93.

²⁴⁷ Cf. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Princípio da insignificância*, p. 172.

²⁴⁸ Cf. Dalva Rodrigues Bezerra de Almeida, *Princípio da insignificância e juizados especiais criminais*, p. 53.

Na lição de Zafaroni, o tipo penal se compõe do tipo legal (tipo formal) e da tipicidade conglobante (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico).²⁴⁹ Luiz Flávio Gomes, invocando a doutrina italiana, afirma que “para a existência de um delito não basta a mera desobediência dos ‘enunciados verbais’, senão uma violação efetiva do bem protegido. Não basta o desvalor da ação, sendo também indispensável o desvalor do resultado”.²⁵⁰ Trata-se da chamada tipicidade material ou legalidade material ou substancial.

Ocorre que invariavelmente o bem jurídico atingido é relevante (já que essa análise invariavelmente é feita por ocasião da criação do tipo penal), mas o dano causado é de pequena monta. No caso de um furto, p. ex., o bem jurídico tutelado pelo tipo penal (art. 155, CP) é relevante (patrimônio), mas se o bem furtado tiver valor ínfimo, não deve haver a intervenção punitiva estatal. Trata-se do crime de bagatela impróprio (ou dependente), como denominado por Krümpelman, ou seja, a conduta, objetiva e materialmente valorada, não deve ser passível de sanção penal.

Nesse contexto, embora se integrem, não se confundem os princípios da intervenção mínima e da insignificância. O primeiro está diretamente ligado aos critérios do legislador para a criação dos tipos penais, devendo elevar à categoria de infração penal fatos que atingem bens importantes. Trata-se, portanto, de uma regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas.

Já o princípio da insignificância é uma regra de determinação quantitativa material ou intelectual no processo de interpretação da lei penal para confirmação do preenchimento integral do tipo.

²⁴⁹ *Manual de direito penal*, p. 459.

²⁵⁰ *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 85.

Sob a ótica da insignificância, o intérprete chega à conclusão de que o fato carece de tipicidade material, pois o bem tutelado pela norma penal não foi afetado. Com isso, conclui Rogério Greco que esse princípio é um instrumento de interpretação que possibilita a retirada de bens que, no plano concreto, são considerados de importância inferior à exigida pelo tipo.²⁵¹

A mesma conclusão é extraída da afirmação de Luiz Flávio Gomes quando diz que o princípio da ofensividade tem dupla função: a) de política criminal, limitando o legislador na criação de tipos penais; b) de interpretação, feita pelo juiz após a subsunção do fato ao tipo legal, quando deverá analisar se o comportamento afetou concretamente o bem jurídico.²⁵² Se a ofensa é mínima, de pouca significância, o fato é atípico. Logo, o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade.

Comunga desse entendimento Vico Manhães, para quem “o princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal”.²⁵³

Enfim, há um consenso de que o princípio da insignificância atua “como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crime sine lege*, que

²⁵¹ Op. cit., p. 98.

²⁵² *Princípio da ofensividade no direito penal*, p. 101.

²⁵³ *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*, p. 80-1.

nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal”.²⁵⁴

3. Princípio da dignidade humana.

A dignidade humana, consagrada na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III), é um valor supremo que baliza todos os direitos fundamentais da pessoa. Infere-se desse dispositivo “quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social”.²⁵⁵

O termo *dignidade* deita raízes no Antigo Testamento, quando faz referências que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, ou seja, que o homem é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.²⁵⁶

No pensamento filosófico, dignidade dizia respeito à posição social ocupada pelo indivíduo na sociedade e o seu grau de reconhecimento pelos seus pares, o que possibilitava a divisão da sociedade em pessoas mais dignas e pessoas menos dignas.

Kant, ao conceber a natureza racional do homem, sustenta que a autonomia da vontade de determinação e agir conforme a sua representação, constitui o fundamento da dignidade da natureza humana. De forma textual afirma que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela

²⁵⁴ André Luís Callegari, O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância, *Boletim do IBCCRIM*, p. 9. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. I, p. 20.

²⁵⁵ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 59.

vontade”.²⁵⁷ Em síntese, na concepção kantiniana, a dignidade, ao contrário das coisas que têm preço e podem ser substituídas por coisas equivalentes, constitui um valor interno da pessoa humana, superior a qualquer preço, e que não admite substituto equivalente. Repudia qualquer espécie de coisificação ou instrumentalização do ser humano.

Assim, a dignidade passou a ser definida como um valor próprio do ser humano, irrenunciável, inalienável e que dele não pode ser destacada, constituindo elemento diferenciador dos demais seres. A dignidade faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. A dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana e não de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.²⁵⁸

Por conta disso, todos os seres humanos, mesmo aqueles que atentam contra bens jurídicos alheios, como os criminosos, são iguais em dignidade. É o que se depreende da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 que estabelece, no artigo 1º: *Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade.* No artigo 5º estabelece que “ninguém será submetido a tortura, nem tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Muito antes, havia movimentos tendentes a assegurar a liberdade e a dignidade da pessoa. A Inglaterra foi a precursora na elaboração de normas assecuratórias de direitos fundamentais. Dentre elas destacam-se: a) a Magna Carta de 1215, que assegurava direitos dos homens livres; b) a *Petition of Rights* (Petição

²⁵⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 30.

²⁵⁷ *Fundamento da Metafísica dos Costumes: Os Pensadores*, p. 134 e 141.

de Direitos) de 1628, documento redigido pelo Parlamento e dirigido ao monarca pedindo o reconhecimento de direitos e liberdade aos súditos; c) o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) de 1688, decorrente da Revolução daquele ano, pela qual se firmara a supremacia do Parlamento sobre o poder monárquico.²⁵⁹

No entanto, em 12 de janeiro de 1776, no Estado da Virgínia, uma das colônias inglesas na América, foi elaborada, antes mesmo da independência dos Estados Unidos, a primeira declaração de direitos fundamentais, denominada de *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* que, dentre outras disposições, vedava a aplicação de castigos cruéis e extraordinários.

Mais recentemente e no âmbito interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, já no preâmbulo aponta o compromisso dos Estados signatários de respeito aos direitos humanos essenciais.²⁶⁰

A primeira referência constitucional à dignidade foi na Constituição Mexicana de 1917, como valor que deveria orientar o sistema educacional. Não obstante a sua importância, só passou a ganhar contornos normativos a partir da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração dos Direitos do Homem de 1948. A partir daí, passou a integrar o ordenamento jurídico-constitucional de muitos Estados Democráticos.

A Alemanha, com sua Constituição de 1949, foi a primeira a inserir a dignidade com conteúdo principiológico, ao afirmar no artigo 1º, n. 1 que “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”.

²⁵⁸ Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, p. 166-9.

²⁵⁹ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 139-41.

A Constituição Portuguesa de 1976, no artigo 1º, conceitua Portugal como “uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Na Espanha, a Constituição de 1978 reza em seu artigo 10, n. 1 que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”.

O constituinte brasileiro de 1988, influenciado pelas Constituições da Alemanha, Portugal e Espanha, colocou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal). A par disso, inseriu a dignidade como um direito individual (art. 5º) na medida em que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (inciso III), proíbe penas de morte e cruéis (inciso XLVII), assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX). Por fim, exigiu a sua observância da dignidade da pessoa em vários capítulos, como da Ordem Econômica (a ordem econômica tem o fim de assegurar a todos existência digna – artigo 170), da Família (o planejamento familiar deve estar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana – art. 226, § 7º; é dever da família assegurar a dignidade da criança – art. 227, “caput”), etc.

A importância da dignidade humana para o constituinte brasileiro pode ser extraída das palavras do deputado Ulysses Guimarães, por ocasião da promulgação da Carta de 1988: “o homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País.

²⁶⁰ Essa convenção criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em vigor desde 1978, mas que no Brasil só teve validade a partir de 1992,

Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Geograficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança, é a Constituição cidadã”.²⁶¹

Por isso, tem-se que o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional.²⁶²

Em outros países como Irlanda, Índia, Peru, Venezuela, Paraguai, Bulgária e Namíbia, a dignidade da pessoa está inserida no Preâmbulo. Outros países como Croácia, Romênia, Letônia, Estônia, Rússia, China, Colômbia, Chile, Bolívia, Cabo Verde e Grécia inseriram o princípio no corpo da Constituição.²⁶³

A preocupação dos Constituintes com a dignidade humana revela que o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário.

3.1. Conceito

Definir o conteúdo da dignidade humana é tarefa das mais difíceis, tamanha a sua dimensão.

Alexandre de Moraes afirma que se trata de “um valor espiritual e moral inerente a (sic) pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam

quando a convenção foi ratificada pelo Governo Brasileiro.

²⁶¹ *apud* Jussara Maria Moreno Jacintho, op. cit., p. 48.

²⁶² Flávia Piovesan, op. cit., p. 59.

²⁶³ Fladimir Jerônimo B. Martins, *Dignidade da pessoa humana*, p. 34-5.

ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*” (destaque no original).²⁶⁴

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade humana como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.²⁶⁵

Na esteira encontramos decisão do Tribunal Constitucional da Espanha quando afirmou que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”.²⁶⁶

Constata-se que a dignidade passou a ser um bem fundamental da pessoa, que deve ser visto sob dois aspectos: da *autonomia*, vinculado à idéia de autodeterminação; da *necessidade de proteção*, em especial quando não há capacidade de autodeterminação por conta de problemas biológicos.

3.2. Natureza jurídica e alcance

A importância da dignidade humana fez com que ela saísse da esfera filosófica e ingressasse no direito positivo vigente. Entretanto, o Constituinte de 1988

²⁶⁴ *Direitos humanos fundamentais*, p. 60.

²⁶⁵ Op. cit., p. 60.

preferiu não incluir a dignidade no rol dos direitos e garantias fundamentais, erigindo-a como princípio fundamental do Estado, isso porque a dignidade da pessoa atua como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais.

A importância da dignidade da pessoa levou constitucionalistas do porte de Jorge Miranda a afirmar que “a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.²⁶⁷

Na expressão de Alexandre Pasqualini, o princípio da dignidade humana e os princípios fundamentais “atuam no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática”.²⁶⁸

Em decorrência desse princípio ou valor de maior hierarquia da ordem jurídica, a elaboração das normas infraconstitucionais e a sua interpretação, devem levar em conta que esse princípio está no patamar mais alto da hierarquização e jamais poderá ser ignorado. Não se pode fazer interpretação legal sem levar em conta o sistema jurídico, pois como bem acentua Juarez Freitas, ou se faz uma interpretação sistemática ou não há interpretação.²⁶⁹

Pela sua importância acentua Ingo Wolfgang que “o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o

²⁶⁶ Ibid., p. 44.

²⁶⁷ *Manual de direito constitucional*, v. IV, p. 200.

²⁶⁸ *Hermenêutica e sistema jurídico*, p. 80.

²⁶⁹ *Interpretação sistemática do direito*, p. 49.

poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”.²⁷⁰

Nessa linha de raciocínio, a dignidade tem duas dimensões: uma negativa e uma positiva. A *dimensão negativa* significa que o Estado assume a obrigação de abster-se de interferir na esfera individual da pessoa e, muito mais que isso, proteger a pessoa contra agressões oriundas de seus próprios agentes e de particulares. “A idéia central deste critério seria a seguinte: direitos, liberdades e garantias são os direitos de liberdade, cujo destinatário é o Estado, e que têm como objecto a obrigação de abstenção do mesmo relativamente à esfera jurídico-subjectiva por eles definida e protegida” (sic).²⁷¹

Por isso, contraria a dignidade da pessoa “tudo que se opõe à vida, como seja toda a espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário; tudo o que viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações, os tormentos corporais e mentais e as tentativas para violentar as próprias consciências”.²⁷² Em outras palavras, a dignidade da pessoa poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa e desconsiderada como sujeito de direitos.

Díez Ripollés, falando dos princípios da sanção penal, sustenta que o princípio da dignidade humana concretiza níveis de afetação pessoal que não devem ser ultrapassados pela sanção penal e sua formulação negativa está

²⁷⁰ Op. cit., p. 110.

²⁷¹ Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 440.

vinculada ao seu conteúdo incondicional, de forma que nenhuma reação penal pode afetá-la independentemente das condutas que as tenham originado ou dos danos sociais que a conduta tenha produzido.²⁷³

Em última análise, como acentua Ingo Sarlet, “onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”.²⁷⁴

De outra banda, a *dimensão positiva* pressupõe a atuação independente da pessoa sem limitações ou interferências externas, bem como a autodeterminação.

Pode-se concluir, com Jorge Miranda, que o princípio da dignidade da pessoa rege o sistema de direitos fundamentais, fazendo surgir cinco diretrizes básicas: a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas, é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; e) a proteção da dignidade das pessoas está para além da dignidade da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; f) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua

²⁷² Fernando Ferreira dos Santos, op. cit., p. 97

²⁷³ *Racionalidade das leis penais*, p. 168.

autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.²⁷⁵

Destarte, não é possível pensar no Direito Penal desvinculado da dignidade humana, quer quando se foca o autor ou a vítima de um crime. O Direito Penal deixa de ser um sistema de contramotivação de condutas para ser um sistema de promoção de valores.

Neste trabalho, além de atentarmos para a dignidade do autor de uma infração penal, focaremos primordialmente a dignidade da vítima de um crime, isso porque não é concebível que a ofensa a um bem jurídico dessa magnitude possa ser considerada de menor potencialidade lesiva.

²⁷⁴ Op. cit., p. 59.

²⁷⁵ *Manual de direito constitucional*, p. 168-9.

CAPÍTULO IV

O CONSENSO NO DIREITO PENAL

1. Introdução

Estabelecidas as premissas do trabalho, com a análise da estrutura do Direito Penal, com seus conceitos, princípios, fundamentos e finalidades, iniciamos a segunda parte, na busca de um conceito de menor potencialidade lesiva²⁷⁶ que melhor atenda aos anseios da sociedade.

Vivenciamos três modelos de resolução dos conflitos penais: a) *clássico* consistente na aplicação da resposta punitiva estatal, visando à reprovação do delito praticado e à prevenção de delitos futuros, utilizando-se o processo comum acusatório; b) *ressocializador* que atribuiu à pena a finalidade de ressocialização do autor do crime, intervindo na pessoa do agente para reintegrá-lo à sociedade; c)

²⁷⁶ Para os franceses “pequenas desordens sociais”; para os americanos “pequenas reclamações”; para os abolicionistas “situações problemáticas”.

consensual, fundado nos institutos da conciliação, composição, transação e negociação.²⁷⁷

Interessa-nos o modelo consensual, pois como demonstrado, as teorias sobre as funções da pena não conseguiram frear a criminalidade e surtir efeitos práticos de ressocialização. A coação estatal como meio de prevenir a criminalidade, é uma falácia. A realidade carcerária brasileira é exemplo vivo da falência dos fins da pena. Como anotado no Capítulo I, as principais teorias sobre a finalidade da pena mostram uma relação de poder entre indivíduo e sociedade, com um modelo hierárquico e vertical do Estado em relação ao infrator, para ditar qual a regra a ser aplicada e a respectiva resposta em caso de violação a essas regras.

2. Origem e fundamentos do consenso.

A semente da justiça consensual pode ser apontada como a *composição* ou *preço da paz* que existia na fase primitiva do Direito Penal²⁷⁸, que consistia na conciliação entre o ofensor ou seus familiares e o ofendido, pelo qual aquele entregava prestação pecuniária a estes como forma de reparar o dano.

No direito romano, havia a distinção entre crimes públicos e privados, sendo que nestes era possível a composição entre as partes. Na Alemanha antiga era admitida a composição dos danos entre autor e vítima para os crimes de menor gravidade. Em meados do século XIX o Ministério Público podia renunciar à persecução penal em casos de menor potencial ofensivo. Já no início do século XX, em razão do grande número de condenações por crimes de pouca gravidade, iniciou-se um processo de suavização do princípio da obrigatoriedade. A partir de

²⁷⁷ Cf. Garcia-Pablos de Molina; Luiz Flávio Gomes, *Criminologia*, p. 398 e ss.

²⁷⁸ Ver Capítulo I, item 2.1.

então, sucessivas leis germânicas²⁷⁹ possibilitaram a aplicação de sanções alternativas à prisão.²⁸⁰

No Brasil, o consenso encontra origem na Constituição de 1824, que atribuía ao Juiz de Paz a função de conciliação prévia, condição obrigatória para início de qualquer processo. A Constituição de 1988 deu passos decisivos na implementação da justiça negociada, a partir do momento em que conferiu aos cidadãos a possibilidade de se mobilizarem e implementarem propostas concretas no âmbito de seus interesses por meio de iniciativa de leis ordinárias.²⁸¹

Na Espanha o consenso ganhou força com a introdução do processo abreviado e por meio da Circular n. 1/1989 da Procuradoria-Geral do Estado, foi impulsionada a atuação discricionária dos operadores jurídicos nos crimes menos graves. Nessa circular está o fundamento do consenso, que “fez eco com as recentes correntes processuais do entorno europeu, segundo as quais, no processo penal, frente a zonas de conflito, própria de toda a demanda entre as partes, devem prever-se zonas de consenso que eliminem conflitos desnecessários aos fins do processo e da função ressocializadora da pena. Enquanto as primeiras devem reservar-se para a persecução da criminalidade grave, que é reflexo do conflito, a criminalidade menor, com freqüência não conflitiva e integrada por fatos que são incidentais na vida de seu autor, deve conduzir soluções consensuais que contribuam para a não estigmatização de quem, por ocasional seu delito e em razão da própria aceitação de sua responsabilidade, está revelando já uma atitude ressocializadora”.²⁸²

²⁷⁹ Uma das mais recentes foi a Lei de Agilização da Justiça, de 1993.

²⁸⁰ Nereu José Giacomolli, *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*, passim.

²⁸¹ Artigo 61, “caput”, e § 2º, da Constituição Federal.

²⁸² Cf. Nereu José Giacomolli, op. cit., p. 171-2.

O modelo clássico e suas conseqüências, com as seqüelas da prisão, a tensão entre os fins declarados da pena e a realidade de sua aplicação, têm impulsionado a busca de respostas alternativas como a reparação do dano, conciliação e mediação, fórmulas mais naturais, compreensíveis e menos lesivas, de resposta ou reação ao delito.²⁸³

Maria Carmen Dobón acentua que “as crises do sistema de sanções tem a ver, de um modo direto, com o fracasso da ideologia de ressocialização”.²⁸⁴ Ainda segundo a professora espanhola, a busca de alternativas à prisão é fruto da escassa eficácia preventivo-individual da pena de prisão que, na verdade produz efeitos mais prejudiciais do que benéficos, bem como pela iniquidade da prevenção geral de intimidação, posto que os potenciais delinqüentes se intimidam mais com o risco de serem descobertos do que a gravidade da sanção.²⁸⁵

Por isso é imprescindível a tomada de medidas que levem a aumentar a confiança e a credibilidade no sistema penal. Como alertado por Winfried Hassemer, “em face do interesse crescente em uma execução penal ressocializadora deve-se continuar a intensa busca por alternativas à execução da pena privativa de liberdade. É preciso se desligar da estrita vinculação à idéia de ressocialização que foi introduzida com a pena privativa de liberdade”.²⁸⁶

A justiça calcada na premissa de que o crime não é cometido contra a vítima, mas primordialmente contra a sociedade (o que legitima a intervenção vertical do Estado) vem sendo paulatinamente modificada para ceder espaço às vias alternativas, como a mediação, que se estabelece numa relação horizontal entre as pessoas intervenientes. Isso porque, “se a preocupação do operador do Direito deve

²⁸³ Cf. Guadalupe Pérez Sanzberro, *Reparación y conciliación em el sistema penal: Apertura de una nueva via?*, p. 10.

²⁸⁴ *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, p. 57.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 58.

ser com a efetiva pacificação dos conflitos, não com a forma por que ela se faz, a ele não pode repugnar a adoção de outras vias, até mais eficazes do que a convencional".²⁸⁷

É preciso tirar a primazia do Direito Penal como fonte de justiça, para reconduzi-la ao direito das obrigações como meio de recondução à paz e ao restabelecimento de uma situação original. Colocar frente a frente os agentes do conflito, para que avaliem suas condutas e reavaliem a si mesmos, pode dar resultados mais promissores de que o simples castigo.

A par disso, o avanço do cientificismo do direito processual não foi suficiente para resolver os crônicos problemas da Justiça: morosidade, custos elevados, dificuldade de acesso, excesso de formalismo, fazendo com que o caráter utilitário do processo perdesse toda sua razão de ser.

