

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

Guilherme Gonçalves Alcântara

Presidente Prudente/SP

2014

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

Guilherme Gonçalves Alcântara

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Cláudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP

2014

DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

CLÁUDIO JOSÉ PALMA SANCHEZ
Orientador

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID
Examinador

ANA CLÁUDIA RIBEIRO TAVARES
Examinador

Presidente Prudente/SP, 23 de maio de 2014.

“Vamos investir primeiro em educação, segundo em educação, terceiro em educação. Um povo educado tem as melhores opções na vida, e é muito difícil que os corruptos mentirosos os enganem.”

José Mujica

AGRADECIMENTOS

É um feliz fato ter tantas pessoas a dedicar este humilde trabalho e, principalmente, agradecer por existirem. Acho que é uma música que relata que a felicidade de um homem reside na incapacidade de contar quantas são as pessoas que ama apenas com os dedos das mãos. Bom, se for assim, esse é o meu caso. E eu sou muito feliz.

Eu agradeço à minha mãe, Maria Lúcia, a mulher mais guerreira que conheço, e dedico a ela este e todos os frutos do meu trabalho por toda a minha vida.

Ao tio Cláudio, pelo fundamental suporte; à minha Avó, Aparecida Corte Gonçalves, e minha tia, Jacinta Magna Gonçalves, pelas orações e dedicação.

Ao meu irmão, Matheus Alcântara, e eu espero que ele saiba o quanto o amo e com ele me preocupo.

À Amanda Carvalho, a garota mais especial para mim até hoje.

Ao Renato Herbella, pelos livros, pelas cartas, pelas conversas, pelos conselhos acadêmicos e profissionais, mas, sobretudo, pela esperança.

Ao Marcos Claro e Lucas Molina, pela segunda chance; e ao professor Sérgio Tibiriçá, por viabilizá-la.

Ao Romário e “Valdé”, pelas lições de sobrevivência.

A todos os que acreditaram em mim, incluindo a Dr^a Renata Moço, o professor Cláudio Sanchez, orientador do projeto, a Dr^a Ana Cláudia e Dr^a Fernanda Madrid, novamente, o professor Sérgio Tibiriçá, e tantas outras pessoas que foram e são capazes de enxergar além do aparente e, assim, fazem a diferença.

RESUMO

A finalidade desta pesquisa foi analisar os aspectos teóricos e práticos do sistema penal brasileiro com um olhar crítico, se o Direito Penal contemporâneo segue ou não os parâmetros constitucionais, se cumpre o seu papel social, e como a sociedade o percebe. Além disso, buscou-se verificar quais as influências da comunicação em massa na política criminal e, por sua vez, as influências desta na produção e aplicação das normas penais. Não se esqueceu, ainda, de verificar quais as correntes clássicas que permeiam este ramo do Direito. Por último, mas não menos importante, coletou-se os princípios constitucionais dirigidos ao Direito Penal e se passou a explanação destes, de modo a melhor direcionarem o *'jus puniendi'* estatal.

Palavras-Chave: Direito Penal, Política Criminal, Sistema Penal, Minimalismo Penal.

ABSTRACT

The purpose of this study bears the analysis of the theoretical and practical aspects of the criminal justice system with a critical eye, the contemporary criminal law or not following the constitutional parameters, if it fulfills its social role, and how society perceives it. Furthermore, we sought to verify what are the influences of the mass media in criminal policy and, in turn, its influences in the production and application of criminal provisions. Do not also forget to check what the classical currents that permeate this branch of law. Last but not least, were collected the constitutional principles whose are directed to the Criminal Law and passed the explanation of these, in order to better direct the *'jus puniendi'* from the state.

Key words: Criminal Law, Criminal Policy, Penal System, Criminal Minimalism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. O PORQUÊ DE UM DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO.....	3
2.1 Pós-modernidade, globalização e o risco.....	4
3. DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL.....	11
3.1 Noções gerais	11
3.2 Eleição e proporcionalidade dos bens jurídicos	13
4. DISTORÇÕES NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL	20
4.1 A cifra negra	20
4.2 Seletividade e simbolismo	21
4.3 Imputação penal da pessoa jurídica.....	26
5. FALÊNCIA DA PRISÃO	29
6. O DIREITO PENAL MÁXIMO (OU DE EMERGÊNCIA)	34
6.1 O fixing broken windows.....	35
6.2 O three strikes and you're out	37
6.3 Tolerância zero.....	38
6.4 Abolicionismo penal	41
7. O DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO: O ENFOQUE CONSTITUCIONAL	44
7.1 A Intervenção Mínima	50
7.2 A Lesividade.....	52
7.3 A Legalidade	55
7.4 A Adequação Social.....	57

7.5 A Proporcionalidade57

**8. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CONTRAMAJORITARISMO
JUDICIAL EM FOCO NO DIREITO PENAL63**

CONCLUSÃO67

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS71

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa teve por objetivo analisar, num primeiro momento, descritivamente, a perspectiva da sociedade atual frente ao crime. Tal perspectiva é influenciada, no geral, tanto pela mídia, já que detentora do monopólio dos assuntos comuns, quanto pela própria atitude do legislador brasileiro, quando a exemplo de teorias falidas importadas, como a *'three strikes and you're out'*, ele se utiliza. É nesta direção que prosseguimos para justificar qual a necessidade de um Direito Penal efetivo e consonante com a Constituição Federal de 1988 e seus princípios normativos.

Num segundo momento, partimos às causas e resultados do sistema penal brasileiro contemporâneo, não no aspecto prescritivo, mas novamente no aspecto descritivo. Procurou-se a crítica da política criminal vigente que, segundo estudado, serve tão somente para reproduzir o mal combatido, em pouco contribuindo para a concretização do bem comum, finalidade da Constituição, ou para garantir a vigência do ordenamento jurídico, objetivo incumbido ao Direito penal a partir da teoria funcionalista de Jakobs. Aqui, ainda, se analisam os dados da criminologia crítica, como a cifra negra, a seletividade e o simbolismo do Direito Penal.

Em seguida o estudo converge o foco para o “ovo da serpente”, isto é, o embrião das questões hoje enfrentadas, o movimento de Direito Penal máximo. Tal estudo se fez na revelação do funcionamento destas teorias de política criminal, facilmente aceitas, mas que se demonstram falaciosas e inconstitucionais.

Sem embargo, o presente trabalhou também adentrou no mérito das correntes penais clássicas, como o abolicionismo penal, a título de demonstrar que os dois extremos (tudo ao Direito Penal ou nada ao Direito Penal) são insustentáveis.

Após analisar a sociedade, refutar a compatibilidade das normas (infraconstitucionais) e políticas penais existentes, o seu embrião (e paralelos), bem como as teorias clássicas do Direito Penal, passa-se a prescrição dos princípios

constitucionais penais, e a repetida flagrante incompatibilidade entre o “praticado”, traduzido na política criminal forense e legiferante, e o “descrito”, nos preceitos constitucionais, doutrina, e decisões do Supremo Tribunal Federal.

No clímax deste ponto, por derradeiro, o trabalho enfoca os direitos fundamentais, o contramajoritarismo judicial e o posicionamento do pretório excelso como balizas complementares aos princípios constitucionais penais de forma a constituir um Direito Penal mínimo e uma política criminal a ele adequada.

Utilizou-se o método de abordagem qualitativo-indutivo, já que considera o real e o particular de cada objeto da pesquisa. Trata-se de claro procedimento descritivo, que não busca esgotar a matéria, fato impossível, tanto por se tratar de ciência, que carrega em sua essência a refutabilidade, quanto mais por ser ciência social, humana, que é eivada, muito ou pouco, de subjetivismo do autor. Permitiu-se, entretanto, algumas generalizações moderadas.

2 O PORQUÊ DE UM DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

Urge, antes de qualquer consideração inicial eminentemente técnica, esclarecer a causa, a motivação, da escolha deste nome para o tema da pesquisa. O trabalho é marcado pela busca de uma maneira (não a única) de aproximar o Direito Penal à realidade social, procurando nada mais que seu melhor exercício diante dos objetivos que lhe foram concedidos pela Constituição de 1988. Assim, chame Direito Penal mínimo, garantista, ou do equilíbrio, não importa. Um dos fins, inclusive, deste trabalho é demonstrar que para atender as necessidades da sociedade atual é necessário um desapego aos nominalismos e fórmulas simplistas de resolução de casos e um pouco mais de atenção ao que é substancialmente relevante para o bem comum da sociedade. Isto é, já existem inúmeros princípios consagrados na CF/88 de cunho penal, os discursos legitimadores de prevenção geral e especial do Direito Penal também possuem espaço nas palestras e universidades, entre outras teorias e movimentos os quais tornam esta matéria tão fascinante. Porém, qualquer sujeito, leigo ou operador do direito, que tem um pouco de contato com a realidade sabe o que ela traz aos olhos. Hodiernamente, somos bombardeados, sejam nos jornais, televisão ou rádio, por incontáveis notícias de crimes, não há que se negar que já fomos vítimas de alguns também, direta ou indiretamente. O presente trabalho pretende analisar, mas jamais esgotará, de um modo crítico o Direito Penal contemporâneo, suas teorias, movimentos, bem como os resultados destes, trazendo também à tona o papel essencial da criminologia no estudo, com o escopo de mostrar uma alternativa ao caos de falácias e discursos meramente falaciosos, os quais tem impulsionado este ramo do Direito.

2.1 Pós-modernidade, Globalização e o Risco

Conforme lecionado nas primeiras aulas da cátedra desta ciência, muda a sociedade, muda-se o Direito. Portanto, é imprescindível uma análise, macro, do “mundo” em que vivemos, pois este é ao mesmo tempo nascedouro e fim das normas jurídicas. O Direito serve para regular a vida social, não deve ser um fim em si. De um modo simplificado e *lato sensu*: fatos formam regras, e estas regulam os fatos.

O século passado mudou o rumo das sociedades do mundo todo, duas guerras mundiais, uma guerra de cunho eminentemente político-ideológico, e o desenvolvimento absurdo da tecnologia deram vazão a criação aceleradíssima de tendências comportamentais, culturais, políticas e ideais jamais vistas em tão pouco tempo. Em suma, estas são as causas embrionárias da sociedade “pós-moderna”, ou “pós-industrial”.

Nunca se viu tanta distribuição de informação proveniente de todos os lugares do mundo. Tornamo-nos “cidadãos-consumidores”, os quais só possuem algum espaço se puderem fazer girar economia gastando e recebendo, e gastando novamente: assistindo TV, conectado às redes sociais, indo às lojas e shoppings os quais viram nestes mesmos veículos. Esta é a sociedade “pós-moderna”.

Não há mais comunismo. Aliás, o que era chamado de capitalismo nos seus primórdios jamais se enquadraria no contexto atual, tampouco há *welfare state*, ou liberalismo, estes sistemas já foram ultrapassados. Empresas transnacionais comandam pequenos (não se referindo à extensão territorial) Estados-nações, os quais possuem alta carga degenerativa, seja pelos efeitos da colonização ou de regimes ditatoriais. O proletariado, base e (sub)órgão da Era Industrial, hoje não é tão necessário.

Vende-se informação e a tecnologia supriu a demanda de mão-de-obra. Estados ricos possuem um índice incrivelmente alto de imigrantes, aumentando mais ainda a diversidade popular e, por consequência, os conflitos em razão de etnia, cultura, religião ou política, dando azo à prática de atos terroristas.

Nesse diapasão, o Direito passa a ter de lidar com o aumento vertiginoso na complexidade das relações sociais, vale trazer os ensinamentos de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 39-40):

O Direito, como produto da cultura humana para a tutela de interesses particulares, elevou-se à defesa e à conservação da sociedade. Agora, além de interesses individuais e coletivos, tutela também interesses difusos e transindividuais. E, mais recentemente, fala-se nos direitos fundamentais de quarta geração, cujo escopo abarca o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, na tentativa de englobar todos os direitos fundamentais desenvolvidos anteriormente para a sedimentação de uma verdadeira globalização política, ao lado das globalizações econômica e cultural.

[...]

Destarte, proteger bens supra individuais implica adotar escolhas racionalmente difíceis, tanto no tocante à seleção desses bens, quanto no tocante à técnica para positivação que, como se demonstrará, tem sido utilizada na forma de antecipação de tutela: tipificação de atos preparatórios e adoção de tipos de perigo abstrato, normas penais em branco, tipos omissivos impróprios e infrações de mera conduta, entre outros [...].