A criminalidade se massificou e está diversificada. De um lado cresce assustadoramente o número de crimes graves e de organizações criminosas e, de outro, uma grande demanda de criminalidade mais leve, cujos autores acabam ficando impunes por conta da morosidade do procedimento comum, que invariavelmente leva os fatos a serem atingidos pela prescrição.

O desafio que se coloca é a substituição de um modelo de aplicação do direito fundado na punição, para o espaço do diálogo.

Antonio Scarance Fernandes afirma que a solução do litígio penal pelo consenso é antiga, enquanto na Europa continental e na América Latina a adoção do processo alternativo é mais recente. Aponta o aumento da criminalidade organizada e violenta, que exige combate com esquemas processuais mais complexos e sofisticados, que não podem ser aplicados à generalidade das

²⁸⁶ Ressocialização e Estado de Direito, *Revista de Estudos Criminais*, n. 21, p. 13.

²⁸⁷ José Renato Nalini. *O Brasil e a mediação penal*, p. 40.

infrações penais, muitas delas simples e de pouca gravidade. Prossegue, dizendo que para as infrações menos graves opta-se por um sistema híbrido entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. E a grande novidade nesse assunto é o consenso entre as partes e a conformidade do acusado como critério para a alternatividade.²⁸⁸

A simplificação dos procedimentos e das sanções foi recomendada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na reunião de Helsinque de 1986. Dentre as recomendações vale destacar a R (87) 18, de 17 de setembro de 1987, que aconselha expressamente a adoção da oportunidade no exercício da ação penal, dos procedimentos sumários, das transações criminais e da simplificação dos procedimentos.

Como a descriminalização tem limites, é necessário criar mecanismos mais ágeis para a solução dos litígios menores, permitindo a utilização dos recursos materiais e humanos para a solução dos crimes que exigem do Estado uma atuação mais vigorosa. Nos Estados Unidos, a *plea bargaining*, instituto que possibilita a mediação entre acusação e acusado, foi considerado pela Corte Suprema de “componente essencial da administração da justiça”.²⁸⁹

Scarance Fernandes aponta o caminho da *deformalização*, pelo qual se busca um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto e apto a solucionar os conflitos de interesses ou vias alternativas ao processo, capazes de solucionar as controvérsias mediante a mediação.²⁹⁰

O consenso tem por fundamento a preponderância da justiça material sobre a formal. A justiça penal moderna exige um Estado menos intervencionista e uma maior participação das partes, buscando uma solução menos hierarquizada,

²⁸⁸ *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 180-1.

²⁸⁹ José Carlos Barbosa Moreira, *La transacción brasileña y el derecho norteamericano*, p. 51.

menos formalizada e menos coativa, que se adequa perfeitamente ao princípio da dignidade humana. Além disso, faz com que as partes vejam um tipo de justiça diferente, sintam-se muito mais relacionadas com esta forma de intervenção e tenham o sentimento de que elas mesmas estão criando justiça em lugar de, passivamente, receber justiça.²⁹¹ Nas palavras de Selma Pereira de Santana, “a justiça negociada obedece a uma ‘lógica de produtividade’, mas, outrossim, uma ‘lógica de justiça’. O Estado recua, restringe seu domínio, para aumentar aquele que reserva à livre determinação do indivíduo”.²⁹²

Para Cláudia Maria Cruz Santos, “o que se pretende é olhar para o crime não numa perspectiva de passado, mas pensando essencialmente no futuro”, reafirmando o entendimento de que o Direito deve ser utilizado para ajudar as pessoas a se tornarem mais responsáveis e felizes.²⁹³ Enquanto no modelo clássico, a Justiça trabalha com o princípio da *ruptura*, na nova fórmula trabalha com o princípio do *liame*. No lugar da Justiça baseada no conflito e na ficção, a Justiça do futuro firmar-se-á na *cooperação*.²⁹⁴

No Brasil, a previsão constitucional da conciliação e da transação²⁹⁵ abriu espaço para as práticas despenalizadoras com medidas que de algum modo restringem a liberdade ou afetam o patrimônio e outros direitos sem, contudo, constituir sanções criminais típicas.

Entretanto, as mudanças do sistema de justiça criminal passando da fórmula do sistema acusatório, com os princípios básicos do contraditório e da ampla defesa para a consensualidade encontra fervorosos opositores. Hassemer concorda

²⁹⁰ O Consenso na justiça penal, *Revista da Ajufe*, n. 59, p. 46.

²⁹¹ Cf. Elías Neuman, *Mediação penal*, p. 161.

²⁹² *A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário*, p. 475.

²⁹³ *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal*, p. 381.

²⁹⁴ José Renato Nalini, op. cit., p. 50.

²⁹⁵ Art. 98, I, da Constituição Federal de 1988.

que os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal, mas alerta que eles atentam contra um grande número de princípios constitucionais, a saber: a) princípio da publicidade das audiências, porque a conciliação requer discricção; b) princípio do juiz natural, na medida em que permite que a audiência seja presidida por juízes leigos; c) princípio da legalidade material, pois a decisão final se guiará mais pela oportunidade e perspectivas de desfecho das partes intervenientes.²⁹⁶

Aury Lopes Junior afirma que o sistema negocial viola a função garantista do Direito Penal e Processual, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional, transformando o processo em uma “negociata” no seu sentido mais depreciativo”. Arremata dizendo que a degeneração do sistema chega a tal ponto que o saber e a razão são substituídos pelo poder atribuído ao Ministério Público.²⁹⁷ Para Miguel Reale Junior, incorreta a maximização dos resultados se sobrepor ao valor da Justiça.²⁹⁸

Em síntese, essa posição está fincada nas diretrizes garantistas e sustenta que “eliminar do ordenamento constitucional e infraconstitucional os marcos do modelo garantidor da responsabilidade penal de um direito penal democrático, é correr um risco de se dar um passo adiante sem que tenham sido incorporados os direitos humanos fundamentais aos valores praticados pelos operadores jurídicos (...) O sistema punitivo, parte menor do sistema de controle social em que está inserido, há de ter um controle estritamente legal, por parâmetros muito bem definidos para que direitos adquiridos ao longo de anos de luta democrática não sejam jogados por terra”.²⁹⁹

²⁹⁶ *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, p. 65.

²⁹⁷ Cf. *Instrumentalidade garantista do processo penal*, p. 27-9.

²⁹⁸ Cf. *Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica*, p. 28-9.

²⁹⁹ Sérgio Salomão Shecaira, *Controle social punitivo e experiência brasileira*, p. 410.

Embora sujeito a críticas, o consenso no Direito Penal, que acarreta a sensível redução do encarceramento de autores de crimes, constitui alternativa despenalizadora eficaz. Ou, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, enquanto não surge algo melhor e mais inteligente que o Direito Penal, as penas alternativas procuram diminuir a crise da pena de prisão, que não atende a um dos objetivos da sanção criminal que é reeducar o apenado.³⁰⁰

Pensamos ser possível a convivência dos institutos despenalizadores, aplicados fora do rigor formal da justiça clássica, com os postulados do garantismo. A Lei n. 9.099/95 não aboliu o devido processo legal, nem a defesa técnica, tanto que exige que o autor da infração esteja assistido por advogado. Não bastasse isso, todo e qualquer consenso passa pelo crivo do Judiciário.

Assim, o Direito Penal moderno procura dar efetividade ao sistema jurisdicional de modo mais simplificado e sem maiores agressões a bens jurídicos fundamentais do agente, sem abrir mão das garantias necessárias a toda pessoa acusada de algum delito.

Como se nota, é preciso inovar para tornar a justiça penal mais eficaz e menos dispendiosa, com a implementação da mediação, medida que proporciona novos equilíbrios na realização da Justiça. É preciso no novo olhar para os valores da Justiça Penal, saindo do primado do interesse público e do monopólio estatal para o primado do interesse das pessoas envolvidas e de uma justiça criminal participativa; mitigar a culpabilidade individual voltada para o passado, para estabelecer uma responsabilidade voltada para o futuro; abrandar o uso dogmático do Direito positivado, para sedimentar o uso crítico e alternativo do Direito; abrandar a indisponibilidade da ação penal e valorar o princípio da oportunidade.

³⁰⁰ *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, p. 24.

Não bastasse isso, o procedimento informal busca uma revalorização da vítima, pessoa lesada pela infração e, nada mais justo, que interceda na solução do litígio de modo a buscar uma restauração do bem atingido.

3. Modelos de consenso

O modelo consensual de justiça penal se divide em vários sub-modelos: a) *pacificador ou restaurativo*, que visa à pacificação social do conflito via conciliação, reparação dos danos, despenalização, etc.; b) *justiça criminal negociada* entre o agente e o Estado (a transação penal); c) *justiça criminal negociada*, com base na confissão do infrator (*plea bargaining* americana, p. ex.).

Neste trabalho, serão abordados os dois primeiros modelos consensuais, com características pacificadoras e restaurativas, centrados no gênero *mediação*, do qual a *conciliação*, a *composição civil* e a *transação* são espécies.

O modelo integrador ou restaurativo para as infrações de pouca gravidade, é melhor que a forma clássica de Justiça que transforma a vítima em mero objeto passivo, pois evita a perniciosa vitimização secundária e impulsiona à efetiva reparação do dano, melhorando as atitudes desta em relação ao infrator e ao sistema legal.

Esse modelo constitui, portanto, uma nova maneira de abordar o crime, enfocando a reparação dos danos (em sentido amplo) causados pelo crime, dentro do postulado fundamental de que se o crime causa danos à peça, à justiça cabe reduzir ou eliminar o máximo possível esse dano.

Atuando com as partes interessadas, determina a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão à norma penal.

4. A revalorização da vítima

Um dos fundamentos basilares do consenso é o resgate da dignidade da vítima no âmbito do processo penal, pois a possibilidade de discutir em juízo sobre uma indenização pelos danos sofridos, a valoriza sobremaneira.

Nos primórdios da civilização, onde vigia a vingança privada, a vítima tinha papel de destaque na solução dos litígios penais. A *composição* ou o *preço da paz* representava a conciliação entre o ofensor e o ofendido e consistia na reparação do dano à tribo à qual a vítima pertencia ou à própria vítima.

A partir do século XII, com a assunção do poder punitivo pelo Estado, a vítima passou a um lugar secundário no conflito penal. Como titular primário do bem jurídico atingido ou colocado em situação de perigo e envolvido diretamente no conflito, entendeu-se prudente afastá-la, porque não teria racionalidade para solucionar o conflito. Como acentua Natalie Ribeiro Pletsch “quando o Estado passou a integrar o jogo processual, apropriando-se do direito de punir, a vítima foi destituída do papel de jogadora principal (...) O sistema penal tornou-se um instrumento de controle estatal direto sobre os súditos, não sendo mais relevante o dano produzido (restituição do *status quo ante* ou compensação do dano sofrido) pelo ofendido”.³⁰¹

³⁰¹ *Formação da prova no jogo processual penal*, p. 94.

O crime faz surgir uma relação entre Estado e o agente e não mais entre as partes integrantes do conflito (autor-vítima). Os atores principais passaram a ser as autoridades (representando o Estado) e os profissionais do Direito. O processo decisório também ficou a cargo das autoridades. O próprio réu tem pouquíssima participação, pois se comunica com o sistema por meio do seu advogado, sendo desestimulado e até inibido a dialogar com as outras partes.

Como anotado por Canotilho, no plano penal e processual, o hipergarantismo está centrado no criminoso com quase completo desprezo da vítima e somente nos tempos mais recentes se conseguiu a “redescoberta da vítima” e se ousou falar da carta dos direitos das vítimas de actos (sic) criminosos.³⁰² Destarte, a vítima foi reduzida a um mero objeto do delito.

Nos sistemas penal e processual prevalece a orientação dirigida às garantias do autor, acarretando desconfiança na vítima sobre a atuação dos Poderes Públicos.

Por conta disso, Cláudio do Prado Amaral afirma que “é voz corrente que o direito penal (ciência penal) nasce com a anulação da vítima e a concomitante tomada de posição do Estado como monopolizador solucionante dos conflitos sociais mais graves. Junto com esse processo de ‘publicação’ do ordenamento jurídico penal deu-se ao mesmo tempo o processo de ‘desvitimização’, que colocou o sujeito diretamente lesionado no nível do dispensável”.³⁰³

Isso ocorreu durante séculos a ponto de Gianluigi Ponti afirmar que “dos anos 60 em diante a criminologia, mas também as leis e os juízes, os intelectuais progressistas e os católicos de esquerda, e ainda os veículos de massa, e mais extensivamente a cultura da época, insultaram as vítimas de delito não

³⁰² *Justiça constitucional e justiça penal*, p. 330.

³⁰³ *Despenalização pela reparação de danos*, p. 122.

levando-as a sério, tratando-as com negligência, a tal ponto ignorando-as totalmente, enquanto cada interesse convergia sobre os culpados: de modo que ao errado uniu-se o errôneo. Chegou então o momento de reparar o mal feito ou o não feito, de pagar devidamente o débito”.³⁰⁴

Essa postura de exclusão da vítima é fruto de um sistema de justiça criminal que resolve o caso jurídico, mas não resolve o problema das pessoas envolvidas no conflito e, para resolvê-lo, é preciso levar em conta a vítima.

No campo da política criminal, dentro de um contexto de humanização do Direito Penal, a solução dos conflitos não pode ser por meio de violência. Com isso, todas as propostas são direcionadas à proteção dos autores do crime, com adoção de institutos garantistas.³⁰⁵ Nesse contexto, há necessidade de se buscarem alternativas racionais para a solução dos conflitos sociais, que podem render benefícios tanto ao direito penal como ao processual penal. Em suma, dado o caráter subsidiário e o princípio da dignidade humana, iminentes ao Direito Penal Moderno, é preciso encontrar soluções penais mais benignas para as pessoas envolvidas no delito. A pena já não mais pode ser vista como castigo (teoria da retribuição) ou como forma de prevenção (teorias relativas), mas também cumprir uma função reparadora.³⁰⁶

Diante disso, a alternativa bastante consistente e profícua é voltar os olhos para a vítima. Para o professor Scarance Fernandes, “o movimento de valorização da vítima levou a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas a aprovar, em 1985, por meio da Resolução n. 40/34, a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder que,

³⁰⁴ A vítima. Uma dívida a ser paga, *Ensaios criminológicos*, p. 81.

³⁰⁵ Por todos, Luigi Ferrajoli, op. cit., passim.

³⁰⁶ Pablo Palain Palermo, *La reparación del dano como “terceira vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*, p. 168.

dentre outras coisas, assegura ao ofendido o acesso à justiça e tratamento adequado no âmbito da estrutura judiciária, bem como o ressarcimento pelo réu”.³⁰⁷

Em 15 de março de 2001, a Decisão Marco do Conselho da Europa criou o estatuto da vítima no processo penal, impulsionando a mediação nas causas penais, com um acordo entre a vítima e o autor, acordo esse denominado de *justiça restaurativa*.

Ana Sofia Schimidt de Oliveira, citando Jesús María Silva Sánchez, diz que “são poucos aqueles que não concordam com a necessidade de orientar-se o direito penal para a vítima e sua maior satisfação (...) O problema não é mais saber se se deve ou não atender os interesses da vítima no direito penal, mas, sim, como fazê-lo”.³⁰⁸

Outro não é o pensamento de Hassemer, para quem “a estrita orientação ao delinqüente do conceito de ressocialização, já está superada; a vítima aparece não mais como uma simples figura que no seu papel encarna um posicionamento sistemático de quem sofre a ação que recai sobre um bem jurídico, e sim como uma pessoa viva (de carne e osso) cujos legítimos interesses haverão de ser considerados também de um ponto de vista sistemático, dentro da teoria dos fins da pena”.³⁰⁹

Surge, assim, uma forte tendência de substituir os processos acusatórios por um processo em que a conciliação com a restauração dos valores lesados, assume um papel importante como medida alternativa ao conhecido sistema vicariante: pena ou medida de segurança. Os fins do Direito Penal devem ser reorientados para as necessidades das vítimas.

³⁰⁷ Antônio Scarance Fernandes, *O papel da vítima no processo criminal*, p. 21-2.

³⁰⁸ *A vítima e o direito penal*, p. 138.

³⁰⁹ *apud* Cláudio Prado do Amaral, *op. cit.*, p. 20.

Destarte, necessária a implementação de mecanismos que valorizem a vítima no processo penal, conferindo-lhe dignidade dentro de uma perspectiva de reparação ou satisfação pelo sistema penal.

Elena Larrauri aponta o abolicionismo e a vitimologia como fontes inspiradoras da composição entre autor e réu. Para professora da Universidade de Barcelona, o abolicionismo penal pretende que as vítimas recuperem o conflito com o ofensor, o que estaria próximo das funções da justiça restauradora que coloca autor e vítima no centro da discussão. Entretanto, são institutos distintos, porque o abolicionismo prescinde da justiça penal, enquanto a justiça restauradora mantém o conceito de delito.³¹⁰

No âmbito penal brasileiro o consenso foi impulsionado pelo artigo 98, I da Constituição Federal de 1988, que criou os Juizados Especiais e os institutos da *conciliação* e da *transação*.

Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 9.099/95 que previu o consenso em duas vertentes: a suspensão do processo para a chamada criminalidade média (crimes com pena mínima cominada até 01 ano de prisão) e a composição civil e transação penal para os crimes de pouca gravidade (crimes com pena máxima cominada até 02 anos de prisão).

Inúmeros são os mecanismos de consenso, ora entre a vítima e o autor do delito, ora entre este e o Estado por meio do Ministério Público, órgão estatal legitimado para a persecução penal. No direito brasileiro, o consenso entre autor e vítima pode ser feito pela conciliação e pela composição civil. Já o consenso entre o autor do crime e o Ministério Público pode ser feito pela transação e pela suspensão do processo.

³¹⁰ *Tendencias actuales de la justicia restauradora*, p. 69.

5. Consenso entre autor e vítima

A justiça consensual passa, necessariamente, pelo diálogo entre os agentes do conflito de natureza penal. Restabelecer a paz entre vítima e autor do crime de pouca gravidade é, sem sombra de dúvidas, a grande missão da justiça penal.

Duas são as formas de consenso entre os agentes da infração: a conciliação e a composição civil.

5.1. Conciliação

Conciliação significa harmonização de litigantes, a paz entre pessoas que se desentenderam. A conciliação entre os atores do conflito erigido à categoria de infração penal é de fundamental importância dentro dessa ótica de um Direito Penal pacificador.

Em muitos crimes de ação privada e de ação pública condicionada à representação, a conciliação ocorre sem qualquer contraprestação por parte do autor do crime. No cotidiano forense é comum autor e vítima de um crime de ameaça, contra a honra, etc., se sentarem à frente de um conciliador, apresentarem seus argumentos, aparem arestas e se reconciliarem, com a conseqüente renúncia expressa à pretensão punitiva.

Essa é a verdadeira conciliação, que põe fim à demanda de modo positivo à estabilidade social, melhorando a vida futura dos envolvidos, restabelecendo a coesão e a paz na comunidade em que se inserem.

Há muito o direito brasileiro conhece a conciliação, eis que o Código de Processo Penal a prevê para os crimes contra a honra (art. 520).³¹¹ Mais recentemente, a conciliação como causa extintiva da punibilidade foi prevista no artigo 72 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Creemos que a conciliação pode ser aplicável a outros crimes além daqueles cujas penas são iguais ou inferiores a 02 anos. Como já anotamos, o princípio da proporcionalidade nem sempre é adotado pelo legislador. A título de exemplo, a calúnia praticada por meio da imprensa³¹² tem pena máxima cominada superior a 02 anos e não é de pouca potencialidade. Entretanto, atinge bem jurídico disponível e não há motivos jurídicos que impeçam a aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais.

Nessa perspectiva restaurativa é que propomos o alargamento das hipóteses de conciliação que constitui a verdadeira solução do litígio, solução restauradora e de pacificação social.

5.2. Composição civil: a reparação do dano

Um dos principais modos de reintegrar a vítima ao processo e, com isso, reduzir a violência da reação estatal frente ao delito, é a composição civil via reparação do dano. A introdução da reparação do dano no sistema penal cumpre o postulado político de respeitar a autonomia da vontade, tanto do agente como da vítima para que eles, se possível, componham o delito. A reparação do dano é, indubitavelmente, uma das formas mais simples e eficientes de consenso.

³¹¹ Por esse dispositivo, promovida a queixa-crime, o juiz, antes de recebê-la, ouvirá as partes sem a presença de advogado e tentará a conciliação. Sendo frutífera, a queixa será arquivada.

³¹² Artigo 20 da Lei n. 5.250/67.

María del Carmen Alastuey Dobón aponta alguns fatores que propiciaram o estudo da reparação do dano no Direito Penal e os mais importantes são: a) o esquecimento da vítima e a conseqüente exclusão de seus interesses no conflito penal; b) o ressurgimento da preocupação com a vítima no direito material e processual.³¹³

Destarte, embora a introdução da vítima no sistema penal via reparação do dano, tenha sido atribuída às idéias abolicionistas e da vitimologia, é na humanização do Direito Penal que está o seu primordial fundamento.

5.2.1. Concepções acerca da reparação do dano

A reparação do dano pode ser vista sob vários aspectos. Em sentido mais amplo, a reparação consiste na punição do autor do fato, com uma das sanções previstas no Direito Penal. Embora não aceitando essa concepção, Dobón afirma que sob esse enfoque “se produz a reparação quando se restaura a relação vertical, perturbada pelo delito, do delinqüente com o Direito, o Estado, a vítima e a comunidade jurídica”.³¹⁴ Assim entendida, qualquer reação ao fato punível, qualquer pena e, inclusive, as medidas de segurança, seriam subclasses de reparação.

Sob outro enfoque, essa espécie de reparação consiste em desfazer a obra antijurídica levada a cabo e colocar o mundo na posição que teria antes de começar o delito, que é a reparação ideal com a restituição do *status quo ante*, reparação *in natura*.³¹⁵

Ocorre que a restauração da situação anterior é impossível em alguns crimes (como no homicídio, p. ex.), razão pela qual ela não é cabível em sua

³¹³ Op. cit., p. 35 e ss.

³¹⁴ Op. cit., p. 61.

plenitude no Direito Penal. Por isso, a reparação do dano será tratada como *compensação* ou *ressarcimento econômico* ou, ainda, *indenização*.

No presente trabalho a reparação do dano será estudada como medida restauradora do prejuízo ou lesão causada pelo fato criminoso,³¹⁶ como medida de impulsionar solução de conflitos e de possibilitar a despenalização sem, contudo, excluir a aplicação de sanções de natureza penal.

5.2.2. Reparação do dano e seus reflexos no âmbito civil

A prática de qualquer fato delituoso pode provocar um dano patrimonial ou moral ao ofendido. Isso faz surgir a obrigação de o agente reparar o dano, como determinado pelo artigo 927 do Código Civil. Essa obrigação é de natureza civil e não tem qualquer relação com o Direito Penal.

No Brasil, a obrigação de reparar o dano civil foi prevista, de forma mais explícita, no Código Criminal do Império de 1830 (arts. 21 a 32), que expressamente prescrevia a natureza civil da indenização. A inserção na legislação penal de uma obrigação de natureza civil sofreu críticas de Thomaz Alves Junior: “A doutrina da satisfação é inteiramente de direito civil, e rigorosa e juridicamente fallando não está bem collocada em um Código Penal. A satisfação não é uma pena, mas o meio de satisfazer o dano causado com o delicto” (sic).³¹⁷

O Código Penal republicano (1890) seguiu a mesma diretriz da legislação anterior e previu a reparação do dano como efeito da condenação (artigo 69, “b”) e, no artigo 70, deixou explícito que a matéria seria regulada pelo direito civil.

³¹⁵ Cf. Julio B. J. Maier, *Es la reparación una tercera vía del derecho penal?*, p. 55.

³¹⁶ Na conclusão do trabalho a reparação é apontada como um requisito positivo para o conceito de menor potencial ofensivo.

³¹⁷ *Anotações theoricas e praticas ao Código Criminal*, p. 415.

No atual Código Penal a reparação do dano, com caráter civil, também está previsto como efeito genérico da sentença condenatória (art. 91, I).

Como se constata, nossos Códigos sempre trataram da reparação do dano produzido pelo delito como medida restauradora (ou compensatória), de natureza civil.

5.2.3. Reparação do dano e seus reflexos no âmbito penal

A moderna doutrina penal, em especial a alemã, vem sustentando que a reparação do dano está em condições de desempenhar um papel mais relevante no Direito Penal, interferindo diretamente nas sanções aplicáveis ao autor do crime.

Sob essa perspectiva, a reparação pode estar numa *relação de dependência* com as sanções penais ou como *conseqüência autônoma do delito*.

Fala-se em *relação de dependência* quando a reparação do dano acarreta conseqüências jurídico-penais na sanção penal, sendo levada em consideração na fixação da pena e na medida de segurança, possibilitando a concessão de alguns benefícios. Em outras palavras, a atuação do autor (com a reparação do dano) repercute na intensidade da reação estatal, favorecendo, em primeiro lugar, o próprio autor, posto que em torno dele gira o Direito penal, e só de forma mediata supõe uma ajuda à vítima.³¹⁸

A possibilidade de a reparação do dano influir nas sanções, não é nova. Waléria Garcelan Loma Garcia³¹⁹ afirma que a primeira legislação brasileira a tratar da reparação do dano com efeitos no âmbito criminal, foi a Lei n. 2.110, de 30 de setembro de 1909, que previa a reparação do dano no peculato doloso como

³¹⁸ Carmen Dobón, op. cit., p., 65.

³¹⁹ *Arrependimento posterior*, p. 35.

causa de extinção da pena privativa de liberdade e da pena pecuniária, permanecendo apenas a perda do emprego com inabilitação temporária. No peculato culposo, havia isenção da pena. O Decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923, suprimiu a isenção de pena no peculato doloso, mantendo a isenção no caso de culpa.

Foi, contudo, no Código Penal de 1940, que a reparação do dano surgiu como causa mitigadora da sanção penal de modo mais abrangente, sendo tratada como circunstância atenuante genérica (art. 48, IV, “b”) e como causa extintiva da punibilidade para o peculato culposo (arts. 108, IX e 312, § 3º). Também foi elencada como causa de revogação da suspensão condicional da pena (art. 59, II) e requisito para a concessão do livramento condicional (art. 60, III).

O Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, praticamente repetiu as disposições legais anteriores, mantendo-a como circunstância atenuante genérica (art. 58, III, “b”) e como causa extintiva da punibilidade no peculato culposo (arts. 107, X e 344, § 4º). Como novidade, a reparação do dano nos crimes patrimoniais não violentos permitia a aplicação das penas cominadas à forma privilegiada (art. 164, § 2º).

Por fim, a Lei n. 7.209, de 13 de julho de 1984, que reformulou a Parte Geral do Código Penal de 1940, trouxe importantes modificações no âmbito da reparação do dano. Além de mantê-la como atenuante genérica (art. 65, III, “b”), criou o instituto do *arrependimento posterior* (art. 16), com natureza de causa obrigatória de diminuição da pena. Além disso, a reparação do dano é requisito para a concessão do “sursis” especial (art. 78, § 2º), do livramento condicional (art. 83, IV) e da reabilitação criminal (art. 94, III).

Na última década do século XX o legislador brasileiro passou a dar maior atenção à *reparação do dano* no âmbito penal, beneficiando a vítima no aspecto material e o autor do crime, no campo penal e processual.

Assim, a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 (que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais) possibilita a conciliação e a composição civil, sendo esta causa de renúncia tácita ao direito de representação ou de queixa (art. 74, parágrafo único). O artigo 89 da mesma lei possibilita a suspensão do processo desde que o autor, dentre outros requisitos, tenha reparado o dano.

A Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito), prevê a multa reparatória, que nada mais é do que a reparação do dano material provocado pelo delito (art. 297). A Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998 (que deu nova redação aos artigos 43 e ss. do Código Penal), prevê a pena de prestação pecuniária à vítima, que consiste no pagamento de importância em dinheiro à vítima, valor esse que será deduzido de eventual condenação em ação de reparação civil (arts. 43, I e 44, § 1º, CP).

A Lei Ambiental (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998) condiciona a concessão a suspensão do processo à prévia reparação do dano (art. 17). A recomposição dos danos também é condição para a transação penal (art. 27).

Extremamente salutar a possibilidade de a reparação do dano pôr fim à persecução penal em relação a pequenos delitos (hoje considerados de menor potencial ofensivo) como as lesões culposas, danos, etc. De igual importância a previsão legal de prestação pecuniária à vítima do crime. Sem sombra de dúvida, a pena de reparação do dano tem caráter pedagógico e satisfativo. Pedagógico porque o autor do crime, ao ter que reparar a vítima para se safar de uma reprimenda mais dura, verá que sofreu conseqüências imediatas por seu ato,

eliminando possível sensação de impunidade. Satisfativo porque à vítima interessa muito mais a recomposição do seu patrimônio do que o castigo ao autor do crime.

Sob uma outra perspectiva, a reparação poderia integrar-se ao Direito Penal como *conseqüência jurídico-penal autônoma*, juntando-se às penas e às medidas de segurança, como espécie de sanção em si mesma. Sob esse enfoque, a reparação do dano poderia se apresentar em três subespécies: como terceira via, como pena e, como causa de despenalização ou de redução da pena.

5.2.3.1. A reparação do dano como “terceira via”.

Um segmento da doutrina alemã, capitaneado por Roxin,³²⁰ que em 1992 propôs o Projeto Alternativo de reparação, sustenta que a reparação do dano está em condições de desempenhar um papel mais relevante no Direito Penal, constituindo-se de um instituto de natureza penal que se diferencia da responsabilidade civil, tanto no conteúdo como nas funções, integrando-se ao Direito Penal como uma “terceira via” junto à pena e às medidas de segurança.

A denominação “terceira via” significa que a reparação do dano cumpre uma *terceira função* da pena, juntamente com a retribuição e a prevenção.

Claus Roxin entende que a reparação não é uma pena nem uma medida de segurança, mas uma medida penal independente que contém elementos do direito civil e cumpre com as conhecidas finalidades da pena.³²¹

Para os defensores dessa posição, a reparação do dano poderia ser feita sob três formas diferentes: em primeiro lugar, o restabelecimento da situação “a quo”, com a restituição do bem furtado, p. ex.; em segundo lugar, pela reparação

³²⁰ Carmen Dobón, op. cit., p. 66.

³²¹ *apud* Pablo Galain Palerno, art. cit., p. 188.

dos danos materiais e/ou morais causados pelo delito, hipótese em que seria equivalente a uma reparação de natureza civil; finalmente, se em razão do delito praticado, for impossível as duas espécies anteriores de reparação, o autor deverá prestar serviços em favor do prejudicado ou de instituições públicas, como forma de reparação do dano.

Julio Maier afirma que existem várias vias para colocar a reparação no lugar da pena, total ou parcialmente. Dentre elas, aponta: a) reparação como requisito para a suspensão condicional da pena; b) reparação como causa de exclusão da pena; c) reparação como critério para determina a redução da pena abstrata; d) reparação como critério para se conceder benefícios durante a execução.³²²

Para os defensores dessa posição, a *terceira via* (também denominada de novo catálogo de sanções) traria benefícios à vítima, ao autor, à sociedade e à Administração da Justiça.

A reparação do dano foi incorporada ao direito alemão, por força do Projeto Alternativo de 1992, que define a reparação como “a compensação das conseqüências do fato mediante uma prestação voluntária do autor”.

No tocante aos crimes passíveis de solução pela reparação, deve centrar-se naqueles bens jurídicos personalíssimos (honra, intimidade), os patrimoniais sem violência e os econômicos contra interesses individuais.³²³

A inserção da reparação do dano como medida de caráter penal, tem sofrido críticas de autores alemães. Assim, Hans Joachim Hirsch afirma que a condenação à reparação do dano não significa nada de novo, posto que também pode ser obtida por meio de um procedimento civil. Ademais, apenas quando o autor

³²² Op. cit., p. 53.

³²³ Pablo Galaim Palermo, art. cit., p. 194.

recebe um “justo castigo” a vítima se vê ressarcida em seus interesses.³²⁴ Sustenta, ainda, que a reparação só poderia ser vantajosa, se possível a conversão em prisão no caso de descumprimento e em casos de tentativa ou condutas que não produzem danos, não há possibilidade de reparação.

Discordamos das críticas pois dentro de uma perspectiva do Direito Penal de *ultima ratio* a reparação do dano tem caráter satisfativo à vítima e torna desnecessária a aplicação de sanções mais rigorosas ao autor de pequenos delitos.

5.2.3.2. A reparação do dano como pena.

Setor minoritário da doutrina alemã propõe que a reparação seja uma pena³²⁵. Para essa posição, a reparação do dano deveria estar no rol das penas e o juiz, ao condenar alguém, fixaria, como sanção, única e exclusivamente a obrigação de reparar o dano.

Para Rodriguez Delgado³²⁶, trata-se de uma alternativa eficiente, pois o autor toma consciência da ilicitude de sua conduta e a reparação o faz reintegrar-se à comunidade jurídica, ao mesmo tempo em que supera os perigos do tratamento penitenciário clássico.

A legislação brasileira não tem adotado a reparação como pena principal, utilizando-a tão-somente como medida despenalizadora.

³²⁴ *apud* Ibid., p. 196.

³²⁵ Pablo Galaim Palermo, art. cit., p. 69.

³²⁶ *apud* Cláudio do Prado Amaral, *Despenalização pela reparação de danos*, p. 143.

5.2.3.3. A reparação do dano como forma de despenalização ou redução da pena.

Uma terceira vertente das conseqüências jurídico-penais da reparação do dano é a composição autor-vítima, que traz duas conseqüências: suspensão do processo ou atenuação da pena.

Essa concepção de reparação do dano é bastante utilizada em vários países e a aumenta a sua adoção como medida despenalizadora. No Brasil, temos a reparação como causa obrigatória de diminuição de pena (art. 16 do Código Penal) e como requisito para a concessão de penas restritivas de direitos e suspensão do processo e da própria execução penal.

À exceção da posição que sustenta a reparação como pena autônoma, é no campo da aplicação das sanções penais que a reparação vem se revigorando a cada dia e ganhando mais espaço na legislação. De uma forma ou de outra, as posições doutrinárias a respeito da reparação do dano a incluem como requisito para a mitigação da sanção penal, quer com atenuação da pena em si, quer possibilitando a concessão de medidas alternativas à prisão, quer extinguindo a própria pena.

5.2.3.4. A reparação do dano como causa extintiva da punibilidade

A reparação do dano como causa de extinção da pena foi prevista pela primeira vez em 1909, para os crimes de peculato doloso e culposos.

Seguindo a tendência de incentivar o autor do delito a reparar o dano causado à vítima, o Supremo Tribunal Federal, por decisão do Pleno, de 15 de

dezembro de 1976, aprovou a Súmula 554, *in verbis*: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”. Interpretada *a contrario sensu*, significa que o pagamento do cheque sem fundos antes do recebimento da denúncia, retira a justa causa para ação penal, ou, em outras palavras, extingue a punibilidade. No Uruguai a extinção da punibilidade pelo pagamento do cheque é prevista na Lei de Cheques.³²⁷

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, criou-se a figura da composição civil entre autor e vítima do crime de ação privada ou pública condicionada, que tem a natureza de renúncia ao direito de queixa ou de representação (art. 74, parágrafo único, da Lei 9.909/95) e, portanto, causa extintiva da punibilidade.

Por outro lado, a Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, no artigo 34, prevê a reparação do dano como causa extintiva da punibilidade nos crimes econômicos supraindividuais, com os crimes de natureza fiscal.³²⁸

Em outra vertente, a Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, criou inúmeros tipos penais, entre eles a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP) e a sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP), mas, ao mesmo tempo, previu a extinção da punibilidade para a hipótese de reparação do dano.³²⁹

Por fim, a Lei n. 9.964/00, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), com as modificações feitas pela Lei n. 10.684/03, criou, para os crimes de sonegação fiscal e contra a ordem econômica, previstos na Lei n. 8.137,

³²⁷ Cf. Pablo Galain Palermo, *Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal em Alemania y Portugal*, p. 271.

³²⁸ Os previstos na Lei n. 8.137/90.

³²⁹ Art. 168-A, § 2º: “É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à

de 27 de dezembro de 1990, e para os crimes tipificados nos artigos 168-A e 337-A, do Código Penal, causa suspensiva da pretensão punitiva pelo fato de a empresa ser incluída no programa, bem como causa extintiva da punibilidade pelo pagamento integral do débito³³⁰.

Como se percebe, no âmbito dos crimes fiscais, o legislador brasileiro tem dado significativa importância à reparação do dano, com reflexos diretos na punibilidade e na pena. Em outras palavras, o *jus puniendi* é utilizado como meio de cobrança de tributos e contribuições sociais, adotando-se o chamado “Direito Penal arrecadador”. Recebido o crédito, o Estado abre mão do direito de punir.

A tendência de colocar o Direito Penal a serviço da política social não é nova. Jorge Figueiredo Dias, comentando a reforma penal portuguesa, afirmou que “inscreveu-se no legislativo uma perniciosa tendência, contra a qual mal se começa agora a reagir: a de se deixar seduzir pela idéia de pôr o aparato das sanções *criminais* ao serviço dos mais diversos fins de política *social*”.³³¹

Diante do Direito Penal de *ultima ratio*, essa postura do Estado torna duvidosa a necessidade de criminalização dessas condutas, pois na verdade a ameaça de sanção penal é utilizada tão-somente como meio de realização das políticas públicas. De duas uma: ou a conduta de sonegar tributos é grave e não pode haver a extinção pela reparação do dano, ou não é grave e deve ter sua pena reduzida para incluí-lo no rol daqueles de pouca lesividade.

previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”. Igual disposição é encontrada no art. 337-A, § 1º.

³³⁰ Lei n. 10.666/03, art. 9º: *É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento (...)* § 2º: *“Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.*

³³¹ *A reforma do direito penal português*, p. 11.

No mesmo diapasão está o anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal, elaborado por comissão presidida pelo então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro e apresentada ao Ministério da Justiça em 1999, prevê que os crimes de furto simples e qualificado passam a ser de ação pública condicionada à representação (art. 185); a apropriação indébita simples passa a ser de ação privada (art. 198); a receptação culposa deixa de ser punível se o agente reparar o dano (art. 210, § 4º). Corretamente, à exceção da receptação e peculato culposos, o anteprojeto não possibilita a extinção da punibilidade em caso de reparação do dano em crimes patrimoniais.

Como se vê, o Estado procura dar ao autor de crime que causa prejuízo material à vítima, a possibilidade de reparar o dano e, em contrapartida, oferece benefícios no âmbito do Direito Penal,³³² como a extinção da punibilidade ou a redução da pena.

No Direito germânico não é diferente. Nas infrações menos graves, deduzida a pretensão pelo ofendido, esta se concretizava em uma compensação pelo dano causado.

Destarte, o Estado escolhe, casuisticamente, alguns delitos para beneficiar o autor que se dispõe a reparar o dano. Como já demonstrado, para alguns crimes considerados graves como sonegação de tributos e a apropriação de verbas da Previdência Social (é o que se conclui pela pena cominada – reclusão de 2 a 5 anos), que atentam contra o patrimônio da sociedade, a reparação do dano acarreta a extinção da punibilidade.

Para outros crimes, de menor gravidade e que atingem bens jurídicos particulares, como o furto simples, a apropriação indébita e estelionato fundamental

³³² Pablo Palermo afirma que a possibilidade da reparação, como alternativa à pena, poderia enquadrá-la dentro de um “efeito premial”.

e algumas das formas equiparadas,³³³ a reparação do dano acarreta tão-somente a redução da pena (art. 16 do Código Penal).

Essa absurda contradição não passou despercebida de Lenio Luiz Streck que afirma: “O art. 34 da Lei n. 9.249/95 trouxe evidentes benefícios aos sonegadores de impostos e de contribuições sociais, ao introduzir a possibilidade de o sonegador ficar isento do crime em caso de pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia criminal. Enquanto isso, ao *cidadão-comum-não sonegador*, em caso de crime contra o patrimônio em que não tenha restado prejuízo à vítima (restituição ou recuperação da *res*), há somente o benefício do desconto da pena (art. 16 do Código Penal)”.³³⁴

E, como caminho para eliminar essa contradição, traz à colação decisão da 2ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul que, acolhendo seu parecer, aplicou por analogia e com fundamento no princípio da igualdade previsto no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, a disposição do artigo 34 da Lei n. 9.249/65 a um crime de furto simples, em que a coisa foi restituída ao ofendido, extinguindo-se a punibilidade do agente.³³⁵

Entretanto, trata-se de posicionamento isolado na jurisprudência, pois os Tribunais Superiores nunca acolheram essa tese. Assim, o Supremo Tribunal Federal, embora entenda que a reparação do dano no estelionato mediante emissão de cheque sem fundos é causa extintiva da punibilidade (Súmula 554), nunca

³³³ Para o estelionato mediante a emissão de cheque sem fundos (artigo 171, § 2º, VI, CP), tem sido aplicada a Súmula 554 do STF, que prevê a extinção da punibilidade em caso de reparação do dano antes do recebimento da denúncia.