Papel fundamental neste cenário é o da globalização na sociedade moderna. Se um Estado deseja possuir o mínimo de sustento, deverá abrir mão de parte (variará muito conforme o seu poder político-econômico) de sua soberania e aderir os pactos e acordos firmados por diversas instituições internacionais, de ONU à Coca-Cola, aferindo os benefícios e suportando os danos conforme pode. A globalização, aliada aos sistemas de comunicação em massa e a tecnologia, cria uma nova realidade social interferindo em todas as áreas da vida do ser humano. Este é o seu objetivo, traçar uma linha de pensamento única para todos, de modo a alimentar esse enorme e complexo sistema regente da sociedade.

Toda essa corrida desenfreada em busca de mais tecnologia, mais rentabilidade, e o enfraquecimento da soberania dos Estados nos trazem dois pontos importantes a serem analisados, mas jamais contrapostos, pois um é consequência do outro.

Primeiramente, o Direito, que, na maioria dos casos, já apresentava dificuldade em regular os fatos novos que eram incorporados à realidade social,

devido a sua rigidez, hoje perde espaço para acordos particulares, os quais, como dito anteriormente, muitas vezes flexibilizam a soberania do Estado, ou seja, este se dobra à vontade de grandes empresas transnacionais.

Para Alexandre Rocha Almeida Moraes (2011, p. 44):

A globalização econômica, diante da ausência de uma efetiva jurisdição internacional e de uma Carta política mundial, apresenta as seguintes transformações: expansão das empresas multinacionais; crescente importância dos acordos comerciais; tendência da regulação jurídica a ser mais maleável, pragmática e pluralista; tudo, enfim, para atender aos anseios da eficiência econômica e da maximização de riquezas.

Portanto, o Estado carece de instrumentos para regular as relações sociais que estão cada vez mais complexas e inovadoras. A todo o momento surgem novos comportamentos e operações na sociedade. Essa liquidez das relações sociais¹ é fruto da crise de valores que infecta o globo. Com dinheiro, e por dinheiro, pode-se e se faz de tudo, vende-se a virgindade, crianças são molestadas e filmadas para exposição on-line, reservas naturais são devastadas sem qualquer receio, enfim, a sociedade passa por uma carência axiológica sem precedentes.

De grande valia citar os ensinamentos de André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2010, p.14):

Os riscos da contemporaneidade são definidos por Beck como riscos da modernização, que se diferenciam dos riscos e perigos da Idade Média justamente pela globalidade de sua ameaça e por serem produto da maquinaria do progresso industrial. Ademais, é intrínseco a esses novos riscos um componente futuro, ou seja, relacionado com uma previsão de uma destruição/catástrofe que ainda não ocorreu, mas que se revela iminente.

¹ O termo é retirado do contexto dos estudos sociológicos de Zygmunt Bauman. A exemplo: BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**; tradução, Carlos Alberto Medeiros. — Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2008.

Consequentemente, a imprevisibilidade e a liquidez das relações sociais nos trazem uma sensação de risco. Essa gama de possibilidades ensejada pela globalização, se de um lado facilita nosso cotidiano, de outro ponto de vista nos deixam inseguros. Mendes, Bottini e Pacelli (2011, p. 111) define bem o que queremos dizer:

O inédito sempre carrega a incerteza, e a intensa frequência deste inédito torna a incerteza um elemento do cotidiano, acarretando uma crise de sentido nos discursos que sustentam a construção dos rumos da política criminal.

Afinal, também uma gama de novos crimes é fruto desta evolução, lavagem de dinheiro, crimes virtuais, tráfico internacional de entorpecentes, criminalidade organizada, entre outros que muitas vezes escapam do aparato estatal.

A sensação geral da população é de medo, inúmeras vezes a mídia retrata casos cada vez mais absurdos de atitudes ilícitas com o fim de ludibriar cidadãos, e paralelamente, propõem “guias” de: “como não ser assaltado”, por exemplo. Ou seja, o Estado se minimiza ao tutelar direitos fundamentais do cidadão, e o risco, inúmeras vezes, é lucrativo, pois aumenta a necessidade de segurança privada, além do que, como veremos, abre espaço para a falácia do Direito Penal Máximo, que elege tantos membros do Executivo e Legislativo.

Zygmunt Bauman (2006, p. 11) a respeito do medo generalizado, discorre que este:

[...] pode vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber. De algo que ingerimos e de algo com o qual nossos corpos entraram em contato. Do que chamamos natureza (pronta, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a proliferação de terremotos, inundações, furacões, deslizamentos, secas e ondas de calor) ou de outras pessoas (prontas, como dificilmente em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades

terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos).

Não obstante, é de fundamental importância ressaltar o papel da comunicação em massa na difusão do medo. Com o fim de obter audiência, surgem mais e mais notícias e, inclusive, programas especializados sobre crimes dos mais hediondos que são, contudo, comuns e próximos à sociedade. Por óbvio, notícias que estão além da realidade sensível da maioria não vendem.

Assim, a evolução tecnológica da comunicação nos traz todas as informações que queremos sem que, no entanto, não nos atentemos à parcialidade de quem a proveu. Ou seja, quem detém o controle da mídia “cria” realidades a seu bel-prazer. Desta forma, a sensação subjetiva da criminalidade é, inúmeras vezes, maior do que o ocorrido faticamente. Para André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2010, p. 17), essa desproporção de percepções provocada pelo terrorismo midiático:

Em nível individual, promove alterações de conduta (agressividade, casmurrismo) destinadas a evitar a vitimização, o que afeta o estilo e a qualidade de vida dos cidadãos. Já em nível coletivo, as repercussões do medo redundam na redução da interação social, abandono dos espaços públicos e no rompimento do controle social informal.

Tomemos como exemplo o atentado de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas de Nova York. Nunca a humanidade teve tamanho contato com o risco, e/ou a incerteza, trazidos à sociedade pós-moderna. Por todos os motivos mencionados, preferiu-se denominar, como se deixou antever, a presente conjuntura social de “sociedade de risco” ou “sociedade de incerteza”.