³³⁴ *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 48, nota 58.

³³⁵ *Ibid.*, p. 49.

estendeu essa *benesse* às demais modalidades de estelionato,³³⁶ tampouco a outros crimes patrimoniais como a apropriação indébita.³³⁷

No Superior Tribunal de Justiça outro não é o entendimento, tanto em relação ao estelionato³³⁸, como em relação aos demais crimes patrimoniais não violentos.³³⁹

Paradoxalmente, no que concerne aos crimes fiscais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é bastante benevolente, decretando-se a extinção da punibilidade com o simples deferimento do parcelamento da dívida, sem aguardar o efetivo pagamento.³⁴⁰

Em suma, embora o Estado, por meio do Poder Legislativo, tenha criado profundas desigualdades no tratamento da reparação do dano, doutrina e jurisprudência (com raras exceções) não se deram conta da gravidade do problema e não se dispuseram a buscar, na dogmática jurídica, uma solução calcada nos princípios constitucionais, como faz com maestria o jurista gaúcho Lenio Streck.

Com efeito, quando se pratica um crime de sonegação fiscal ou de apropriação indébita previdenciária, atinge-se o erário, o patrimônio da Fazenda

³³⁶ "HABEAS-CORPUS". Estelionato: reparação do dano e conceito de pequeno valor (...) A posterior reparação do prejuízo e atenuante genérica se feita até o recebimento da denúncia, art. 16 do CP; mesmo feita após a denúncia, mas antes do julgamento, ainda assim, e circunstância atenuante genérica, art. 65, III, "b", do CP. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido (HC. 69592/RJ, 2. Turma, rel. Min. Paulo Brossard, j. 10.11.1992, DJ 02.04.1993, p. 05620).

³³⁷ HC 75051 / SP, 1. Turma, rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 27.05.1997, DJ. 12.09.1997, p. 43714.

³³⁸ "A reparação do dano antes do recebimento da denúncia não exclui o crime de estelionato praticado na sua forma fundamental (art. 171, caput). Precedentes. A Súmula 554/STF, com efeito, restringe-se ao crime de estelionato na modalidade de emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal (REsp n. 693804/RS, 5. Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 15.03.2005, DJ 04.04.2005, p. 347).

³³⁹ "No crime de apropriação indébita, a reparação do dano por ato voluntário do agente, antes ou depois do recebimento da denúncia, não tem o condão de obstar a propositura da ação penal, prestando-se, apenas na primeira hipótese, a reduzir a pena eventualmente imposta ao réu." (RHC, 11606/SP, 6. Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 20.09.2001, DJ. 04.02.2002, p. 550).

³⁴⁰ Uma vez deferido o parcelamento em momento anterior ao recebimento da denúncia, verifica-se a extinção da punibilidade, prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/95, sendo desnecessário, para tanto, o pagamento integral do débito. Precedente da Terceira Seção do STJ. Ordem CONCEDIDA para declarar extinta a punibilidade relativa à ação penal nº 96.0002758-7 (STJ, HC 46313/DF, 6. Turma, j. 09.02.2006, DJ 12.06.2006, p. 545).

Pública ou da Previdência Social, bem jurídico de vital importância, pois a arrecadação é revertida em serviços e bens para a coletividade.

De outra banda, o patrimônio do indivíduo é um bem jurídico disponível, pois se o titular autorizar que outrem o danifique ou o desfalque, não restará caracterizado qualquer crime. Diante disso, a pena cominada para os delitos de furto simples, estelionato, apropriação indébita, dano, receptação, etc., é menor (reclusão de 1 a 4 anos) do que a cominada para os crimes fiscais.

As medidas de política criminal de redução e extinção da pena pela reparação do dano também não é novidade na legislação estrangeira.

Waléria Garcelan Loma Garcia, em criteriosa pesquisa sobre o assunto³⁴¹, afirma que o Código Penal grego de 1834 já previa a extinção da punibilidade pela reparação do dano nos crimes de furto, estelionato e apropriação indébita. Já o Código Penal italiano de 1930 possibilita a redução da pena para qualquer crime, ao contrário do Código Penal pátrio que o limita aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça.

O Código português de 1982, fonte de inspiração para a reforma realizado no código pátrio em 1984, prevê que a reparação do dano possibilita a dispensa da pena nos crimes com pena máxima cominada de 06 meses, autoriza a substituição da pena por outra sanção menos grave, bem como a redução da pena, em especial nos crimes contra o patrimônio.

Por fim, o Código Penal alemão de 1871, com as modificações que entraram em vigor em 1975, prevê a possibilidade, em alguns casos, do arquivamento do inquérito.

³⁴¹ Op. cit., p. 149-69.

Conclui a ilustre jurista que “o exame da legislação penal estrangeira revela a existência de institutos com características semelhantes ao nosso instituto do *arrependimento posterior* e demonstra que o legislador penal alienígena utiliza a reparação do dano à vítima como medida de política criminal para descriminalizar infrações penais, reduzir as sanções ou substituí-las por outras menos graves, simplificar ou evitar o processo penal e reduzir a carga do sistema judiciário e penitenciário”.³⁴²

Comungamos da idéia de que adotado o princípio da proporcionalidade, não há motivos jurídicos ou de política criminal para que o legislador preveja, para fatos semelhantes, conseqüências distintas para a reparação do dano.

A renúncia ao “jus puniendi” de crimes graves por conta da reparação do dano é um incentivo à criminalidade, pois a pessoa se arrisca na prática do crime e, caso descoberto, repara o dano e terá extinta a punibilidade.

A melhor solução seria considerar a reparação do dano como uma causa determinadora da menor potencialidade lesiva da conduta, submetendo o fato à justiça consensual e aos institutos despenalizadores. Por isso entendemos que a reparação do dano nos crimes não violentos é um requisito positivo para o conceito de menor potencialidade lesiva.

Concluimos sustentando que, nos crimes de menor potencial ofensivo, a reparação do dano deve ser adotada como causa extintiva da punibilidade. Entretanto, em crimes cuja pena seja superior a 02 anos, a reparação não pode ser causa extintiva da punibilidade, mas, adotado o princípio da proporcionalidade, ser determinante da menor potencialidade lesiva.

³⁴² Op. cit., p. 178.

6. Consenso entre o autor e o Estado

Dentro de uma perspectiva de despenalização para os conflitos de natureza penal de pouca gravidade, surge a possibilidade de o Estado, por meio do Ministério Público, fazer acordo com o autor de uma infração penal.

Essa possibilidade não é nova e o direito americano, por meio da *plea bargaining*, busca a redução da pena e o agilização do julgamento.

O direito brasileiro conhece duas formas de consenso entre o órgão acusador e o autor do crime: a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas introduzidas na nossa legislação pela Lei n. 9.099/95.

A *transação penal* consiste na proposta, pelo Ministério Público, de pena não privativa de liberdade e aceitação, pelo autor do crime, sem discussão do mérito. Tem o mérito de agilizar a solução da lide, sem maiores traumas para o autor do crime e sem sofrer as graves conseqüências de um longo processo e de uma eventual pena privativa de liberdade.

Entendemos que a aplicação desse instituto deve ser ampliada na medida em que os operadores do Direito tiverem a possibilidade de avaliar, no caso concreto, a necessidade ou não de penas mais graves. A maioria dos crimes patrimoniais é de pouca lesividade e uma pena alternativa à prisão, aplicada de imediato, sem as delongas de um processo, é suficiente para os fins a que se destina.

Por outro lado, a *suspensão do processo* consiste na sustação do processo por um determinado período, denominado de *período de prova*, quando o autor se submete a algumas condições previstas em lei, findo o qual a punibilidade é extinta. A sua aplicação é possível nos crimes de média gravidade, ou seja,

naqueles cuja pena mínima não ultrapassa o limite de 01 ano de privação de liberdade.

CAPÍTULO V

INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

1. Introdução

Nos capítulos anteriores apontamos os fundamentos teóricos que julgamos necessários para se chegar a um conceito de menor potencialidade lesiva.

Os princípios constitucionais apontam para um Direito Penal Mínimo, quer pela descriminalização (exclusão do ordenamento jurídico de condutas não ofensivas a bens relevantes), quer pela despenalização (substituição de penas privativas de liberdade por outra espécie de sanção).

Com alguma freqüência o legislador atenta apenas para a legalidade formal, desprezando a legalidade material. A tipificação de condutas decorre de um processo seletivo e, como anotado alhures, a escolha das condutas dignas de tipificação decorre do momento sócio-político-econômico por que passa a sociedade. Assim, nos regimes ditatoriais, condutas tidas como ofensivas ao regime são criminalizadas; nos momentos de crises econômicas, criminalizam-se comportamentos danosos ao fisco.

Diante disso, o maior problema enfrentado pelo legislador é o de fixar concretamente os critérios pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais da sociedade que devem tipificados e, em conseqüência, ser objeto de tutela penal. Outra tarefa não menos árdua é cominar as penas.

O Constituinte brasileiro tratou dos dois extremos do Direito Penal: de um lado, tratou de crimes extremamente graves como os hediondos (art. 5º, XLIII);

de outro, dos crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I). Entretanto, nos dois casos, não apontou qualquer critério para a elaboração dos tipos.

Como argutamente observado por Lenio Luiz Streck, “de um lado a Constituição apontando para uma descriminalização de condutas e para uma justiça consensual (art. 98), *destinado justamente para os delitos que não colocam em xeque os objetivos do Estado Democrático de Direito*, é dizer, os bens jurídicos de âmbito coletivo, e, de outro, a mesma Constituição apontando para uma necessária criminalização de condutas que se contrapõem aos objetivos previstos no texto constitucional (redução da pobreza, saúde para todos etc.), *é neste meio-fio que deve andar o legislador e o operador do Direito*” (grifos no original).³⁴³

O legislador infraconstitucional, por sua vez, igualmente sem qualquer critério mais científico, aleatoriamente elencou alguns crimes como sendo hediondos (art. 1º da Lei n. 8.072/90). Curiosamente, no primeiro momento o legislador não inseriu nesse rol o homicídio (o mais grave dos crimes contra bem jurídico individual), só o fazendo em 1994 por meio da Lei n. 8.930.

No tocante aos crimes de menor potencial ofensivo, o significado da expressão causou polêmica já na Assembléia Nacional Constituinte. O constituinte Farabulini Junior indagou a seus colegas: “O que quer dizer infrações penais de menor potencial ofensivo? É tão genérica, inócua e vazia a expressão, que ao legislador cumpre exatamente examinar, sob esse aspecto, rejeitando-a por inteiro. Para que possamos substituir essa expressão, que não diz coisa alguma e que levará a grandes equívocos, estabelecemos a medida, determinando, na contravenção penal, esta sim está na boa doutrina, como querem todos os doutrinadores brasileiros”. E obtive de Plínio de Arruda Sampaio a seguinte

³⁴³ *Crise paradigmática (s) no direito e na dogmática jurídica*, p. 111.

resposta: “Não é apenas a contravenção, mas também o crime, desde que tenha um potencial ofensivo menor e, portanto, seja mais facilmente julgável”.³⁴⁴

Ao regulamentar a matéria o legislador ordinário adotou um conceito formal, deixando à margem os crimes a que a lei preveja procedimento especial. A exclusão dos crimes com procedimento especial (ainda que a pena máxima fosse igual ou inferior a 01 ano) mostra que o legislador se distanciou de toda a doutrina penal contemporânea, olvidando o ponto crucial do Direito Penal, que é a proteção do bem jurídico. Em boa hora o Congresso Nacional eliminou essa vedação, fazendo-o por meio da Lei n. 11.313/06, que deu nova redação ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95.³⁴⁵

Importante salientar que o Código Penal de 1940 não previa a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Entretanto, antes da Lei dos Juizados Especiais, a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, no item 26, preconizou a busca de sanções alternativas à prisão para os delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves sem, contudo, apontar critérios indicadores da menor potencialidade lesiva. Essa lei permitiu a substituição das penas privativas até 01 ano. Finalmente, a Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, possibilitou a aplicação de pena substitutiva nas penas privativas de liberdade até 04 anos (art. 44, I, do Código Penal), inclusive aos reincidentes não específicos (art. 44, § 3º, do Código Penal).

³⁴⁴ Diário da Assembléia Nacional Constituinte. In: Dalva Rodrigues Bezerra de Almeida, *Princípio da insignificância e juizados especiais criminais*, p. 158.

³⁴⁵ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa

Como se vê, o legislador ainda não assentou em bases sólidas os crimes que necessariamente precisam ser coibidos com a prisão celular e aqueles que podem ser punidos com sanções alternativas.

Evidente que muitos crimes, em razão da relevância do bem jurídico, não podem ser considerados de menor potencial ofensivo em nenhuma circunstância. Assim, o homicídio, p. ex., por atentar contra bem jurídico de suma relevância e de forma tão intensa, não pode ser objeto de contemplação despenalizadora.

Entretanto, inúmeros outros crimes que tutelam bens jurídicos importantes podem, no caso concreto, ser considerados de pouca gravidade. Inegável que o patrimônio é um bem que merece a tutela penal. Mas há situações em que ele é afetado de forma tênue que torna desnecessária a intervenção estatal clássica, sendo suficientes as medidas alternativas à prisão celular.

O isolado critério da pena máxima cominada é insatisfatório. Considerar de menor ou maior gravidade tão-somente aquilo que está na lei atende apenas à perspectiva formal, ignorando por completo o aspecto material do Direito Penal.

O mesmo problema ocorre com a Lei dos Crimes Hediondos, onde o legislador se limitou a escolher alguns crimes e tachá-los como tal. A título de exemplo, as lesões corporais de natureza gravíssima pela perda da visão³⁴⁶ não está no rol dos crimes de especial gravidade, enquanto o estupro com violência presumida ali se encontra. Analisando-se objetivamente os dois delitos, não resta dúvida que o primeiro é mais grave, mais perverso, de maior reprovação social.

³⁴⁶ Tomemos como exemplo a conduta do agente que dolosamente vaza os dois olhos do desafeto, cegando-o.

Como o próprio conceito material de crime está sempre fora do direito penal legislado, nenhum critério puramente formal atende aos anseios sociais.

Esses fatos mostram que não é possível extrair um conceito de criminalidade de pouca ofensividade calcada exclusivamente na pena cominada. Invariavelmente, o legislador não adota os princípios da proporcionalidade, da necessidade, da lesividade, da humanidade, fundamentais na elaboração de uma norma penal equânime.

Não é crível que condutas que atentem contra a dignidade da pessoa possam ser passíveis de medidas despenalizadoras, enquanto outros crimes – objetivamente menos graves, pois não lesam ou colocam em perigo bens pessoais – estão fora desse elenco.

O que causaria maior dano à pessoa: ser atingida em sua dignidade (sendo agredida, maltratada, obrigada a fazer o que a lei não manda, p. ex) ou ter sua bicicleta furtada ou apropriada indevidamente?

Nesse contexto, não podemos nos ater a um critério rígido, aleatoriamente escolhido pelo legislador para o conceito de *menor potencial ofensivo*. É preciso buscar no ordenamento jurídico subsídios que permitam uma aproximação do conceito dos fins do Direito Penal que nada mais é senão ajudar a modificar a realidade social. É preciso embasar o conceito em princípios constitucionais basilares do Estado e norteadores do Direito Penal.

Partindo dessas premissas é que apontaremos requisitos calcados em princípios do Direito Penal.

2. A busca de um conceito

Nas últimas décadas, várias foram as tentativas de conceituar crimes de pouca gravidade, mas todas com critérios rígidos.

Antes mesmo da Constituição de 1988, a Associação Paulista de Magistrados apresentou projeto para criação dos Juizados Especiais, incluindo no rol das infrações de pouca danosidade: a) crimes apenados com detenção até um ano; b) lesão e homicídio culposos; c) contravenções penais.³⁴⁷

O Estado do Mato Grosso do Sul, pioneiro na criação do Juizado Especial Criminal por meio da Lei n. 1.071/90, elencou, como de menor potencialidade lesiva as seguintes infrações penais: a) crimes dolosos punidos com pena de reclusão até um ano, ou de detenção até dois anos; b) os crimes culposos; c) as contravenções.

O juiz paulista José Antonio de Paula Santos Neto trouxe uma nova definição, inserindo no rol das infrações de menor potencial ofensivo: a) as contravenções penais; b) os delitos apenados com multa ou detenção. Por esse projeto, estavam excluídos do rol os delitos previstos em lei especial e os de ação penal privada.³⁴⁸

Luiz Flávio Gomes afirma que “menor potencial ofensivo é locução nominativa aberta e o seu conceito é pura questão de política legislativa”. Destaca, ainda, que o critério de pena não pode ser absoluto e elencou como tais as seguintes infrações: a) contravenções penais; b) crimes com pena máxima cominada até 02 anos; c) furto privilegiado; d) infrações contra as relações de

³⁴⁷ RT-630:400-5

³⁴⁸ *Infrações de menor potencial ofensivo*, RT-669:395-9.

consumo, independente da pena cominada, pois é mais importante uma resposta reparadora do que punitiva.³⁴⁹

Comentando o projeto apresentado pela Associação de Magistrados, o advogado criminalista Alberto Zacharias Toron discorda da inclusão do homicídio culposo em razão do bem jurídico tutelado, dizendo que a perda de uma vida humana, em que pese a sanção cominada, não pode ser considerada como “potencialidade menor” para assim qualificar o delito. Conclui afirmando que “o critério definidor dos delitos de menor potencial ofensivo não pode restringir-se à quantidade ou qualidade da cominação punitiva. Deve, ao contrário, mesclar o *desvalor do ato* e o do *resultado* para chegar a uma solução eqüitativa” (grifos no original).³⁵⁰

César Peres sustenta que todos os crimes apenados com detenção são de pouca ofensividade.³⁵¹ Extrai essa conclusão do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que prevê duas espécies de pena: reclusão e detenção. Como a pena de detenção é menos severa, é cominada para os crimes menos graves.

Armenta Deu³⁵² aponta as seguintes características para a criminalidade de pouca gravidade: a) escassa reprovabilidade; b) ofensa a bem jurídico de menor relevância; c) habitualidade; d) maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito. A esse rol, Luiz Flávio acrescenta a “dispensabilidade da pena do ponto de vista de prevenção geral e especial”.

Há, por fim, os que sustentam a possibilidade de considerar um crime de pouca ofensividade, tendo em vista a pena em perspectiva. Fundado na premissa

³⁴⁹ Projeto de criação dos Juizados Especiais Criminais, *Revista do IBCCRIM*, n. 9, p. 279-90.

³⁵⁰ *Sobre o juizado especial de “pequenas causas” em matéria penal*, RT-683:397.

³⁵¹ *Todos os crimes apenados com detenção são de “menor potencial ofensivo”*, Boletim do IBBCrim n. 133, p. 10.

que a pena em perspectiva já é utilizada para otimizar o processo ou conceder benefícios, como o reconhecimento da prescrição ou concessão da liberdade provisória, Antonio Mansur Filho sustenta que, adotada a visão utilitarista do processo e verificando-se, com dados confiáveis e exatos, que a pena que será aplicada não superará os dois anos e presentes os requisitos subjetivos, ser perfeitamente possível a proposta de transação.³⁵³

Concordamos com Toron no sentido de que no conceito de menor potencialidade lesiva deve haver exceções, quer para incluir, quer para excluir hipóteses passíveis de julgamento pelos Juizados.

A flexibilidade do conceito permite aplicar a norma penal de modo mais justo, adequando-a ao caso concreto e aplicando a pena necessária de acordo com a lesividade do fato.

Qualquer critério rígido pode levar à injustiça. Ingo Wolfgang observa que, no regime nazista imposto na Alemanha, pelo menos 16.000 penas de morte foram aplicadas por Tribunais Civis, com base na legislação da época, que contemplava a absoluta desproporção entre a conduta proibida e a pena.³⁵⁴

Na atuação profissional de Promotor de Justiça Criminal, deparamos-nos com furtos simples e até qualificados, em que o autor é primário e a coisa furtada é de pequeno valor, fato de pequena lesividade e pouco alarmante.³⁵⁵ Embora de pouca gravidade, o fato não está sujeito aos institutos do Juizado Especial Criminal e deve ser apurado em processo de rito ordinário, com todos os custos conhecidos para, no final, ser aplicada a mesma pena que poderia ser

³⁵² *apud* Luiz Flávio Gomes, *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*, p. 91.

³⁵³ *Aplicação da transação penal com base na pena em perspectiva*, Boletim do IBBCrim n. 143, p. 10-1.

³⁵⁴ Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 63.

aplicada em uma transação. Em outras palavras, o processo não terá qualquer caráter utilitário.

2.1. O tratamento legal às infrações penais de menor gravidade no direito comparado.

No presente trabalho não buscamos estudar os procedimentos para os crimes de menor gravidade e sim apontar crimes que podem ser tidos como de pouca ofensividade e que, por conseqüência, podem estar sujeitos às medidas despenalizadoras sem submissão aos procedimentos da Justiça comum.

Entretanto, faremos uma breve abordagem sobre o que é considerado de pouca lesividade no direito alienígena e quais as medidas aplicáveis.

2.1.1. Alemanha

O Direito Penal alemão classifica as infrações criminais em delitos graves e delitos menos graves. Estes são apenados com privação de liberdade mínima inferior a um ano ou com uma sanção pecuniária. A despenalização e a diversificação³⁵⁶ são aplicáveis aos crimes menos graves.

A legislação penal, em regra, não comina penas mínima e máxima, mas apenas os limites mínimos ou máximos para cada delito. Assim, por exemplo, o crime de falsificação de moeda é punido com pena não inferior a 01 ano - § 146 (1).

³⁵⁵ A título de exemplo, o inquérito policial n. 1044/07, que tramitou pela 3ª Vara Criminal de Marília, a autora R. R. N. praticou um furto simples de objetos avaliados em R\$ 165,00. Assim que descoberta, a autora restituiu os bens à vítima.

³⁵⁶ Como já conceituado, *despenalização* significa diminuição da pena ou substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos; *diversificação* significa a suspensão dos procedimentos criminais ou a solução dos litígios por organismos estranhos à Justiça Penal.

Já as formas privilegiadas são cominadas penas mínima e máxima [§ 146, (3) – 3 meses a 05 anos].

Os principais institutos despenalizadores são a suspensão incondicional e a suspensão processual ou condicional.

A *suspensão incondicional* pode ocorrer antes ou depois de formalizada a acusação. Quando é anterior, põe fim ao procedimento investigatório e se trata de um acordo entre o Ministério Público e o autor do crime. Caso ocorra depois de proposta a ação penal, acarreta a extinção da ação penal e exige homologação pelo Juiz. Como o próprio nome diz, o autor do crime não fica sujeito a qualquer condição.

A suspensão incondicional tem como requisitos: a) que o crime tenha pena mínima cominada inferior a 01 ano; b) escassa culpabilidade do autor; c) ausência de interesse público na persecução penal.

Já a suspensão condicional, semelhante ao que dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/95, também pode ser pré-processual ou processual e impede o prosseguimento das investigações ou da ação penal.

Dois requisitos são idênticos: pena mínima cominada e culpabilidade ínfima. O terceiro requisito é a valoração da necessidade ou não de pena. Veja-se que a *valoração da necessidade da pena* se alinha com a adoção dos princípios da lesividade e proporcionalidade.

Aqui, ao contrário da suspensão incondicional, há interesse público na persecução penal, mas na valoração do caso concreto, o Estado se contenta com o cumprimento de algumas condições ao invés de aplicar pena.

Como se nota, o direito alemão não é taxativo ao elencar requisitos para os dois benefícios. Ao contrário, deixa margem de valoração ao aplicador do

Direito, no que está correto, pois embora um fato possa estar adequado a um determinado tipo legal, as suas conseqüências são pequenas e merece uma sanção de menor gravidade.

A título de exemplo, admitem as duas espécies de suspensão, os seguintes crimes: a) furto simples (§ 242) – pena até 05 anos ou multa; b) furto qualificado de coisa de pequeno valor (§ 242 (2) – pena idêntica ao furto simples.

2.1.2. Itália

Inúmeras são as formas de consenso no direito italiano. Uma delas é o *consenso sobre a pena*, cabível nos delitos apenados com multa ou privativa de liberdade que, diminuída de até 1/3, não supere os dois anos de privação de liberdade. Assim, cabíveis as medidas despenalizadoras em crimes com penas até 03 anos.

Outro instituto despenalizador é a *monitória penal*, cabível nos delitos menos graves apenados com multa ou que possibilite a substituição da pena privativa de liberdade por multa.

Esse instituto está em consonância com os princípios da necessidade e proporcionalidade da pena, pois possibilita ao acusador oficial, dentro da esfera discricionária legalmente autorizada, propor uma pena pecuniária em substituição à pena privativa de liberdade ou, reduzir a pena.

Do mesmo modo que a transação penal brasileira, a aceitação da pena não acarreta reflexos na esfera cível ou administrativa.

2.1.3. Portugal

No direito português há vários institutos que possibilitam a despenalização.

No tocante à pequena criminalidade, é possível o *arquivamento do processo* quando ausente interesse público a tutelar, tornando desnecessária a intervenção do Direito Penal. Essa medida é possível quando a ilicitude do fato e a culpa do agente forem diminutas, o dano tiver sido reparado e as razões de prevenção não contrariarem o singelo arquivamento.

O fundamento desse arquivamento está na localização do delito em um patamar abaixo do limiar mínimo estabelecido pelos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, abaixo da linha que legitima a intervenção do Direito Penal como *ultima ratio*.³⁵⁷

A decisão pelo arquivamento está amparada na margem de discricionariedade estabelecida em lei.

Há também o *consenso sobre a pena*, cabível nos crimes punidos com multa ou com pena privativa de liberdade não superior a 03 anos. Nesse caso, se o órgão acusador entender incabível a privação da liberdade, propõe a aplicação de uma pena concreta que, se aceita pelo autor do fato, é fixada em sentença que transita em julgado imediatamente.

³⁵⁷ Cf. Nereu José Giacomolli, op. cit., p. 282.

2.1.4. Espanha

A solução sobre a pequena criminalidade está prevista na Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevê procedimento rápido aplicável a crimes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a 05 anos ou com outra espécie de penas, cumuladas ou alternadas. Nesse rol estão os crimes de lesões, coações, ameaças ou violência psicológicas, furtos, roubos, delitos contra a segurança do tráfego, etc.

Duas são as formas de consenso: conformidade e reconhecimento dos fatos. A *conformidade* significa uma aceitação pelo réu da pretensão acusatória e é aplicável aos crimes mais graves. Já o *reconhecimento dos fatos* é o ato pelo qual o suspeito, na fase preliminar da investigação, admite sua responsabilidade pela conduta, sendo aplicável aos crimes cuja pena privativa de liberdade não exceda a 03 anos.

Embora trate de crimes menos graves, há necessidade de prolação de uma sentença, ainda que a pena não seja a privativa de liberdade.

2.1.5. Nicarágua³⁵⁸

O Código de Processo Penal da Nicarágua prevê que a finalidade do processo é solucionar os conflitos de natureza penal e restabelecer a paz jurídica e a convivência social harmônica, mediante a responsabilização dos acusados e a *mediação e acordo* entre as partes, nos casos autorizados em lei.

³⁵⁸ Sérgio J. Cuarezma Terán, Sistemas penales comparados, *Revista penal*, n. 15, *passim*.

A mediação e o acordo entre as partes podem ocorrer antes de iniciada a ação ou durante o seu trâmite. Nas duas hipóteses o mediador buscará um acordo entre as partes, consistente na reparação dos danos.

Cumpridas as condições, a punibilidade será julgada extinta. Não cumprida no prazo fixado, o Ministério Público promove a ação penal ou, caso a ação esteja em andamento, retomará seu curso normal.

O acordo é cabível nos seguintes delitos: a) culposos; b) patrimoniais cometidos sem violência ou ameaça; c) delitos menos graves definidos como aqueles que têm pena máxima inferior a 03 anos de privação de liberdade.

2.1.6. Panamá³⁵⁹

Os direitos penal e processual panamenho não prevêm a mediação ou a transação ou outra medida despenalizadora. Por conta disso, o Procurador-Geral da Nação³⁶⁰, por meio da Resolução 9, de 07 de agosto de 1995, criou mecanismo de conciliação (“concertación social”) entre ofendido e o autor do delito, quando se tratar de crimes que admitem a desistência da pretensão punitiva por parte da vítima.

O acordo entre as partes acarreta a desistência da promoção da ação penal por parte da vítima. Caso o acordo seja infrutífero, as partes são orientadas sobre seus direitos e deveres.

De acordo com a legislação panamenha é admissível a desistência da ação penal nos seguintes crimes: a) furto; b) lesão corporal e homicídio culposos; c) crimes com emprego de fraude; d) apropriação indébita; e) usurpação sem violência

³⁵⁹ Carlos Enrique Muñoz Pope, *Sistemas penales comparados*, *Revista penal*, n. 15, *passim*.

³⁶⁰ O equivalente ao Procurador-Geral da República brasileiro, chefe do Ministério Público Federal.

ou grave ameaça; f) dano; g) descumprimento dos deveres familiares; h) emissão de cheques sem fundos; i) calúnia e injúria; j) violação de domicílio quando não praticado com violência ou ameaça.

2.1.7. Polônia

O direito polonês divide as infrações penais em *crimes* e *delitos*. *Crimes* são infrações penais punidas com pena mínima igual ou superior a 03 anos de privação da liberdade. Todas as demais condutas são rotuladas de *delitos* ou infrações menos graves.

O direito polaco prevê institutos despenalizadores como o acordo e a reconciliação entre o prejudicado e o autor da infração penal tão-somente nos *delitos*.

Além do acordo são aplicáveis os institutos do submetimento voluntário a uma pena e a suspensão condicional do processo.³⁶¹

2.1.8. Uruguai³⁶²

A legislação penal uruguaia é avessa às medidas despenalizadoras e os institutos da conciliação e transação. A vítima praticamente está alijada do sistema penal, contrariando a tendência moderna em valorizá-la no campo penal.

A maioria dos crimes é de ação pública e poucas são as hipóteses em que se admite a isenção da pena por conta de um acordo entre ofendido e autor do delito. Um dos raros institutos é o perdão do ofendido.

³⁶¹ Bárbara Kunicka-Michalska, Sistemas penales comparados, *Revista penal*, n. 15, *passim*.

³⁶² Pablo Galaín Palermo, Sistemas penales comparados, *Revista penal*, n. 15, *passim*.

Destarte, a justiça consensual e as medidas despenalizadoras praticamente não existem no Uruguai.

2.1.9. Venezuela³⁶³

O Código Orgânico de Processo Penal venezuelano prevê o acordo reparatório entre autor e vítima como causa extintiva da punibilidade (arts. 40 e 41). Caso o acordo não seja cumprido, a investigação ou o processo retomarão seu curso normal.

Essa causa extintiva é permitida nos crimes que atingem bens jurídicos disponíveis de caráter patrimonial e nos delitos culposos contra pessoa física, que não tenham ocasionado a morte ou lesões graves.

Essa breve explanação mostra que no direito alienígena crescem as hipóteses de aplicação dos institutos despenalizadores, até em crimes de média gravidade. Além disso, intensa a aplicação de princípios constitucionais, em especial da lesividade e proporcionalidade para o reconhecimento da necessidade ou não da aplicação da pena.

3. Os princípios constitucionais como fundamento do conceito de infração penal de menor potencialidade lesiva

Tradicionalmente, os requisitos de um instituto jurídico e os critérios para o seu reconhecimento estão elencados no texto legal.³⁶⁴ O legislador fixa os requisitos que devem estar presentes (chamados de *positivos*) ou que não podem

³⁶³ Jesús Enrique Rincón Rincón, *Sistemas penales comparados, Revista penal*, n. 15, *passim*.

estar presentes (denominadas de *negativos*) para que o juiz possa aplicar algum instituto despenalizador ou que, de outra forma, beneficie o agente. A Lei n. 9.099/95 contempla os requisitos positivos no artigo 61, enquanto os negativos estão elencados no artigo 76, § 2º.

Fosse o legislador racional, não haveria qualquer contestação à observância estrita do texto legal. Entretanto, análise perfunctória da legislação pátria leva à conclusão de que não é possível ao intérprete ficar restrito aos requisitos estampados em lei.

No tocante aos crimes de menor potencial ofensivo, a legislação brasileira tem oscilado sobre os seus requisitos. De um lado possibilita a aplicação da transação em crime com pena superior a 2 anos: trata-se do artigo 291, parágrafo único, do Código de Trânsito, que permite a aplicação da *transação penal* no crime tipificado no artigo 306 do mesmo código, que tem pena máxima cominada de detenção de 3 anos. Por quatro anos (1998 a 2002), o mesmo artigo permitiu a transação nos crimes lesão corporal culposa no trânsito (art. 303) e competição não autorizada (art. 308) que, sob o prisma da redação original do artigo 61 da Lei n. 9.099/95,³⁶⁵ não eram de pequena gravidade pois a pena máxima cominada é de 02 anos.

De outra banda, o legislador excluiu do rol dos crimes de menor potencial ofensivo, ainda que a pena seja igual ou inferior a 02 anos, os crimes praticados contra mulher no âmbito doméstico.³⁶⁶

³⁶⁴ Exemplificativamente, artigos 16, 44, 77, 83, 155, § 2º, etc., do Código Penal.

³⁶⁵ Entretanto, com o advento da Lei n. 10.259/02, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e da Lei n. 11.313/06, que deu nova redação ao artigo 61 da Lei n. 9.099/95, conceituando como de menor potencial ofensivo os crimes com pena máxima cominada de 02 anos, esses delitos de trânsito foram incluídos no rol dos delitos menos graves.

³⁶⁶ Artigo 41 da Lei n. 11.340/06, *in verbis*: "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995".

Já o artigo 94 do Estatuto do Idoso determina a aplicação do procedimento da Lei n. 9.099/95 aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos. Essa previsão legal fez surgir duas posições: a) os crimes previstos no Estatuto do Idoso, que têm pena máxima igual ou inferior a quatro anos, passaram a ser de menor potencial ofensivo³⁶⁷; b) o Estatuto mandou aplicar tão-somente o *procedimento* dos Juizados Especiais, não ampliando o conceito de menor potencial ofensivo.³⁶⁸ Cremos que a segunda posição é a mais coerente.

Constata-se, portanto, que o legislador, de forma aleatória, pontual e abstrata, cria e muda os requisitos positivos e negativos do conceito de menor potencial ofensivo. Essa deficiência legislativa decorre, segundo o professor Paulo de Barros Carvalho, em suas magníficas aulas de lógica jurídica, da miscigenação do órgão colegiado dos Parlamentos democráticos, formados por representantes dos mais diversos segmentos sociais: empresários, artistas, índios, profissionais liberais, fazendeiros, juristas, etc. Por conseqüência, a literalidade da lei é uma das piores expressões do Direito.

Portanto, impossível ficarmos apenas com os requisitos legais. É preciso buscar, amparados na interpretação sistemática e nos princípios constitucionais, requisitos outros que não estejam elencados no direito positivo, isso porque “o método sistemático, momento em que o intérprete se volta para o sistema jurídico para observar, detidamente, a regra em cotejo com a multiplicidade dos comandos normativos que dão sentido de existência ao direito positivo (...) O

³⁶⁷ Portanto, a interpretação do art. 94 do Estatuto do Idoso, pelos métodos literal, teleológico e sistemático, revela que os crimes previstos nesta Lei, e somente nela: pela sua especificidade, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos, são *infrações penais de menor potencial ofensivo* (SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. *Infrações de menor potencial ofensivo no Estatuto do Idoso*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 239, 3 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4920>>. Acesso em: 06 maio 2007.

³⁶⁸ JESUS, Damásio E. de. *Notas críticas a algumas disposições criminais do Estatuto do Idoso*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 239, 3 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4894>>. Acesso em: 06 maio 2007.

método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a pujança que a ordem jurídica ostenta”.³⁶⁹

3.1. A legitimidade da função judicial de “criar” o Direito por meio de uma interpretação fundada nos princípios constitucionais

A questão crucial é saber se o juiz pode ou não ampliar o rol dos requisitos legais, os previstos na lei de regência, para a aplicação dos institutos despenalizadores em crimes que tenham pena máxima cominada superior a 02 anos ou deixar de aplicá-los quando a pena for inferior a esse limite.

Desde Montesquieu, com sua formulação tripartida, os Poderes são independentes, cabendo ao Judiciário interpretar e aplicar a lei vigente, e jamais criar uma lei, pois isso é de competência exclusiva do Poder Legislativo. Dentro dessa ótica, o juiz seria a “boca da lei” e não teria outro papel a não ser dizer o que é a lei, o que é que está escrito.³⁷⁰ Nesse contexto, lei e direito se confundem, são expressões sinônimas.

Não resta dúvida que ao juiz não é dado o direito de criar, fazer surgir uma lei, pois estaria invadindo a seara de outro Poder. Mas, ao aplicar o Direito a um caso concreto, pode fazer uso de princípios constitucionais e modificar o conteúdo de uma lei existente sem, contudo, fugir da finalidade de sua aplicação. Num Estado Democrático de Direito, não mais se concebe que o Judiciário deva ser um mero aplicador do texto legal.

³⁶⁹ Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*, p. 75.

³⁷⁰ Daimo de Abreu Dallari, *Independência da magistratura e direitos humanos*, p. 200.

O assunto é abordado com muita propriedade pelo jurista italiano Mauro Cappelletti quando questiona “se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito”.³⁷¹

A discussão não é recente e segundo Mauro Cappelletti, o filósofo e jurista Jeremy Bentham foi um dos primeiros críticos à criação do direito pelo juiz, propondo a codificação do direito inglês para assegurar maior grau de certeza nas decisões judiciais.³⁷²

Kelsen sustenta que há uma diferença apenas relativa entre as funções *criadora* e *aplicadora* do Direito. Para ele, a criação do Direito é sempre uma aplicação do Direito, pois ao elaborar uma lei o legislador deve aplicar os princípios elencados pela norma superior. Assim, ao criar uma lei (norma inferior), o legislador aplica outra lei (a norma superior). Em síntese, afirma que a legislação é criadora do Direito, mas levando-se em consideração a Constituição, descobrimos que é também aplicação de Direito. No tocante à decisão judicial, sustenta que é a aplicação das leis vigentes mas, ao mesmo tempo, uma norma individual é criada obrigando uma ou ambas as partes que estão em conflito.³⁷³

Em outra obra³⁷⁴ Kelsen sustenta que a decisão judicial não tem um simples caráter declaratório, mas um caráter constitutivo na medida em que o juiz ou o Tribunal devem buscar no ordenamento jurídico as normas que se adequam ao caso concreto, criando o direito para as partes intervenientes.

Prossegue o autor dizendo que a função criadora do Direito pela jurisprudência se torna mais visível nos chamados “precedentes judiciais”, com força

³⁷¹ *Juízes legisladores?*, p. 13.

³⁷² *Ibid.*, p. 17.

³⁷³ *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 193-4.

³⁷⁴ *Teoria pura do direito*, p. 264 e ss.

vinculante para o caso concreto e para terceiros.³⁷⁵ Nessa hipótese, “o Tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar”.³⁷⁶ Mas adverte que do mesmo modo que o poder legiferante, a decisão judicial é a continuação, não o começo do processo de criação jurídica.

No decorrer no século XX, a expansão do direito legislado também fez expandir o direito judiciário e o poder de criação dos juízes que, ao contrário do poder político, está condicionado aos limites processuais da causa que lhe é submetida.

Na crescente função de aplicação-criação do direito, o judiciário, em especial a Justiça Constitucional, assumiu o papel de contrapeso aos Poderes Políticos ao exercer o controle constitucional das leis e da gestão pública, no denominado processo de “judicialização da gestão”. No Brasil, com muita frequência a Suprema Corte, quer em ações diretas de inconstitucionalidade, quer incidentalmente, declara leis inconstitucionais e as retira do ordenamento jurídico.

A impossibilidade de as leis ordinárias preverem abstratamente o conteúdo dos princípios constantes das Constituições modernas faz com que o Judiciário submeta, no caso concreto, a uma prévia análise de sua correspondência com os princípios constitucionais, independentemente de seu reconhecimento explícito ou implícito na norma legal. Essa vinculação do juiz aos princípios e não à lei é incrementada pela teoria da argumentação jurídica, que é pensada obviamente para a aplicação do Direito e não para sua criação.³⁷⁷

³⁷⁵ O precedente judicial citado por Kelsen adotado no Brasil por meio da Emenda Constitucional n. 45, regulamentada pela Lei n. 11.417, de 19.12.2006, que criou a súmula vinculante.

³⁷⁶ *Teoria pura do Direito*, p. 278 e 283.

³⁷⁷ Cf. José Luis Díez Ripollés, op. cit., p. 74-5.

Dito isto, não há como negar a possibilidade de adoção de critérios outros que não os previstos em lei para a concessão de benefícios e/ou para o reconhecimento da menor potencialidade lesiva de um delito, desde que em consonância com os princípios fundantes recolhidos no ordenamento jurídico, em especial na Constituição Federal. Segundo essa orientação, que acreditamos ser a melhor, o juiz não é apenas a “boca da lei”, mas contribui para a criação do direito.