A tutela de interesses individuais, coletivos, e difusos e a incerteza como característica da contemporaneidade trazem novos paradigmas para o Direito Penal. Alexandre Rocha Almeida Moraes (2011, p. 39), dissertando sobre o tema, nos traz importantes mudanças:

[...] uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transportes, de comunicação, etc.), incrementando, na legislação penal, novos

tipos de perigo abstrato e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos [...]

[...] a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e desproporcional [...]

[...] o considerável aumento do descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuada pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de “Estados paralelos”, à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça “pelas próprias mãos” (linchamentos, grupos de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria etc.

A forma como o Direito Penal vem sendo utilizado (instrumento de controle de massa ou de demagogia) é extremamente errônea e desarmônica com a Lei Maior e o Estado Democrático de Direito.

Ora, este ramo deve ser usado como *ultima ratio* estatal, de forma a tutelar os bens mais relevantes da pessoa humana. Uma sociedade em crise valorativa não consegue elegê-los com prudência, por isso a pena de furto qualificado é a mesma do crime de redução a condição análoga a de escravo. Os representantes estatais, voltados aos seus interesses, vão criando mais leis absurdas, carentes de técnica, ambíguas, e desproporcionais para satisfação imediata das massas. Alexandre Rocha Almeida Moraes (2011, p. 45) conclui com maestria:

A verdade é que a globalização econômica vem contaminando o sistema jurídico, ora propugnando pela descriminalização de condutas que atrapalhem a eficiência econômica, ora postulando pela adoção irracional de novos tipos aptos a tutelar interesses que impliquem maximização de riquezas.

Com a sociedade de risco, pautada por todas as características expostas supra surge, inevitavelmente, o Direito Penal Máximo, que será abordado em momento oportuno. Trata-se do produto da sociedade contemporânea, carente de valores, ansiosa (por essa razão usa do Direito Penal), patrimonialista, frágil, líquida, acrílica e, portanto, facilmente manipulada.

A melhor resposta, no entanto, para o caos de valores e discursos falaciosos provenientes de uma sociedade globalizada e de risco é um Direito Penal em harmonia com a Constituição, bem como com os princípios por ela outorgados. É isso que a presente pesquisa buscará: um estudo dedutivo para construir um caminho alternativo e, sobretudo, pacificador e incluso do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

3 DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

A seguir, deixemos antever que não é objetivo desta pesquisa a abolição do Direito Penal. De modo algum. Este é estritamente necessário como pretor dos bens jurídicos fundamentais, consagrado na Constituição Federal e parte essencial de um Estado Democrático de Direito que se preze. Não obstante, levaremos em conta nas próximas linhas dos estudos da criminologia, valendo-se também de considerações tanto abolicionistas como repressivistas de forma crítica tendo como fim construir uma ideia madura e concreta sobre o papel atual deste ramo do Direito. Buscar-se-á um estudo dedutivo com base no que se tem formalmente como Direito Penal e como seus resultados se concretizam, demonstrando a incompatibilidade gritante entre a realidade penal e o previsto na Lei Fundamental brasileira.

3.1 Noções Gerais

O primeiro defensor de um Direito Penal mínimo, Alessandro Baratta, já previa a deslegitimação do sistema penal e sua substituição por um modelo mais coerente e equilibrado muito antes do também brilhante Rogério Greco escrever sua obra a qual inspirou a presente pesquisa. O objetivo deste capítulo é chamar atenção para as distorções produzidas na sociedade com o uso inadequado da “última razão” estatal que é o Direito Penal.

A priori, deve-se levar em consideração a autodeterminação da sociedade, ou seja, quais valores ela coloca (ou deveria colocar) como corolários para sua definição. Estes valores são definidos, num plano formal e programático, na Constituição e, secundariamente, na legislação penal, esta como guardiã dos mais relevantes (em tese).

Não obstante, Günther Jakobs (2003, p. 1-4), quanto à relação Direito Penal-sociedade, tece algumas considerações a serem transcritas:

a) A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social;

b) Seja como for, a solução de um problema social por meio do Direito Penal tem lugar em todo caso por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, é impossível separar o Direito Penal da sociedade;

c) O Direito Penal constitui um cartão de visitas da sociedade altamente expressivo, igualmente, sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante confiáveis sobre o Direito Penal. Por exemplo, que a pena máxima se imponha por bruxaria, por contar piadas sobre o Fuhrer ou por homicídio caracteriza ambos, o Direito Penal e a sociedade;

d) Por conseguinte, existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal: cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que inversamente o Direito Penal pode recordar a sociedade que deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis. Por isso deve ser compatível com as condições da evolução. Nem o sistema social nem o sistema jurídico saltam por cima de sua própria sombra.

Isto é, o Direito Penal, em especial na sua aplicação, constitui o espelho valorativo da sociedade. Não há que se falar de um sem o outro.

Cabe ressaltar, ainda, que ao mesmo tempo em que este ramo deve se esforçar para criar mecanismos eficientes com o fim de combater os males provenientes das evoluções comportamentais e tecnológicas, também deve a sociedade se sujeitar ao seu conjunto normativo. Em outras palavras, deve haver uma relação harmônica entre ambos.

Partindo destas considerações, cabe a nós analisarmos o sistema penal desde a eleição dos bens jurídicos a serem tutelados, passando pela criação das leis, aplicação destas, chegando, por fim, à execução da pena privativa de liberdade.

3.2 Eleição e Proporcionalidade dos Bens Jurídicos

Para discorrermos sobre o tema deve-se, a priori, abordar a finalidade do Direito Penal. Esse propósito tem origem no período Iluminista, no qual a sociedade, buscando se organizar de forma a garantir a todos a pacificação social e o respeito aos direitos fundamentais, celebra um contrato social, determinando a figura do Estado, bem como seus poderes, prerrogativas, funções, finalidades e, sobretudo, seus limites. O Estado, criado e regido pela Lei, tem o Direito Penal como seu instrumento mais letal, tendo em conta que sua sanção é a que mais violará direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é possível concluir que o Direito Penal, como braço estatal, partilha de sua finalidade, qual seja a pacificação social e liberdade, dando supedâneo à máxima de *“tudo o que não for proibido por lei, é permitido”*. Este ramo do Direito, no entanto, considerado o seu potencial ofensivo, deverá sujeitar às suas penas somente aquele sujeito que viole bem jurídico tamanho que perturbe a paz social a ponto de merecer a violação do direito fundamental à liberdade, isto é, conclui-se que o ato infrator seja justificável para que o Estado cometa, por sua vez, outra violência. Destas conclusões que o Princípio da Lesividade, Intervenção Mínima e, por que não, da Insignificância ou Bagatela foram nascidos. No mais, a violação de preceitos e bens que merecerem sanção pecuniária, contratuais, ou comportamentais de um modo brando deverão ser alçada dos demais ramos jurídicos.