O juiz, que é um fiel seguidor de regras simplesmente porque elas existem, distancia-se do modelo que a sociedade espera e precisa. O juiz não pode esquecer que entre ele e a lei existe algo maior que é a Constituição, com todos os princípios e regras.

Na mesma linha as palavras do jornalista Carlos Alberto Di Franco, para quem “o formalismo jurídico sem vida pode matar a democracia. O que se quer não é a implementação da justiça à margem da lei e do direito de defesa, e, sim, um Judiciário que saiba encontrar, na interpretação das leis, os caminhos corretos para a realização da justiça e o combate à impunidade”³⁷⁸

Para Lenio Luiz Streck, o processo interpretativo implica em redefinições e acaba sendo um processo de criação, pois as leis desvinculadas do texto constitucional são terreno fértil para a atividade interpretativa/corretiva a ser realizada a partir da hermenêutica.³⁷⁹ Para o autor, essa interpretação pode resultar em sentenças aditivas e manipulativas ou modificativas. Nas primeiras o juiz adiciona ao conteúdo normativo da disposição impugnada uma regulação que faltava para assegurar sua conformidade com a Constituição. Nas manipulativas o

³⁷⁸ A hora do Judiciário, *O Estado de S. Paulo*, 04-06-2007, p. A2.

³⁷⁹ *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 462-4.

juiz acolhe uma tese e altera o conteúdo normativo da disposição impugnada, substituindo a norma contrária à Constituição.³⁸⁰

René Ariel Dotti sustenta que a jurisprudência está a serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica. Prossegue dizendo que “o magistrado deve subsumir a realidade do caso concreto ao modelo normativo, inserindo-o na respectiva hipótese abstrata e depois extrair a sua conclusão”. Com isso, o juiz será “o intermediário entre a norma e a vida, o instrumento vivente que transforma o comando abstrato da lei no comando concreto da sentença. Será a viva voz do Direito, ou mesmo a própria encarnação da lei”.³⁸¹

É nisso que reside a essência do nosso trabalho. Possibilitar aos operadores do direito a busca de requisitos outros que não os legais, para atribuir a um delito a condição de menor potencialidade lesiva.

Se o próprio conceito material de crime está fora do direito penal legislado, entendemos não haver óbice em buscar fora da legislação (mas sempre dentro do sistema jurídico) os requisitos que possibilitem o reconhecimento da pouca gravidade de um crime e, por conseqüência, a concessão de um benefício ao agente.

Para concluir, cabe trazer as palavras de Lenio Streck, quando afirma que o juiz deve adotar princípios constitucionais para embasar sua decisão, porque “lamentavelmente, passados quatrocentos anos, o princípio da proporcionalidade vem servindo muito mais para enfeitar dissertações e teses de doutorado do que

³⁸⁰ Ibid., p. 466.

³⁸¹ Jurisprudência e direito penal, *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, n. 58, p. 196-7.

para fundamentar sentenças judiciais, que deveriam ser o *locus* privilegiado de um princípio desse jaez”.³⁸²

3.2. Alguns exemplos de decisões extralegais amparadas nos princípios constitucionais

Ainda que timidamente, os intérpretes e os operadores do direito têm ampliado o rol de benefícios, como por exemplo, na permissão do aborto no caso de a gravidez resultar de atentado violento ao pudor. O artigo 128, II, do Código Penal permite a morte e a expulsão do feto se a gravidez resultar de estupro. Entretanto, em uma interpretação sistemática, tem-se permitido o aborto quando a gravidez resulta de atentado violento ao pudor.

Justificando o emprego da analogia, quer na justificante do aborto piedoso, quer na isenção de pena nos crimes patrimoniais praticados entre conviventes,³⁸³ o professor Miguel Reale Junior afirma que a razão fundante é a mesma, “preenchendo-se a lacuna existente na lei, pois a semelhança dos fatos revela a identidade da *ratio legis*, e legitima a aplicação da analogia, dando ao aborto em caso de gravidez decorrente da violência do atentado violento ao pudor o mesmo tratamento legalmente adotado em relação ao estupro”.³⁸⁴ O mesmo ocorre com as autorizações judiciais para a prática do aborto no caso de o feto sofrer de anencefalia, que não está prevista no artigo 128 do Código Penal.

Outro exemplo é a combinação de leis. Nelson Hungria sempre sustentou a impossibilidade da combinação de leis para um único caso concreto.

³⁸² *Direito penal em tempos de crise*, p. 9.

³⁸³ Aplicação da regra prevista no artigo 181, I, do Código Penal quando o crime for praticado em prejuízo de companheiro ou convivente.

³⁸⁴ Miguel Reale Junior, *Instituições de direito penal*, parte geral, v. 1, p. 97.

Para o autor “não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma *terceira lei*, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jôgo (sic). Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação *combinada* das duas leis”.³⁸⁵

Em sentido oposto, outros autores de renome da doutrina nacional têm aceitado a combinação de leis na medida em que beneficiar o autor,³⁸⁶ posição acolhida pelo Judiciário brasileiro, como no caso da combinação do artigo 14 da Lei n. 6.368/76 com o artigo 8º da Lei n. 8.072/90. Adotou-se a posição de que aquele dispositivo fora derogado, mantendo-se a sua descrição típica, mas com a pena do artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos, que é posterior e prevê uma sanção menos grave.³⁸⁷

Um pouco mais ousada a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, por conta do princípio da proporcionalidade, aplicou ao furto qualificado pelo concurso de pessoas, o aumento de pena previsto para o crime de roubo (art. 157, § 2º, II, do Código Penal). Assentou o Tribunal que o concurso de pessoas é mais grave no roubo do que no furto. Logo, desproporcional que no furto a pena seja dobrada e, no roubo, tão-somente aumentada de 1/3 a 2/3. Segundo o Tribunal “agride aos princípios da proporcionalidade e da isonomia o aumento maior da pena ao furto em concurso de agentes do que ao roubo em igual condição”.³⁸⁸

³⁸⁵ *Comentários ao código penal*, v. I, Tomo 1º, p. 109-10.

³⁸⁶ Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. I, p. 78; Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 109.

³⁸⁷ Também encontra amparo remansoso na jurisprudência deste excelso Tribunal a argumentação do impetrante no sentido da derrogação do art. 14 da Lei nº 6.368/76, que, embora ainda em vigor, teve sua pena alterada pelo art. 8º, caput, da Lei nº 8.072/90, passando ao limite máximo de seis anos (HCs 68.793 e 72.862) (STF, HC 83017/RJ, Primeira Turma, rel. Min. Carlos Britto, j. 02/09/2003, DJ. 23.04.2004, p. 00024).

³⁸⁸ Cf. Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 464.

Entretanto, os casos mais marcantes de decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais foram os relativos ao reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos legais que proibiam a concessão de benefícios, em especial a liberdade provisória e a progressão de regime. Assim, no tocante aos crimes hediondos, o Judiciário afastou a proibição de progressão de regime e o fez com fundamento no princípio constitucional da individualização da pena.³⁸⁹ Com relação à proibição da liberdade provisória para os crimes hediondos e para os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, a inconstitucionalidade foi amparada no princípio da presunção da inocência.³⁹⁰

O principal argumento do Supremo Tribunal Federal é que cabe ao juiz a análise das circunstâncias do caso concreto para conceder ou não um benefício.³⁹¹

A mesma controvérsia surge no tocante à concessão do perdão judicial previsto no artigo 107, IX, do Código Penal, cabível apenas nas hipóteses em que há previsão legal.³⁹² Sempre sustentamos que é possível a aplicação desse instituto fora dos casos previstos em lei, quando presentes os mesmos fundamentos.

³⁸⁹ STF, HC 82.959, Pleno, j. 23.2.06, rel. Min. Marco Aurélio.

³⁹⁰ ADin n. 3112, j. 02.05.2007). Ao justificar seu voto, o Ministro Cezar Peluzo disse “não confio em uma disposição legal que restringe a liberdade provisória” (Notícias do STF, 02.05.2007).

³⁹¹ Ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade do Estatuto do Desarmamento, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou “penso que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF). (...) Em outras palavras, o magistrado pode, fundamentadamente, decretar a prisão cautelar, antes do trânsito em julgado da condenação, se presentes os pressupostos autorizadores, que são basicamente aqueles da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. É dizer, cumpre que o juiz demonstre, como em toda cautelar, a presença do *fumus boni iuris*, e do *periculum in mora* ou, no caso, do *periculum libertatis* (ADin n. 3112).

³⁹² Exemplificativamente, elencamos alguns crimes que admitem o benefício: artigos 121, § 5º, 129, § 8º e 140, § 1º, do Código Penal, artigo 29, § 2º, da Lei n. 9.605/98 (Lei Ambiental) e artigos 302 e 303 do Código de Trânsito, aos quais é aplicável o perdão judicial previsto no Código Penal.

A título de exemplo, o crime de lesão corporal culposa praticado ao volante admite o perdão judicial. Entretanto, outros crimes de trânsito³⁹³ cuja prática também pode causar danos morais ou físicos no agente não prevêm o benefício. Destarte, se o motorista dirigir embriagado, se chocar contra um poste e, apenas ele, condutor, sofrer lesões gravíssimas, não terá direito ao benefício. Ou seja, os crimes mais graves (homicídio e lesões culposas – crimes de dano) admitem a concessão do perdão, enquanto o menos grave (dirigir sob influência de álcool – crime de perigo), não possibilita o benefício.

Ainda no tocante ao perdão judicial, sempre se entendeu que somente pode ser concedido na sentença que reconhece a procedência da acusação e a culpabilidade do réu. Na lição de Mirabete, “é na sentença (ou acórdão) que se concede o perdão judicial, após a conclusão sobre a culpabilidade do réu, não podendo ser recusado por este”.³⁹⁴

Diverso o pensamento de Fernando de Almeida Pedroso, para quem “a decisão concessiva do perdão judicial, que constitui causa de extinção da punibilidade, enverga natureza declaratória ou inculpatória e, em face dos efeitos que projeta, torna possível a concessão da mercê em qualquer fase da ‘persecutio criminis’, inclusive no decreto de arquivamento do inquérito policial”.³⁹⁵

Com o advento dos Juizados Especiais Criminais, temos que é perfeitamente possível a concessão do perdão judicial antes da sentença de mérito, pois impera nos Juizados Especiais os princípios da economia processual e da celeridade (art. 62), que exigem soluções rápidas e informais, com a menor

³⁹³ Os crimes direção perigosa de veículos automotores, nas modalidades de dirigir sob influência de álcool, disputar competição não autorizada, dirigir sem ser habilitado e trafegar em velocidade incompatível com determinados locais (arts. 306, 308, 309 e 311 do Código de Trânsito)

³⁹⁴ *Manual de direito penal*, v. 1, p. 397.

movimentação possível da máquina judiciária. Além disso, se é permitido aplicar pena sem sentença (pela transação penal), não pode haver empecilho à concessão de um benefício, que acarreta a extinção da punibilidade, antes da sentença condenatória.

Se esse não for o entendimento, teríamos o absurdo de o autor de uma infração penal de menor potencial ofensivo ser obrigado a recusar a proposta de transação e de suspensão do processo, ser processado para, na sentença final, ser agraciado com o perdão judicial.

Como se vê, na aplicação do Direito, o Judiciário tem se afastado da letra fria da lei, buscando no ordenamento a melhor interpretação para os institutos jurídicos, sempre desvendando o verdadeiro fim da norma. Nesse sentido, segundo Kelsen, “cria o Direito”. Ou, como sintetiza André Luís Callegari, “em face da concepção de proteção de bens jurídicos, alguns tipos penais agora vêm recebendo um novo tratamento pela jurisprudência, o que, diga-se de passagem, há muito já deveria ter sido feito”.³⁹⁶

3.3. Discricionariedade judicial autorizada pela legislação penal

No tocante à discricionariedade, juízes e promotores de Justiça já as têm na medida em que muitos institutos prevêm expressões abertas, que precisam ser adequadas ao caso concreto. Mais uma vez nos reportamos a Mauro Cappelletti, para quem “a interpretação significa penetrar nos pensamentos, inspirações e

³⁹⁵ Perdão judicial: natureza da sentença concessiva. Possibilidade de sua proclamação também como motivo para arquivamento de inquérito policial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 708, p. 277-80, out.1994.

³⁹⁶ *A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais*, p. 133-4.

linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los, reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar”.³⁹⁷

Exemplificativamente, no furto privilegiado a expressão “pequeno valor da coisa furtada” é conceituada pela doutrina e jurisprudência como equivalente a um salário mínimo, mas sem qualquer rigor, pois em muitos casos concretos é concedido o benefício quando a coisa tem valor maior. O artigo 44, § 3º, do Código Penal permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos reincidentes, “*desde que a medida seja socialmente recomendável*”, avaliação altamente subjetiva e patente a discricionariedade do juiz. O artigo 180, § 5º, do Código Penal atribuiu ao juiz a faculdade de concessão do perdão judicial na receptação culposa *tendo em consideração as circunstâncias* sem, contudo, explicitar quais seriam elas. Compete ao juiz analisar o caso concreto e decidir se há circunstâncias favoráveis.

A concessão de outros benefícios como o perdão judicial, liberdade provisória, etc., tem alta carga subjetiva, o que demonstra o poder de criação do direito pelo juiz pela interpretação e pela aplicação de princípios do Direito.

Em todos esses casos e em muitos outros, a lei não dá ao aplicador do direito uma diretriz objetiva e concreta. Por isso, a ele, operador, incumbe conceituá-los e adequá-los em cada caso, para melhor atender aos ditames de justiça, sempre tendo em conta o caráter utilitarista do processo.

Na Alemanha o Código Penal invariavelmente não fixa pena mínima para os crimes, ficando a sua fixação ao arbítrio do julgador.³⁹⁸ Outra peculiaridade

³⁹⁷ Ibid., p. 21

³⁹⁸ § 242. Hurto

(1) Quien sustraiga una cosa mueble ajena a otro en la intención de apoderarse antijurídicamente de ella para si o para un tercero, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

do direito alemão é que as formas privilegiadas estão previstas de forma vaga, com expressões “nos casos menos graves”.³⁹⁹

Assim, invariavelmente a legislação ordinária abre espaço para a discricionariedade e para a interpretação sistemática, permitindo que o judiciário não fique preso ao texto da lei e faça uma leitura constitucional do Direito Penal, buscando atingir o verdadeiro fim da norma.

Salienta-se que isso não possibilitará a concessão indiscriminada dos institutos despenalizadores, pois os mesmos estão condicionados aos requisitos subjetivos (primariedade, bons antecedentes, não ter sido agraciado com o mesmo instituto em período anterior, etc).

3.4. Possíveis objeções à “criação” do Direito pelo Judiciário

Uma das críticas à criação do direito pela jurisprudência está no fato de que o judiciário, principalmente nos países que adotam o sistema da *Common Law*, não tem representatividade social, pois seus membros não são eleitos e não prestam contas à sociedade. Por consequência, a criação do direito seria antidemocrática.

Segundo Mauro Cappelletti, essas objeções seriam válidas se as lideranças legislativa e executiva constituíssem perfeito paradigma de democracia representativa. Entretanto, nas sociedades pluralísticas, maior parte dos políticos

³⁹⁹ § 146. Falsificación de moneda

(1) Será castigado con pena privativa de la libertad no inferior a un año quien

(...)

(3) En casos menos graves del inciso 1 debe imponerse una pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. En casos menos graves del inciso 2 con pena privativa de la libertad de un año hasta diez años.

são eleitos e vinculados a certos grupos ou categorias, priorizando os valores e necessidades locais, corporativos ou do grupo.⁴⁰⁰

Falando sobre o sistema político-constitucional americano, Martin Shapiro afirma que “o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes”.⁴⁰¹

Ripollés, por seu turno, sustenta que na fase pré-legislativa de uma lei, predomina o dramatismo para cooptar a opinião pública, opinião essa que, na verdade não é a majoritária da sociedade, mas de especialistas que se dispõem a defender a aprovação da lei. Isso propicia a atuação dos grupos de pressão especializados que se sobrepõe ao grupo científico. Com essas características, a lei perde a racionalidade.⁴⁰²

Por outro lado, o judiciário não é tão carecedor de representatividade. Mesmo na *Common Law*, os juízes dos Tribunais Constitucionais são escolhidos e nomeados por critérios políticos. No Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são indicados pelo Poder Executivo e sabatinados pelo Poder Legislativo, o que lhes confere certo grau de representatividade popular.

Definido que o juiz pode e deve reconhecer como de pouca lesividade infrações penais que têm pena máxima superior a 02 anos, passemos à análise dos

⁴⁰⁰ Op. cit., passim.

⁴⁰¹ *apud* Mauro Cappelletti, op. cit., p. 95.

requisitos que devem ser observados, que denominamos de *requisitos positivos* e *requisitos negativos*.

4. Requisitos positivos para o conceito de menor potencialidade lesiva

Chegada a hora de apontar os requisitos de um crime de pouca ofensividade. Como já anotamos, esses requisitos podem ser positivos ou negativos. Os primeiros são aqueles que, embora recolhidos fora da lei regulamentadora dos Juizados Especiais, mas obrigatoriamente dentro do sistema jurídico e, em especial, na Constituição Federal, permitem a aplicação dos institutos despenalizadores aos crimes que têm pena máxima cominada superior a 02 anos.

Os requisitos negativos têm a função de excluir desse rol os crimes com pena abstrata igual ou inferior a 02 anos.

Passemos à análise dos requisitos positivos.

4.1. Disponibilidade do bem jurídico

O primeiro requisito positivo para o reconhecimento da pouca ofensividade de um delito é, sem sombra de dúvida, a disponibilidade do bem jurídico. Bem jurídico disponível é aquele que se situa na esfera de disponibilidade do aquiescente e, caso haja a aquiescência, ocorrerá uma causa supralegal de exclusão da ilicitude do fato.⁴⁰³

A honra e o patrimônio são, de acordo com o entendimento francamente dominante, bens jurídicos disponíveis. Por conta disso todos os crimes

⁴⁰² *A racionalidade das leis penais*, passim.

⁴⁰³ Por todos, Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 214.

contra a honra são de ação privada, sejam eles praticados por meio comum ou por meio da imprensa. Não obstante, pelo atual critério da legislação brasileira, a calúnia praticada por meio da imprensa⁴⁰⁴ tem pena máxima cominada de 03 anos e não é considerada de menor potencialidade.

Já os crimes patrimoniais praticados sem violência a pessoa, também tutelam bem jurídico disponível. Atualmente a ação penal é pública incondicionada, mas o projeto de reforma da Parte Especial do Código Penal que tramita no Congresso Nacional prevê que a ação seja pública condicionada à representação.

Se a vítima pode abrir mão do bem jurídico e permitir que ele seja lesado, sem que isso configure algum crime, plausível a utilização desse requisito para conceituação de menor potencialidade lesiva.

Aqui podemos mencionar também alguns crimes contra a relação de consumo que, pela nossa legislação,⁴⁰⁵ não são de menor potencialidade pois têm pena superior a 02 anos. Entretanto, como já observado no item 2, nessa espécie de delinquência é mais importante uma resposta reparadora do que punitiva.

Evidente que a disponibilidade do bem jurídico deve estar conjugada a outros requisitos, como as formas privilegiadas e a reparação do dano, de que trataremos a seguir.

4.2. Formas privilegiadas

Agregada à disponibilidade do bem, temos as formas privilegiadas que contemplam requisitos objetivos e subjetivos que permitem a fixação de penas menores ou substitutivas.

⁴⁰⁴ Artigo 20 da Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.

⁴⁰⁵ Leis n. 8.078/90 e 8.137/90.

Assim, no furto, na apropriação indébita, no estelionato e na receptação dolosa, sendo o agente primário e de pequeno valor a coisa furtada, apropriada ou receptada ou pequeno o prejuízo causado, cabível a redução da pena ou a aplicação tão-somente da multa.⁴⁰⁶

Na prática temos encontrado crimes patrimoniais que têm como objeto material coisas ou objetos de pouco valor. Muitos casos são extremamente singelos, como furtos simples de coisas de valores inferiores a um salário mínimo e até mesmo alguns furtos qualificados, como pular o muro e subtrair uma peça de roupa que se encontra no varal. O mesmo se diz em relação às apropriações indébitas e estelionatos que causam prejuízos menores, etc. Muitas vítimas desses pequenos delitos preferem não registrar a ocorrência, pois as inúmeras idas à delegacia e ao fórum para prestar depoimentos acabam acarretando prejuízo maior do que o causado pelo delito. É a chamada “vitimação secundária”.

Sob a ótica do princípio da ofensividade ou lesividade, essas condutas atingem o bem jurídico tutelado de modo tênue, o que torna desnecessária a movimentação da máquina judiciária para aplicação de uma pena que, de antemão, já se sabe será de multa ou restritiva de direitos.

Em julho de 2007 a mídia repercutiu a prisão em flagrante de uma doméstica, pelo furto tentado de sete peças de roupas, avaliadas em R\$ 230,00, em um grande magazine da Capital paulista. A autora é primária, mas ficou presa por três dias e está sendo processada. Segundo a notícia, o processo contava com 92 páginas e, até então, exigiu a intervenção de dois delegados, dois médicos legistas, dois oficiais de justiça, dois promotores, três defensores, dois juízes de primeira instância, um procurador e três desembargadores, num custo processual estimado

⁴⁰⁶ Artigos 155, § 2º, 170, 171, § 1º e 180, § 5º, segunda parte, do Código Penal.

de R\$ 370,00.⁴⁰⁷ Temos que embora a Lei n. 9.099/95 não considere a conduta de pouca lesividade, os princípios da lesividade e proporcionalidade permitem afirmar o contrário.

Ora, se os elementos colhidos no inquérito revelarem a ocorrência de um furto simples de objeto de pequeno valor e a análise dos registros policial e forense indicarem que o autor é primário e de bons antecedentes, terá direito ao reconhecimento das formas privilegiadas. Por consequência, a pena deverá ser uma das previstas no artigo 155, § 2º, do Código Penal e não a do “caput”.

Dito isto, podemos afirmar, com segurança, que a forma privilegiada de um delito que tutela bem jurídico disponível, pode incluí-lo no rol dos de menor potencialidade, ainda que a pena máxima cominada supere o limite legal de 02 anos.

4.3. Pena em perspectiva

A adoção da pena em perspectiva para o reconhecimento de qualquer instituto jurídico, como a prescrição, por exemplo, é tema por demais controverso. Entretanto, há casos em que antes mesmo da propositura da ação penal já se sabe, de antemão, qual será a pena aplicada.

Não se trata de um processo de adivinhação, mas de uma conclusão extraída das premissas do caso concreto. Assim, em um furto simples onde o autor é primário e menor de 21 anos, não resta a menor dúvida de que a pena será fixada no mínimo legal de 01 ano, pois não há elementos objetivos e subjetivos ou, em outras palavras, circunstâncias judiciais que autorizem a fixação acima do mínimo.

⁴⁰⁷ Furto de R\$ 230,00 vira novela sem fim, *O Estado de S. Paulo*, 22-07-2007, p. A4.

Aplicada no mínimo legal, a pena privativa de liberdade deverá ser substituída por uma pena restritiva de direitos ou tão-somente pela multa, nos termos do artigo 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal.

Mas, ainda que se argumente que a pena poderia, em tese, ser fixada acima do mínimo, isso não implicaria em mudanças na sanção, pois ainda assim seria possível a substituição por duas penas restritivas ou, se fosse o caso, conceder a suspensão condicional da execução da pena (“sursis”).

Na prática a pena em perspectiva vem sendo utilizada para a concessão de benefícios, em especial a liberdade provisória. Assim, quando uma pessoa é presa em flagrante por um crime que admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (estelionato, furto simples, furto qualificado, porte ilegal de arma, etc.) e presentes os requisitos subjetivos, normalmente se concede a liberdade provisória, pois não é justo mantê-lo preso durante o processo se existe a possibilidade concreta de se colocá-lo em liberdade após a condenação.

Também com fundamento na pena em perspectiva já se concedia a liberdade provisória aos autores do crime tipificado no artigo 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03). Embora o artigo 21 dessa lei proibisse⁴⁰⁸ a concessão da liberdade provisória, a pena cominada para esse crime é de reclusão de 03 a 06 anos. Em caso de condenação, sendo o autor primário e de bons antecedentes receberá pena mínima ou, quando muito, pouco acima da mínima, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Ora, nessas circunstâncias, embora a lei proibisse a concessão da liberdade provisória, o Judiciário, corretamente, vinha concedendo o benefício

⁴⁰⁸ A proibição da liberdade provisória foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal em 02.05.2007 (ADin n. 3112).

porque, pela pena em perspectiva, o agente teria direito às penas alternativas à prisão. E, como já dito, não se pode manter alguém preso quando há perspectiva de soltá-lo por ocasião da sentença.

Por fim, a pena em perspectiva vem, paulatinamente, sendo adotada para o fim de reconhecer a prescrição. Exemplificativamente, em um processo de furto simples em que o autor é primário e menor de 21 anos, a sua pena deverá ser a mínima ou pouco acima da mínima (01 a 02 anos de reclusão), que prescreve em 04 anos. Com a menoridade, o prazo prescricional é reduzido pela metade (02 anos). Caso esse prazo já tenha decorrido entre causas interruptivas, não há como deixar de reconhecer a prescrição, embora pela pena máxima cominada a prescrição não tenha ocorrido.

Em processo que tramitou pela Comarca de Marília, o ilustre Magistrado Guilherme Eduardo Mendes Tarcia e Fazzio, ao reconhecer a prescrição pela pena em perspectiva, assim se pronunciou: “não se trata de afastar o direito de ação porque seria desfavorável o provimento final de mérito, antecipando decisão de mérito. Ao contrário. Considera-se que ainda que favorável seja o provimento de mérito ao autor, isto é, a procedência da pretensão condenatória, nenhuma utilidade ela terá porque não poderá ser aplicada a pena. Seria uma persecução sem ‘jus puniendi’”. Portanto, a ação é natimorta, o processo é inútil e desnecessário ao Estado-autor, porque é inviável a efetivação da pretensão de punir por meio de eventual provimento judicial favorável. Seria mero exercício de instrumento sem finalidade; forma sem conteúdo”.⁴⁰⁹

Na mesma esteira o ensinamento de Maurício Antonio Ribeiro Lopes para quem “não é adequada a providência jurisdicional que impõe ao condenado

⁴⁰⁹ Processo 019/02, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Marília-SP.

pena, quer privativa de liberdade, quer restritiva de direitos ou pecuniária que não possa ser executada, restando como mero símbolo de reprovação judicial sem efetividade e sem corresponder, minimamente, às expectativas do autor e da sociedade... Quando apenas sanção máxima interferir no estabelecimento de um novo prazo prescricional, que é lícito aos envolvidos na lide, Promotor de Justiça e Juiz de Direito debruçaram-se sobre os autos em busca dos elementos erigidos pelo art. 59 como razões determinantes da escolha da quantidade de pena, para antecipação do juízo quantitativo, amoldação desse valor à tábua do art. 109, e a conseqüente verificação concreta da existência de interesse de agir do Ministério Público”.⁴¹⁰

A jurisprudência gaúcha foi a pioneira no reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva.⁴¹¹

Destarte analisando-se o caso concreto e constatando-se a possibilidade de fixação de pena restritiva de direitos ou multa e preenchendo o agente os requisitos subjetivos, não vemos óbice em submeter o fato aos institutos do Juizado Especial Criminal, ainda que a pena máxima cominada seja superior a 02 anos.

⁴¹⁰ O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 3, p. 129-150.

⁴¹¹ A respeito: “Recurso estrito. Prescrição antecipada. Se o processo não for útil ao Estado, sua existência é jurídica e socialmente inútil. O interesse de agir é categoria básica para a noção de ‘justa causa’ no processo penal, e exige da ação penal um resultado útil. Sem aplicação possível de

4.4. Reparação do dano

Como estudado no Capítulo V, a reparação do dano no âmbito penal tem ganhado espaço em todas as legislações, pois é sabido que, em muitos crimes, à vítima mais interessa uma contraprestação de que a punição do autor do crime.

A reparação do dano tem ganhado corpo e aparece na legislação brasileira sob muitas nuances: causa extintiva da punibilidade, condição da suspensão da execução da pena e da suspensão do processo, etc.

Já dito que a reparação do dano não poderia acarretar a extinção da punibilidade em crimes como na apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 2º), sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 1º) e crimes de sonegação fiscal (art. 34 da Lei n. 9.249/95), pois são delitos que atingem bens coletivos e são considerados graves. Isso dá a sensação de que o dinheiro pode levar à impunidade.

Entretanto, nos crimes patrimoniais contra bens individuais e praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, principalmente naqueles em que o patrimônio não foi lesado de forma tão intensa, a reparação voluntária do dano restaura a convivência entre as pessoas e, portanto, a pena pode ser mais branda.

Como já anotado, essa possibilidade foi prevista pelo artigo 164, § 2º, do Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor. Por esse dispositivo, a reparação do dano antes da denúncia permitia a aplicação das penas previstas para o furto privilegiado. Essa mesma disposição era prevista para os crimes de apropriação indébita (art. 182), estelionato (art. 183, § 3º), fraude no comércio (art. 187, 3º) e receptação (art. 195, parágrafo único).

sanção, inexistente justa causa para a ação penal" (TJRS, SER 70003944857, 8ª C., rel.Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 22.05.2002).

Por isso, a reparação do dano nos crimes que tutelam bens jurídicos disponíveis pode transmutar o delito que tem pena máxima cominada superior a 02 anos em de menor potencialidade lesiva, possibilitando a aplicação de medidas despenalizadoras.

Em conseqüência, advogamos a revogação dos dispositivos legais que determinam a extinção da punibilidade pela reparação do dano. Essa previsão legal incentiva a criminalidade na medida em que a pessoa pratica o crime e, caso seja descoberta, repara o prejuízo e fica impune.

5. Requisitos negativos para um conceito de menor potencialidade lesiva

Requisitos negativos são aqueles que impedem a aplicação de um instituto benéfico ao agente. A Lei n. 9.099/95 já prevê três requisitos negativos (art. 76, § 2º), todos ligados ao agente⁴¹² que impedem a aplicação da transação penal.

Sustentamos a inclusão de outros requisitos negativos: um ligado à vítima (dignidade humana) e outro ligado ao fato (desvalor da conduta e do resultado).

5.1. Dignidade humana

Como já anotado anteriormente, o princípio da dignidade humana é a viga mestra do sistema penal. Nas palavras de Antonio Carlos da Ponte⁴¹³, é a norma fundamental hipotética do direito penal.

⁴¹² Ausência de condenação definitiva à pena privativa de liberdade; já ter transacionado há menos de 05 anos; personalidade do agente.

⁴¹³ Palestra proferida no II Congresso do Instituto Nacional de Direito, em Marília-SP.

Confrontando-a com o direito à propriedade, Jorge Miranda afirma que a Lei Fundamental portuguesa “vem salientar que os direitos, liberdades e garantias respeitam, primeiro que tudo, ao ser da pessoa e não ao ter; que a liberdade prima sobre a propriedade; que a protecção que a pessoa como titular de bens possa merecer na vida económica se oferece secundária em face da protecção do seu *ser* (sic).⁴¹⁴ Isso é que deve nortear a criação de tipos penais, a proporção das sanções e o cumprimento das penas.

A dignidade da pessoa humana engloba, necessariamente, o respeito e a protecção da integridade física e emocional da pessoa. Disso decorre a proibição da pena de morte, das penas cruéis, tortura, da utilização de pessoas para fins científicos, etc.

Comumente se fala em dignidade da pessoa como sinónimo de “direitos humanos”, relacionada com as condições em que pessoas condenadas cumprem suas penas. Na literatura penal a discussão sobre a dignidade da pessoa humana está centrada mais na pessoa do autor do crime do que na pessoa atingida pela conduta criminosa.

Não bastassem os casos penais, uma outra medida restritiva vem causando perplexidade. Trata-se da infidelidade do depositário no contrato de alienação fiduciária em garantia, onde se executa medida de privação da liberdade no âmbito do Juízo Cível. Isso é reflexo da ênfase dada pelo Direito ao património, em detrimento da dignidade da pessoa humana.⁴¹⁵

⁴¹⁴ *Manual de direito constitucional*, v. IV, p. 173.

⁴¹⁵ Em julgamento realizado no dia 15.05.2007, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou constitucional a prisão do depositário infiel (RHC n. 90759-MG). O ministro Marco Aurélio foi voto vencido, sustentando “com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica (tratado sobre direitos humanos), somente a prisão civil decorrente de obrigação ligada à prestação alimentícia inescusável seria constitucional.

Neste trabalho, o enfoque será distinto. Não se cuida da proteção da dignidade do autor do crime, mas da análise da importância do bem jurídico lesado e das consequências do delito para a vítima sob a ótica do princípio constitucional da dignidade humana.

Dentro desse contexto, soa estranho que condutas que atentem contra bens jurídicos ligados à dignidade da pessoa, em especial à vida, a integridade física e a autodeterminação, possam ser tidas como de *menor potencial ofensivo*.

Inadmissível diante da atual realidade social, em que a violência doméstica, tão alardeada como fonte de desestruturação de famílias, de jovens e adolescentes, possa continuar sendo punida com penas alternativas e que seus autores não se submetam aos rigores de uma condenação.

No tocante à lesão corporal de natureza leve praticada no âmbito doméstico em boa hora o legislador elevou a pena máxima para 03 anos⁴¹⁶, o que, pelo critério legal (pena máxima cominada não superior a 02 anos), exclui a pouca ofensividade da conduta. Também foram excluídos do rol de menor potencialidade os crimes praticados no âmbito doméstico contra as mulheres⁴¹⁷, ainda que com pena máxima inferior a 02 anos, e o sustentáculo dessa exclusão está no princípio da dignidade humana, na medida em que a Lei n. 11.340/06 prevê que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º).

Como se vê, a dignidade humana já foi consagrada pela legislação para a exclusão de benefícios a autores de crimes contra as mulheres. Com esse fundamento constitucional e legal, temos que é possível estender a proibição a

⁴¹⁶ Artigo 129, § 9º, do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 44 da Lei n. 11.340/06.

⁴¹⁷ ⁴¹⁷ O legislador não deveria ter limitado a aplicação da lei à violência contra a mulher, pois há outras condutas, como surrar um filho, por exemplo, que tem a mesma gravidade e consequências.

outros crimes como, por exemplo, os praticados no âmbito doméstico contra pessoas do sexo masculino que também atingem a dignidade da vítima, como maus tratos, constrangimento ilegal, lesões corporais, etc.

Na legislação especial encontramos o mesmo problema. Assim, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), os crimes relacionados com a liberdade (art. 230 e 234)⁴¹⁸ e dignidade (art. 232)⁴¹⁹ são de menor potencial ofensivo. No Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), encontramos o mesmo tratamento legal discrepante, pois as condutas típicas ligadas à pessoa (arts. 96, 97, 99),⁴²⁰ são de menor potencial ofensivo, enquanto as ligadas ao patrimônio,⁴²¹ não estão nesse rol.

De tudo que foi dito, pode-se concluir que os crimes que atingem a integridade física e liberdade individual podem ser excluídos da competência dos Juizados Especiais desde que, no caso concreto, os aplicadores da lei entendam que a dignidade foi atingida de modo grave.

A inserção da dignidade humana como requisito negativo ao reconhecimento da pequena potencialidade lesiva, possibilitaria ao juiz, na análise do caso concreto e diante do resultado lesivo, excluir o crime do rol daqueles de menor potencialidade lesiva como, por exemplo, as lesões corporais culposas graves e gravíssimas, lesões dolosas leves que atentam contra a dignidade da pessoa⁴²², maus tratos contra uma criança de tenra idade, etc.

⁴¹⁸ Esses artigos tratam da privação ilegal da liberdade da criança.

⁴¹⁹ Esse artigo trata da colocação da criança em situação vexatória ou constrangedora.

⁴²⁰ Esses artigos tratam da discriminação omissão de socorro e exposição da vida a perigo.

⁴²¹ O crime de apropriação indébita de bens do idoso, p. ex., tem pena máxima cominada de 04 anos (art. 102).

⁴²² Um jovem ser surrado na via pública ou em locais públicos por inúmeras pessoas.

5.2. A conjugação do desvalor da ação e do resultado

Ao comentar os projetos de lei sobre crimes de menor potencial ofensivo, Alberto Zacarias Toron sustenta que o critério definidor deve mesclar o desvalor do ato e o do resultado de uma determinada infração penal.

Entendemos correta essa postura porque, invariavelmente, a análise isolada de um ou de outro não é suficiente para dizer ser o fato é ou não grave.

Juan Busto Ramírez afirma que sobre o assunto há duas posições: de um lado, von Liszt e Mezger sustentam que o conteúdo material do injusto penal da ação típica e antijurídica é a lesão ao bem jurídico ou o desvalor do resultado. De outro, Welzel com a teoria finalista que desloca o dolo e a culpa para a conduta, o conteúdo material está na conduta ou o desvalor da ação. Para Ramírez, nenhum deles, isoladamente, é suficiente, devendo haver uma análise conjunta para se chegar ao desvalor da relação social.⁴²³

Segundo Roxin, embora haja alguma divergência na doutrina, a proteção do bem jurídico é amplamente reconhecida pela doutrina moderna.⁴²⁴

Estabelecida a premissa, cremos que para conceituar um crime de pouca lesividade, é preciso conjugar a ação e o resultado. Focar somente um deles pode levar a situações injustas. Assim, na culpa em sentido estrito, a ação tem uma censura menor. Entretanto, dessa ação podem advir resultados graves, como a morte ou lesões gravíssimas em uma pessoa. Evidente que esse resultado não pode ser considerado insignificante.

Por outro lado, no crime doloso, o pequeno resultado nem sempre revela conduta menos grave. Assim, se cinco pessoas ingressam em uma

⁴²³ *Bases críticas de um nuevo derecho penal*, p. 23-40.

⁴²⁴ *Derecho penal: parte general*, T. I, p. 70.

residência, arrombam portas, reviram todo o imóvel, picham as paredes com palavras ofensivas ao morador, mas subtraem bens de pouco valor, o resultado é ínfimo, mas a conduta é grave.

Destarte, não é possível colocar como requisito de menor potencialidade, tão-somente a conduta ou o resultado. É preciso conjugá-los em cada caso concreto para extrair a conclusão da pouca lesividade do fato como um todo.

6. Proposta para modificação da Lei n. 9.099/95

É chegada a hora de uma proposta concreta de modificação da legislação brasileira sobre menor potencialidade lesiva. De tudo que foi exposto, podemos dizer que é possível aplicar os institutos despenalizadores da conciliação (para os crimes de ação privada e pública condicionada) e transação aos autores das seguintes infrações penais:

a) contravenções penais

As contravenções penais são, por excelência, infrações de pouca lesividade. Há muito se sustenta a descriminalização dessas condutas, transformando-as em ilícitos civis ou administrativos. Na Alemanha foram incluídas no chamado “direito de mera ordenação social” e as infrações denominadas de *contra-ordenações*. Foram incluídas nesse rol todas as contravenções penais e os delitos a que se cominava tão-somente pena de multa.

Em todos os projetos e anteprojetos de lei que tratam dos crimes de menor potencialidade lesiva, as contravenções estão no rol dessa espécie de infração penal.

b) crimes dolosos com pena máxima cominada igual ou inferior a 02 anos, desde que não ofendam a dignidade da vítima

Aqui se adota o critério objetivo da pena máxima, mas ante o princípio da dignidade humana, não é possível falar-se em menor potencialidade lesiva por conta da violência real, que acarreta danos irreparáveis à dignidade da pessoa.

A conduta de surrar constantemente a mulher, companheira ou namorada; a agressão a um jovem por inúmeras pessoas em público causando-lhe lesões que o impossibilitam de ficar sem trabalhar ou estudar por 15 dias; agredir alguém e obrigá-lo a se mudar da cidade; submeter idoso a condições desumanas e degradantes ou não prover às suas necessidades básicas, etc., não podem ser consideradas de menor potencialidade, pois atingem profundamente a dignidade da pessoa.

Anota-se que a legislação brasileira já adota essa exceção para os crimes praticados no âmbito doméstico contra a mulher.⁴²⁵ Entretanto, essa exceção é por demais acanhada, pois outras situações, como a agressão ao filho, ao pai, etc., têm a mesma gravidade e não podem ser consideradas de pouca lesividade.

⁴²⁵ Lei n. 11.340/06.

c) crimes culposos que não resultem na morte ou lesão grave ou gravíssima na vítima

O desvalor do resultado tem importante função na conceituação de crimes. Como já anotado, interessa ao Direito Penal condutas que efetivamente atingem bens jurídicos importantes.