Claus Roxin (2007) fundamenta:

Homicídios e lesões corporais, furto e estelionato têm de ser punidos, porque, se tais fatos não fossem considerados criminosos, seria impossível a convivência humana. Uma sociedade moderna também necessita, p. ex., de uma justiça que funcione e de uma moeda intacta. Daí resulta que, ao lado de bens jurídicos individuais, como vida, saúde, propriedade, patrimônio, também subsistem bens jurídicos da coletividade, como a administração da justiça e a moeda, de maneira que falsas declarações em juízo e falsificações de moeda são legitimamente incriminadas. Por outro lado, seria inadequado punir toda violação contratual. É verdade que uma vida segura e pacífica em sociedade só é possível se contratos forem em

princípio cumpridos. Até aqui, a violação contratual satisfaz o primeiro requisito de uma proibição. Mas as consequências da violação contratual podem, em regra, ser compensadas através de uma demanda de direito civil e de uma indenização, de modo que a proibição através do direito penal seria severa demais. Fala-se, aqui, da subsidiariedade do direito penal.

Essa construção ideal, aliada a formulação contemporânea de Estado Democrático de Direito, pautado pela igualdade dos cidadãos e proteção da dignidade da pessoa humana substanciais, é a que deve orientar a consciência do legislador no momento de criação de normas penais.

No entanto, por diversas passagens do Código Penal podemos destacar condutas que violam bens jurídicos de secundária importância. E essa eleição axiológica errônea se encontra latente nas leis esparsas.

Quanto à eleição dos bens jurídicos, levando em conta as considerações propostas acima, há clara distorção quanto ao que é consagrado na Lei Maior e o que ocorre efetivamente na aplicação do Direito Penal. A sociedade de risco, influenciada pelo discurso midiático, clama ao poder legiferante a criação de mais normas penais, ou que estas recrudescam, sem levar em conta o caráter subsidiário deste ramo. Pode-se afirmar que a deficiência estatal em punir os novos delitos decorrentes da evolução acabou por ricochetear pelo aumento da repressão na delinquência clássica, ou seja, nos delitos naturais, como furto, homicídio, roubo etc. Isso, somado ao interesse estatal em prosseguir negligente ao atender os Direitos Fundamentais e excluir do convívio social os marginais, resulta num Direito Penal eminentemente patrimonialista, que elege como finalidade e bem jurídico primordial não a pacificação social, a dignidade humana, e sim a manutenção da ordem econômica e dos tabus sociais a todo custo, usando do seu aparato de modo a violentar os desprovidos do mínimo existencial.

O conceito de bem jurídico, bem como o estudo de sua teoria, é demasiado divergente, Eugênio Raúl Zaffaroni (2004, p. 439) leciona que:

[...] bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, as que se expressam com a tipificação destas condutas.

Günther Jakobs (2008, p. 64) define bem jurídico como a “vinculatividade prática” da norma. Isto é, quando um delito é cometido não está se ofendendo o bem, termo inclusive diversas vezes aplicado em razão da tutela jurídica a ele conferida (a vida, por exemplo, não se adequa ao conceito padrão de bem). Este pode ser atacado por outras vias como a força da natureza, a senilidade, ou um comportamento humano inimputável e mesmo assim não merecer a atenção do Direito Penal. Para o autor, o que este ramo jurídico tutela é a eficácia da garantia protetiva de um bem, ou seja, quando se pratica um homicídio “evitável” não se está ofendendo a vida, mas sim a norma penal, a garantia da proteção do bem jurídico-penal vida.

Rogério Greco (2011, p. 77), com sua maestria contumaz, conclui:

Certo é que, independente do conceito que se adote de bem jurídico, ora enfatizando um bem individualmente considerado, ora levando em consideração um bem de interesse coletivo ou social, a escolha deverá recair somente sobre aqueles que gozarem da importância exigida pelo Direito Penal, a fim de que o princípio da intervenção mínima seja atendido.

Esta escolha, a que se refere o doutrinador, se trata da eleição dos bens jurídicos os quais serão dignos da ativação da maquinaria penal, esta que terá como fim sancionar a pessoa infratora com as sanções devidas.

Não há questionamento quanto à hipertrofia legislativa e operativa do Direito Penal brasileiro, este fenômeno impede que sua aplicação concreta seja efetiva, isto é, obsta seu funcionamento. A questão da eleição dos bens jurídicos do Direito Penal tem elo diretamente proporcional com os fundamentos expostos na Lei Fundamental, embora nossa política criminal opere de forma diversa.

Ademais, há outro lado da moeda ainda não discutido no presente estudo, qual seja o da proporcionalidade da cominação da pena.

Urge, a partir do momento da seleção do bem jurídico merecedor da atenção do legislador penal, verificar qual a gravidade da conduta descrita no tipo, de modo a cominar pena que atenda aos fins a ela propostos de prevenção geral e especial. No caso concreto, esta cominação, conjuntamente com o grau de

reprovabilidade social (culpabilidade), é que guiará o julgador na aplicação da sanção penal.

Desse modo, o bem jurídico deve ser dos mais relevantes para que o Estado movimente o aparato penal, bem como sua sanção deve ser proporcional à relevância desse bem, para que haja uma resposta justa e, sobretudo, eficaz ao indivíduo infrator e à sociedade.

Analisando a prática penal, e o que se mostra nos estudos e normas penais, encontram-se diversas desproporções e omissões quanto aos princípios e finalidades constitucionais anteriormente declaradas.