Por outro lado, o resultado grave, quer pela morte, quer pelas lesões graves ou gravíssimas, retira a condição de menor potencialidade lesiva, pois não se concebe que com um desses resultados o crime possa estar contido na definição material de infração de menor potencial ofensivo.⁴²⁶

Não se descuida que nos crimes culposos é irrelevante, para efeito de tipificação, a gravidade das lesões. Entretanto, não podem ser equiparados para efeito de punição, uma lesão leve e uma lesão gravíssima consistente em deixar a vítima tetraplégica. Aqui, deve ser considerada a dignidade humana da vítima.

No tocante ao resultado de um delito, já anotamos que as formas privilegiadas de um crime patrimonial é um requisito positivo para a conceito de pouca lesividade.

d) crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, na forma privilegiada

As figuras privilegiadas dos crimes contra o patrimônio permitem ao juiz aplicar tão-somente a pena de multa. Diante da pena em perspectiva por conta da demonstração dos critérios subjetivos, a sanção sempre será alternativa à prisão.

⁴²⁶ Cf. René Ariel Dotti, *Curso de direito penal*, p. 663.

Sustentamos que mesmo nos crimes qualificados, presentes os requisitos do privilégio, é possível considerá-los de pouca lesividade. A experiência forense mostra que inúmeros furtos qualificados pelo concurso de pessoas são de pouca expressão.

e) crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que tenha havido reparação do dano

A reparação do dano tem sido adotada até como causa extintiva da punibilidade.⁴²⁷ Discordamos desse posicionamento e entendemos que para os crimes que atingem o patrimônio individual e que não estão inseridos na forma privilegiada, a reparação do dano deve funcionar tão-somente como causa de mitigação da pena.

Assim, o autor de um crime de apropriação indébita, de estelionato na modalidade de cheque sem fundos, de um furto etc. que voluntariamente restituiu o valor à vítima, poderia ser sancionado de forma mais amena, no modelo da Justiça Consensual.

O direito pátrio já prevê o instituto do arrependimento posterior⁴²⁸, mas em muitos casos a sua adoção terá reflexos tão-somente na sentença final. Em um crime de furto, onde o desvalor da conduta não for intenso, havendo a reparação do dano, a pena máxima cominada continua sendo superior a 02 anos,⁴²⁹ o que impossibilita a sua inclusão no rol daqueles de menor potencialidade lesiva.

⁴²⁷ Artigos 168-A, § 2º, do Código Penal e 34 da Lei n. 9.249/95 prevêem a extinção da punibilidade nos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação fiscal, curiosamente, crimes graves por lesarem o erário.

⁴²⁸ Artigo 16 do Código Penal, que tem como consequência a redução da pena.

CONCLUSÃO

Demonstramos que segmento majoritário da doutrina contemporânea sustenta que o Direito Penal só deve intervir para a proteção de bens jurídicos relevantes e quando atingidos de forma intensa, adotando-se a postura subsidiária e fragmentária ou, em outras palavras, de *ultima ratio*.

Com isso, cresce a adoção do consenso no Direito Penal e, por consequência, das medidas despenalizadoras para os crimes de menor lesividade.

Este trabalho procurou estabelecer novas diretrizes para o conceito de pequena lesividade. Sem abrir mão do atual conceito da lei brasileira (pena máxima cominada), buscaram-se nos princípios constitucionais do Direito Penal elementos para alargar esse conceito e possibilitar a sua aplicação em crimes que têm pena máxima superior a 02 anos, bem como para restringi-lo e impedir a sua aplicação em crimes com pena máxima inferior ao limite legal.

Demonstramos que o conceito de pouca lesividade não pode ser dado apenas pelo legislador. É preciso deixar margem de atuação aos operadores do Direito para que, na análise do caso concreto, apurem a real gravidade do fato típico.

Nesse contexto, demonstrou-se que a legalidade material e seus corolários, como os princípios da lesividade, da proporcionalidade e da insignificância, dão suporte necessário para a intervenção mínima da Justiça Penal e, invariavelmente, a adequação do fato à norma depende de uma análise subjetiva daqueles que têm competência no julgamento.

⁴²⁹ Como a Lei n. 9.099/95 fala em “pena máxima”, o percentual de redução deve ser o mínimo (1/3).

Com isso, na busca do conceito de pouca lesividade, criaram-se duas espécies de requisitos: positivos e negativos. Os requisitos positivos têm o condão de incluir no rol de menor potencialidade alguns crimes com pena superior a 02 anos de prisão. Os negativos têm a função de excluir desse rol os crimes com pena inferior a 02 anos.

Como requisitos positivos apontamos a disponibilidade do bem jurídico, as formas privilegiadas dos crimes patrimoniais, a pena em perspectiva e a reparação do dano. Como requisitos negativos apontamos a dignidade humana e o desvalor da conduta e do resultado, analisados conjuntamente.

Alguns dos institutos que adotamos como indicadores para um conceito de menor potencialidade, ainda não foram bem assimilados pela ciência jurídica, bem como pela dogmática. A pena em perspectiva tem sido apontada como uma afronta à convicção do magistrado, pois está se pretendendo adivinhar ou antecipar a decisão final, o que seria proibido por atentar contra a imparcialidade do magistrado. Procuramos demonstrar que não se trata de um processo de adivinhação, mas a projeção dentro de critérios objetivos apurados com critério com rigor e critério.

A reparação do dano como fator indicativo da menor potencialidade é criticada por permitir o benefício aos mais abastados, alijando os pobres dessa benesse.

Poder-se-ia dizer que deixar a cargo do juiz a fixação do conceito é muito temerário, pois há juízes rigorosos e há juízes liberais. A essa afirmação respondo com uma pergunta: por acaso o legislador tem sido racional? O que seria melhor, conceituar abstratamente um crime de menor potencial ofensivo ou deixar para as partes intervenientes (juiz e promotor) analisarem o caso concreto e daí,

com critérios balizados pela legislação e pelos princípios constitucionais, dizer se o crime é ou não de pouca gravidade?

Demonstramos que em muitos casos o juiz já tem bastante discricionariedade: escolha da pena e regime; concessão de liberdade provisória; substituição da pena aos reincidentes não específicos; concessão ou não do direito de recorrer em liberdade, etc.

A própria lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei n. 9.099/95, no artigo 76, § 2º, III, indica critérios subjetivos negativos, todos ligados à pessoa do autor do fato, deixando a cargo dos operadores do Direito decidirem se propõem ou não a transação.

O Direito precisa acompanhar a evolução social. Ninguém discorda que a criminalidade atual é bem diferente daquela que ocorria em meados do século passado. Ninguém discorda que a segregação de pequenos infratores traz mais malefícios de que benefícios.

Ante esse cenário, é preciso ter coragem para inovar, deixando à margem desconfianças inúteis.

Não se pretende deixar única e exclusivamente a cargo dos operadores do Direito a tarefa de conceituar essa espécie de crime. Ao contrário, há necessidade de a lei prever alguns critérios objetivos e subjetivos, mas com margem de negociação às partes intervenientes (autoridades, vítima e autor).

Com isso e parafraseando Gustav Radbruch, não propomos algo melhor que o Direito Penal, mas sim um Direito Penal melhor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, 493.
- ALMEIDA, Dalva Rodrigues Bezerra de. *Princípio da insignificância e juizados especiais criminais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, 191 p.
- ALMEIDA, Lauro de. *Código penal alemão: direito comparado*. São Paulo: José Bushatsky/EDUSP, 1974.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Constitucionalidade da Lei nº 10.259/01: desvirtuamento do princípio isonômico, interpretação equivocada e juízes-legisladores. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2903>>. Acesso em: 31 jul. 2007.
- ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações theoricas e praticas ao código criminal*. Rio de Janeiro: Typ. De Pinheiro & Companhia, 1864.
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J.H. Mizuno, 2005, 427 p.
- AMENDOLA NETO, Vicente. *História e evolução do direito penal no Brasil*. Campinas: Julex, 1977.
- ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito penal simbólico e finalidade da pena. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 171, p. 2-3, fev. 2007.
- ARAGÃO, Antonio Muniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

- ASÚA, Luís Jimenez de. *Códigos Penales iberoamericanos: estudio de legislacion comparada*. Caracas: Andrés Bello, 1946.
- _____. *La ley y el delito: principios de derecho penal*. Buenos Aires, Editorial Sudamerica, 1967.
- _____. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1976.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Os princípios da política criminal das recentes reformas e projetos da América Latina. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, v. 29: 81-101, jan./jun. 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BATISTA, Nilo. Práticas penais no direito indígena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, n. 31, p. 75-86, jan./jun., 1981.
- _____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 136. p.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 3, 299 p.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 139 p.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 163 p. (Série As Ciências criminais no século XXI: vol. 7).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed., rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da lei n. 9714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, 748 p.

CALLEGARI, André Luís. O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, p. 9, jul. 1997.

_____. A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007, p. 133-49.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002, 205 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. aum. Coimbra: Almedina, 1989, 913 p.

_____. Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 58, p. 329-45, jan./fev., 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, 134 p.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, v. II, 573 p.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, 172 p.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. at. de acordo com a Constituição Federal de 1998. São Paulo: Saraiva, 1993, 374 p.
- CARVALHO, Salo de. Descodificação penal e reserva de código. *Revista da Associação Mineira de Estudos da Justiça Criminal*. n. 1, p. 73-76, jan./jul., 2000.
- CARVALHO, Salo; CAMPOS Carmen Hein de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise desde o feminismo e o garantismo. *Revista de Estudos Criminais*. n. 19, p. 53-63, jul./set. 2005
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 286 p.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2.ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 278 p.
- COELHO, Edihermes Marques. O conceito de crime e a aplicação do princípio da insignificância. *Caderno de Estudos Jurídicos Contemporâneos*. Uberlândia, v. 1, p. 60-8, ago. 2001.
- CONDE, Francisco Muñoz. O “moderno” direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro, p. 37-42, 1997.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 50, p. 237-279, set./out., 2004.
- COSTA, António Manuel de Almeida. Alguns princípios para um direito e processo penais europeus. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. [s.l.] Aequitas Editorial Notícias, v. 1, p. 199-215, jan./mar., 1994.

- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, 154 p.
- COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, p. 91-102, jul./set., 1994.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa (Estudos e Monografias), 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime: da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 122 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Independência da magistratura e direitos humanos. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. Associação Juízes para a democracia, p. 197-213, 2001.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo – Coimbra: Revista dos Tribunais – Coimbra Editora, 2006, 506 p.
- DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Qual o caminho seguro para uma 'Gesamte Strafrechtswissenschaft', nesses tempos de fatos puníveis secundários?*. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo – Coimbra: Revista dos Tribunais – Coimbra Editora, 2006, 506 p.

- DI FRANCO, Carlos Alberto. A hora do Judiciário. *O Estado de S. Paulo*, 04-06-2007, p. A2.
- DIAS, Fábio Freitas. *Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicado às infrações tributárias. Uma análise à luz da concepção de Estado social e democrático de direito*. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo – Coimbra: Revista dos Tribunais – Coimbra Editora, 2006, 506 p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do direito penal português: princípios e orientações fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, v. 58, p. 5-42, 1972.
- _____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 372 p.
- DOBÓN, María del Carmen Alastuey. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, 485 p.
- DOSSETTI, Giuseppe. *La violenza nel matrimonio in diritto canônico*. Milano, Societa Editrice Vita e Pensiero, 1943.
- DOTTI, Renné Ariel. Um pouco da história luso-brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 175-87, abr./jun., 1995.
- _____. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba/São Paulo: Libero-Tecnica/Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Curso de direito penal: Parte Geral*. 2. ed. rev., at. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 779 p.

- _____. Jurisprudência e direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 58, p. 195-203, jan./fev., 2006.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed., rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 288 p.
- FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. *Revista do Ministério Público*. n. 61, p. 29-49, jan./mar., 1995.
- _____. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 766 p.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. 1. ed., 3. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, 687 p.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 290 p.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos/Saraiva/Max Limonad, 1962.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed., at. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, 585 p.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais...
- GARCIA, Waléria Garcelan Loma. *Arrependimento posterior*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, 184 p.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006, 496 p.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, 424 p.

- _____. O princípio da legalidade como limite do 'ius puniendi' e proteção dos direitos fundamentais. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007, p. 151-75.
- GOMES, Luiz Flávio & YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Trad. 2ª parte Lauren Paoletti Stefanini; revisão da tradução Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 13), 144 p.
- GOMES, Luiz Flávio. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, fascículo especial de lançamento, 88-109, dez. 1992.
- _____. Projeto de criação dos Juizados Especiais Criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 9: 279-290, já.mar. 1995.
- _____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 116 p. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6).
- _____. GOMES, Luiz Flávio. Infração bagatelar imprópria . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 960, 18 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7984>>. Acesso em: 21 jun. 2007.
- GOMES, Mariângela Gomes de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 246 p.
- GONZAGA, João Bernardino. *O Direito penal indígena: a época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s.d.
- _____. Considerações sobre o pensamento da escola positiva. *Ciência penal* 3. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 369-395.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*.

Niterói-RJ: Editora Impetus, 2005, 191 p.

GREPPI, Andrea. Los nuevos y los viejos derechos fundamentales. *Derechos y*

libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, v. 4 (7): 281-302, mai., 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da

proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-30.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6: 37-71, abr./jun., 1994.

_____. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 8. Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, 2003, p. 54-66.

_____. Ressocialização e Estado de Direito. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Fonte do Direito, n. 21, p. 9-13, jan./mar. 2006.

HERMANN, Leda Maria. *Violência doméstica: a dor que a lei esqueceu*. Campinas: Cel-Lex, 2000.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6.

_____. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, t. 2, 305 p.

KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In:

PASSETTI, Edson & SILVA, Roberto Baptista Dias da. (org.). *Conversações*

abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo, IBCCrim, 1997, p. 67-84.

_____. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 29, 331-50, jan./mar., 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado.* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 637 p.

_____. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 427 p.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana: princípio constitucional.* Curitiba: Juruá, 2006, 272 p.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, 81 p.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 67-104, nov./dez., 2004.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 3, jul-set., 1993, p. 129-150.

_____. *Princípio da insignificância no direito penal.* 2. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno, v. 2).

- LOPES JUNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais, n. 2, p. 11-33, jan./abr., 2001.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, 212 p.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, 327 p.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. Bases humanitárias e democráticas para reforma do direito penal brasileiro. *Ciência Penal*. Curitiba, JM Ed., p. 37-51, 1999.
- MAIER, Júlio B. J. Es la reparación uma tercera via del derecho penal?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 50, p. 38-56, set./out., 2004.
- MANSUR FILHO, Antonio. Aplicação da transação penal com base na pena em perspectiva. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 143, p. 10-1, out. 2004.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A evolução do sistema punitivo e das idéias penais. *Revista da Faculdade de Direito de Valença*, n. 01, p. 117-126, 1998.
- MARTEAU, Juan Felix. Práticas punitivas: um pensamento diferente. Uma entrevista com o abolicionista penal Louk Hulsman. Trad. Helena Singer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 14, p. 13-26, abr./jun., 1996.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003, 142 p.
- MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974, 459 p.

- MAYR, Eduardo. Lei...Ora, a lei. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Doutrina e Jurisprudência*, n. 51, p. 408-412, abr./jun., 2002.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, 527 p.
- MIR, José Cerezo. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, p. 27-40, abr./jun, 1993.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. (reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. IV.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997, 308 p. (Coleção Temas Jurídicos, v. 3).
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano. *Ciencias penales*. San José [Costa Rica], Asociación de Ciencias Penales, n. 17, p. 49-53, mar., 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *Discursos Sediciosos: crime delito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 2 (4): 37-42, 1997.
- NALINI, José Renato. O Brasil e a mediação penal. *Revista dos Juizados Especiais*. n. 8, p. 33-54, abr./jun. 1998.
- NEUMAN, Elias. *Mediación penal.: Alternativa de la prisión. La repersonalización del conflicto. Funciones del mediador. Condiciones para ser mediador. La*

homologación del convenio. El regreso a la armonía social. 2. ed. rest. e amp.
Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 31. ed., revista e atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, 373 p.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. & FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 21, p. 13-22, jan./mar., 1998.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 190 p.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O direito penal e a intervenção mínima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, p. 145-52, jan./mar., 1997.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

_____. Direito Penal e constituição na experiência italiana. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 9, p. 31-44, jan./mar., 1999.

PALERMO, Pablo Galain. La reparación del dano como “terceira vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 55, p. 162-229, jul./ago., 2005.

- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 160 p.
- PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. Abolicionismo penal e os direitos de cada um. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 59, out. 1997.
- PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, 171 p.
- PERES, César. Todos os crimes apenados com detenção são de “menor potencial ofensivo”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 133, dez. 2003.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Editora Jalovi, 1980, 770 p.
- PINHO, Ruy Sérgio Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, 486 p.
- PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, 151 p.
- PONTI, Gianluigi. A vítima. Uma dívida a ser paga. *Ensaaios criminológicos*. Org. Ana Paula Zomer; trad. Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo, IBCCRIM, 2002.
- PRADO, Luiz Regis.
_____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, 93 p.
_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 121 a 183*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.2, 629 p.

- _____. Ambiente e Constituição: o indicativo criminalizador. *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51-64.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, v.1, 695 p.
- PRITTIWITZ, Comelius. El derecho penal alemán: fragmentário, subsidiário, ultima ratio?: reflexiones sobre la razón y limites de los principios limitadores Del derecho penal. *La insostenible situación Del derecho penal*. Granada, Comares, p. 427-46, 2000.
- _____. O Direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 47, p. 31-45, mar./abr., 2004.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas*. São Paulo, n. 74, p. 9, jan. 1999.
- _____. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, 149 p.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. *Bases críticas de um nuevo derecho penal*.
- REALE JUNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- _____. Fundamentos e aplicação das sanções penais na nova parte geral. *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, 338 p.

- _____. Insegurança e tolerância zero. *Revista de Estudos Criminais*. n. 09, p. 66-70, 2003.
- _____. Tolerância nota 10. *O Estado de São Paulo*, 02-06-2007, p. A2.
- RIBEIRO, C. J. de Assis. *História do direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Zélio Valverde, 1943.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 219 p.
- RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid, v. 4: 735-51, jul 1999.
- ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, 175 p.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 308 p.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. *Revista portuguesa de ciência criminal*. n. 2, p. 233-250, abr./jun., 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, Tomo I: Fundamentos la estructura de la teoría del delito*. Trad. ed. alemã por Dyego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, 1071 p.
- _____. *A proteção de bem jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 65 p.

- _____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 239 p.
- RUSCONI, Maximiliano A. Principios fundamentales del derecho penal em una sociedad democrática. *Justicia y derechos humanos*. Lima, CEAS, p. 159-68, 1999.
- SABINO JUNIOR, Vicente. *Princípios de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004 (Estudos de Direito Penal, v. 11).
- SANGUINÉ, Odoni. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*. Ano 3. v. 3, n. 1, jan./mar., 1990, p. 36-40.
- SANTANA, Selma Pereira de. “Diversão” ou “Desjudicialização”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 146, p. 12-3, jan. 2005.
- _____. A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário. In: D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. (coord.) *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo – Coimbra: Revista dos Tribunais – Coimbra Editora, 2006, 506 p.
- SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Bases críticas do direito criminal*. São Paulo, LED, 2000.
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal. In: COSTA, José de Faria; SILVA,

- Marco Antonio Marques da (orgs.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 119 p.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio da legalidade no moderno direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 15, 182-199, 1996.
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Infrações penais de menor potencial ofensivo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 669, p. 395-399, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 47, 61-123, 2004.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, 158 p.
- _____.
- SAVINO FILHO, Cármine Antonio. Evolução do direito penal: comentários. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Doutrina e Jurisprudência*, n. 49, p. 45-58, out./dez., 2001.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo, Malheiros: 1995, 253 p.

- _____. O consenso na justiça penal. *Revista da AJUFE*, n. 59, p. 45-95, out./dez., 1998.
- _____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 352 p.
- SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez Editora, 1996.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei n. 9.099/95, sob a perspectiva criminológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, v. 29, p. 401-11, jan./mar., 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992, 768 p.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 32, p. 165-86, out./dez., 2000.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, p. 125-147, jul./set., 2002.
- SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Considerações críticas em torno de três princípios fundamentais do direito penal. *Ciência penal*. Curitiba, JM ed., p. 317-27, 1999.
- STOCCO, Rui. Princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo, v. 4 (18): 13-6, out./dez. 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Crise(s) paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 28, p. 109-115, 1999.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 304 p.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 710 p.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, 114 p.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Número especial de lançamento, p. 74-87.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 362 p.

TORON, Alberto Zacharias. Sobre o juizado especial de “pequenas causas” em matéria penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 638, p. 393-400, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 890 p.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)