Neste diapasão cabe colocar em prática o discorrido, conforme citado em capítulo passado, analisando o artigo 155, §4º, do Código Penal, temos as formas qualificadas do furto, crime exclusivamente patrimonial. Tendo em vista as modalidades deste delito, nas quais em nenhuma a violência (por razões óbvias) seria empregada (inclusive basta haver concurso de duas ou mais pessoas), verificamos que a pena cominada ao furto qualificado é de 2 (dois) a 8 (oito) anos. Esse é um paradigma a ser considerado: a ofensa ao patrimônio, e tão somente ela, acarretará ao infrator uma pena de dois a oito anos de reclusão.

Tomando outro artigo do Estatuto Repressivo, qual seja o 149, teremos o crime de redução à condição análoga à de escravo que, segundo Regis Prado (2007, p 275) “ofende a liberdade pessoal, com especial realce conferido ao status libertatis” enquanto bem jurídico.

O mesmo professor Regis Prado (2007, p. 276) ao observar o tipo, discorre:

[...] a conduta típica consiste em reduzir alguém a condição análoga à de escravo. O indivíduo é posto sob o domínio do outrem, que pode dele livremente dispor. Esse delito implica afronta insanável ao princípio da dignidade da pessoa humana, de índole constitucional (art. 1º, III, CF).

Assim, se infere que tal crime, por atentar a um dos bens jurídicos mais importantes de um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana,

e, tendo como comparativo que uma conduta atentatória ao patrimônio possui a pena supramencionada, é de se esperar que este delito possua sanção mais grave.

No entanto, verifica-se a similitude de sanções, isto é, ambos os tipos penais possuem a mesma pena mínima e máxima cominadas. Deste modo, o legislador coloca no mesmo patamar o patrimônio e a dignidade da pessoa humana, com uma ressalva de essencial importância: os furtadores são clientela do sistema penal, porém raramente se condena donos de estabelecimentos milionários exploradores de mão de obra escrava. E o sistema penal não atua pelo fato do segundo delito estar em desuso.

Em que pese a boa intenção, a dificuldade em abordar este tema é tão grande quanto a remota possibilidade de se aplicar uma política criminal de Direito Penal mínimo, isso devido ao fato de que muitas vezes o próprio Estado, quando não é omissivo, age em contradição legal.

Corroborando conosco Rogério Greco (2011, p. 97):

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

Deste modo, encontra-se latente o caráter patrimonialista de nosso Direito Penal, o qual é, infelizmente, consonante com nossa crise de valores morais e políticos, porém, em total distorção com os preceitos e objetivos calcados na Lei Fundamental brasileira. As desproporcionalidades a exemplo do explanado acima se encontram espalhadas pelo Código Penal e mais clarividentes estão nas Leis esparsas.

André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2010, p. 116-117), a despeito da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), trazem mais uma afronta constitucional que é aprovada majoritariamente:

[...] ampliou as figuras típicas e passou a penalizar mais severamente as condutas de perigo referentes à posse e ao porte ilegal de armas, declarando-os como inafiançáveis e prevendo penas que, às vezes, ultrapassam as cominadas para crimes como lesões e até mesmo o homicídio.

[...]

Em que pese isso, tais leis são recepcionadas pela maioria da população e da comunidade jurídica nacional como “avanços legislativos”, uma vez que respaldadas por discursos político-midiáticos falaciosos que criam imagens distorcidas da realidade, propondo como estratégia primeira de segurança pública o endurecimento das penas aliado à supressão de garantias e à busca pela superação da impunidade, olvidando-se de que o aumento do número de condutas definidas como criminosas, assim como o maior rigor na aplicação da pena, significam tão-somente mais pessoas encarceradas e não necessariamente menos conflitos sociais em um país profundamente marcado pela desigualdade social desde os primórdios de sua história.

Observando os princípios estabelecidos na Constituição Federal da lesividade e intervenção mínima, poderíamos também concluir que as contravenções penais não foram recepcionadas no atual ordenamento jurídico. As contravenções são tipos que nem sequer crimes são considerados, devido a pouca carga lesiva que lhe são conferidos. Esta posição é também sustentada por doutrinadores como FERRAJOLI e GRECO.

Rogério Greco (2011, p. 178) afirma:

Uma tomada de posição equilibrada fará com que sejam abolidas todas as contravenções que, por definição, tocam a proteção de bens não tão importantes quanto aqueles protegidos pelos delitos/crimes. Não somente as contravenções penais mas todas as infrações penais que não atenderem aos princípios fundamentais do Direito Penal do Equilíbrio devem ser eliminadas para que se possa chegar à pureza dos sistema, a fim de que a Justiça, aqui compreendida no sentido amplo, com todas as suas implicações, possa realmente se comprometer com aquilo que seja importante para a sociedade, deixando de lado tudo que não goze do status exigido pelo Direito Penal.

Contudo, até hoje se perde dinheiro e, sobretudo, tempo com estudo e operabilidade da máquina estatal com as contravenções penais, estas que são frontalmente divergentes com o princípio da lesividade e intervenção mínima do Direito Penal pátrio.

Uma mudança de paradigma no Direito Penal seria o primeiro passo para uma democratização material da sociedade brasileira, a partir do momento em que este ramo do Direito passar a estabelecer certos limites à sociedade pautado no respeito, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da isonomia, e a direcionar sua força contra o real núcleo do problema da criminalidade, iniciar-se-á uma reeducação axiológica no âmbito social, pois os cidadãos se sentirão seguros de fato. Mas isso é para capítulo reservado.

4 DISTORÇÕES NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

A prosseguir o raciocínio, adentrando na aplicação da lei penal, nos seduzem três temas em particular, quais sejam o da cifra negra, a seletividade, e o simbolismo do Direito Penal contemporâneo.

Em verdade todos estão de certo modo relacionados, porém procuremos explicar um a um para após fixarmos o elo.

4.1 A Cifra Negra

A cifra negra é um dos principais fundamentos da tese abolicionista pelo fato de demonstrar com violenta veracidade a falibilidade do Direito Penal. Trata-se de fruto das estatísticas feitas a partir da criminologia crítica que aferiram os resultados da operabilidade penal.

Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée (2004, p. 37) dissertam:

A estatística criminal se confecciona a partir dos dados registrados pelos órgãos de controle social penal. Isso quer dizer que há um grande número de fatos puníveis que por não terem sido registrados não formam parte da estatística criminal. Estes fatos constituem a cifra negra da criminalidade. Com efeito, nem todo delito é denunciado. Nem todos os delitos denunciados são registrados como tais pelo órgão ante a qual foi feita a denúncia. Nem todos os delitos denunciados e registrados pelo órgão que recebeu a denuncia ao objeto de investigação e nem todos os investigados acabam sendo condenados. Deste modo, de acordo com o nível do órgão a partir do qual se elaborou a estatística, mais alta será a cifra negra. Dito em outras palavras, não é o mesmo elaborar as estatísticas criminais a partir das sentenças condenatórias que dos fatos denunciados à polícia. Entre a comissão do delito e a sentença condenatória atuam uma série de filtros que não permitem contar com dados estatísticos confiáveis.

A cifra negra se dá pela deficiência dos instrumentos estatais, que não possuem a capacidade de “dar conta” da criminalidade latente na sociedade. Isso porque, ao analisarmos macroscopicamente a política e dogmática penal, concluímos que este sofre de uma espécie de iatrogenia. A própria inflação legislativa (hábito apoiado pela sociedade consistente em criminalizar qualquer desvio social, sem considerar sua magnitude) impede que o *jus puniendi* haja de forma eficaz na sociedade, pois este não possui (e nem deve possuir) poder institucional eficaz ao combate de tantos tipos penais.

Sintetizando, o Estado “cria os remédios” e deles se intoxica a ponto de quase se inutilizar. É similar a um autêntico dependente químico. A sua incapacidade em lidar com os problemas da sociedade lhe causam ansiedade e necessidade de uma resposta rápida e dotada de coercibilidade, uma norma penal recrudescida no caso. Com isso, não pune todos os delitos existentes - com ênfase nos ofensivos a bens jurídico-penais transindividuais, como a corrupção - e, quando pune, o faz de forma tosca.

Poderíamos concluir que a impotência estatal decorre justamente de sua prepotência, sua autoafirmação superior. Essa autoafirmação inclusive, como o Estado não é um indivíduo, vem do senso comum determinante do simbolismo penal.

4.2 Seletividade e Simbolismo

Trazendo de volta as considerações explanadas na parte introdutória do estudo, a sociedade de risco e seus problemas geram a afirmação de um novo paradigma a ser seguido pelo Direito Penal, qual seja o da segurança cidadã. Esta é pautada na repressão acentuada da criminalidade comum, pois a comunidade como um todo vê nela a maior causa da violência e dos problemas sociais, sem se atentar ao fato de que há toda uma cadeia de falhas e corrupções sistemáticas que dão contorno à clientela do Direito Penal. André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi

Wermuth, brilhantemente, destacam as características de uma nova política criminal formada a partir deste paradigma:

1. *Protagonismo da delinquência clássica*: trata-se de um “movimento de retorno” ao combate dos crimes atentatórios dos bens individuais como patrimônio, integridade física e vida. Isso se dá pela resignação da sociedade em punir os crimes de colarinho branco, visto que estes são demasiado complexos e o processo penal não ser capaz de punir seus agentes, que possuem poder econômico e político para exercer todas as garantias que lhe são conferidas.

2. *A prevalência do sentimento coletivo de insegurança cidadã*: esta é a principal causa geradora dessa política criminal. O efeito do discurso midiático e da sociedade de risco gera o já referido sentimento de insegurança na conjuntura social, de modo que esta se torna intolerante, acrítica e, ao mesmo tempo, ingênua frente à torrente de informações geradas pelos meios de comunicação em massa. Com efeito, cada vez mais a comunidade se revolta frente aos delitos informados sem, na maioria das vezes, procurar saber e olhar de forma crítica o acontecido.

3. *A substantivização do interesse das vítimas*: repetindo as palavras do autor, pelo descobrimento da “importância política das vítimas, dado que uma população com medo do crime identifica-se antes com a figura das vítimas que com a figura dos delinquentes, razão pela qual, utilizando-se das vítimas como instrumentos de comunicação política, atende-se – de forma politicamente rentável, é claro – aos anseios da população” (CALLEGARI, WERMUTH, 2010, p. 76).

Esse retrocesso ao princípio da neutralização da vítima traz de volta as marcas de vingança ao sistema penal.

No afã de satisfazer ao clamor midiático e, por consequência, aos anseios da conjuntura social pautada no paradigma da segurança cidadã, o Poder Público volta seu foco aos delinquentes clássicos, geralmente os mais fáceis de serem atingidos, de modo a aumentar suas estatísticas e procurar dar uma resposta célere e “positiva” à comunidade. Com este fim adota o discurso de Direito Penal máximo para se manter legítimo. E a sociedade, ingênua, aplaude.

No entanto, esta prática nada mais faz do que encobrir a negligência estatal em garantir, de modo a prevenir que furtadores cresçam em número, os direitos e garantias fundamentais consagrados na Lei Maior; e de reforçar o aparato do Estado para que, de fato, possa tutelar eficientemente seus bens jurídicos.

Lênio Streck (2012), na sua coluna de artigos intitulada Senso Incomum, faz ressalva:

[...] o Estado deve investigar e dizer/apontar os culpados. Aqui, de pronto, aparece um grande problema da polícia brasileira: se não há flagrante, não se investiga — ocorre a banalização... e a perda da confiança por parte das vítimas. Existem dados que demonstram que, atualmente, nas grandes capitais, mais de 90% das ações penais decorrem de auto de prisão em flagrante. Não se investiga. Obviamente, a criminalidade do colarinho-branco, que exige tecnologia e inteligência, agradece. E muito. Enquanto isso, meio milhão de presos desdentados no sistema carcerário.

Esse (o Direito Penal máximo) pode ser, hoje, o maior discurso atécnico legitimador do sistema penal e, simultaneamente, o mais danoso ao Estado Democrático de Direito, e isso é porque nem tocamos no assunto pena privativa de liberdade.

Ao mesmo tempo em que satisfaz o clamor midiático, o Estado retira da convivência social os não-consumidores, a camada marginal da “coletividade consumidora-cidadã”.

O professor Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 01) resume com maestria o que se busca relatar:

No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares em última instância, a formulação legaldo programa oficialde controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis

sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal.

Alessandro Nepomoceno Pinto (2010) disserta sobre a seletividade do sistema penal:

[...] o sistema penal vem a ser um conjunto de agências de poder, que interagem com o meio social, influenciando e sendo por este influenciado (mídia, família, igreja, vizinhos, escola, etc, os quais formam o senso comum), funcionando a fim de combater a criminalidade (função declarada) para proteger as pessoas de bem, daquela minoria muito má que vem a pôr em risco a segurança pública (ideologia da defesa social) [...] Isto se deve ao fato de que a lógica do sistema, ao ser pautada na seletividade, a qual permite imunizar as outras camadas que, ao contrário daquela selecionada, possuem alguma forma de poder, seja este de caráter político, econômico ou científico. Esta é a chamada função latente do sistema penal. Enquanto o seu poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas na lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema.

Como discurso eletivo, mais e mais se têm adotado o discurso do Direito Penal máximo por parte dos políticos, estes transformaram o clamor midiático e a revolta da sociedade (que já era irracional) de ameaça para forma de promoção pessoal. Isso porque é arraigado na cultura popular a ideia de que a única solução para todo e qualquer problema é a “cadeia”.

É também óbvio mencionar que a sociedade já está saturada da violência, não há mais paciência para olhar a pessoa do autor de um delito (qualquer que for) com alguma sensibilidade ou imparcialidade. Tudo isso faz só fomentar o clamor midiático e, por sua vez, o simbolismo e popularismo do Direito Penal.

Com precisão André Luís Callegari e Maiquel Angelo Dezordi Wermuth (2010, p. 78) disserta:

Esse processo contribui para um profundo empobrecimento do debate político-criminal, visto que, no afã de atender aos reclames populares, os partidos políticos limitam-se a competir entre si no sentido de demonstrar quais deles são os mais ferrenhos – e, conseqüentemente, dentro desta lógica, eficazes – no combate à delinquência.

Essa cadeia de fenômenos jurídicos e sociais é um ciclo sem fim, ou melhor discorrendo é, na verdade, um fim em si, pois beneficia tão somente os atores estatais.

O Estado não provê substancialmente os direitos elencados pela sua Constituição; a massa excluída da sociedade sem educação, saúde e, diversas vezes, em contato frenético com drogas, por sua vez, se revolta e procura uma forma de se sustentar à margem da Lei; os reflexos ricocheteiam nos “cidadãos-consumidores”, agravando a situação de sociedade de risco; o clamor popular, influenciado pela mídia, invoca uma resposta ágil e cruel do Estado, que adota esta política como padrão, continuando, no entanto, a se omitir frente aos direitos fundamentais; como estas repostas nada tem de eficazes e somente mascaram o real problema, a revolta só aumenta e assim o círculo de ódio se reproduz.

Ante a isso, basta um pouco de estudo para percebermos que a violência contemporânea não se resume a um fenômeno de “causa e efeito”, não se resolverão os problemas sociais com mais repressão, do contrário, tendo em vista os movimentos fundadores de um Direito Penal máximo nascidos desde o Lei e Ordem, na década de 90, estaríamos vivendo um momento de paz social abundante. O que não se faz concreto.

Já fora mencionado que a marca registrada do Direito Penal é a pena privativa de liberdade, tanto que, a sociedade ao saber que fulano cometeu um delito e fora condenado com pagamento de cestas básicas se revolta, pois no senso comum “lugar de bandido é na cadeia”! No entanto, se considerarmos a situação como está, em breve existirão poucas condutas não criminalizadas, e todos seremos, então, “bandidos”.

O Direito Penal pode e, inevitavelmente, conterà carga simbólica. Esta, porém, jamais deve ser caracterizada como a que se faz presente. O simbolismo atual deste ramo do Direito é altamente degenerativo e parasita de uma comunidade acrílica e despolitizada.

Da mesma maneira é explicitamente e, prescindível dizer, absurdamente inconstitucional um Direito Penal seletivo como o que, repetindo o acima, também é a realidade concreta.

4.3 Imputação Penal da Pessoa Jurídica

Levemos ainda em consideração a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como polo passivo de uma ação penal. No bojo da discussão deste tema, encontramos diversos fundamentos prós e contras a este fenômeno, porém, certo é que hoje este se aplica perfeitamente no âmbito concreto, sendo preceito constitucional efetivado inclusive pela Lei n. 9.605/98. No entanto, entendemos não ser, acima de tudo, necessária a aplicação do Direito Penal nestes casos.

O fundamento para a possibilidade de haver uma pessoa jurídica como ré numa ação penal é sintetizada muito bem por Kedma de Carvalho Nery (201-, p. 02):

Antes da real aplicabilidade da responsabilização da pessoa jurídica sustentava-se que a mesma nunca poderia praticar crimes, pois lhe faltava algumas características que pertenciam somente aos seres humanos, tais como vontade e entendimento do ilícito. Com a evolução e aperfeiçoamento da teoria da realidade, essa vontade passou a ser caracterizada pela vontade da maioria de seus membros, ou seja, pela deliberação e votação dos mesmos, passando assim a ter capacidade de ação e de realização da conduta típica. Outro problema que dificultava a caracterização da teoria da realidade no sistema penal relacionava-se a pena. Muitos doutrinadores entendem que não há menor possibilidade de aplicação às pessoas jurídicas da pena privativa de liberdade por total impossibilidade no seu cumprimento. Com a teoria adotada pela Constituição essa impossibilidade já não persiste, pois não há aplicação de penas privativas de liberdade, mas penas alternativas que se adequam a natureza da pessoa jurídica.

Entretanto, com o devido respeito à suposta premissa constitucional, discordamos do entendimento acima se baseando ainda no raciocínio de que a pessoa jurídica não poderá se sujeitar à pena privativa de liberdade. É cediço que há outras sanções, no entanto o Direito Penal deverá agir em face de quem tenha potencial risco de sujeitar-se à pena principal, caso contrário deve-se usar de outro ramo do Direito de modo a sancionar a pessoa jurídica.

Sujeitar a pessoa jurídica ao Direito Penal sabendo, de antemão, que a sua sanção será diversa da privativa de liberdade é um desperdício de máquina estatal.

A própria denominação deste ramo jurídico, Direito “Penal”, tem relação direta com a sua sanção, sua marca registrada, a pena, mais precisamente a privativa de liberdade, tendo em vista que a novidade das outras. Partindo desta ideia, podemos encontrar certas distorções que o Direito Penal vem sofrendo, estas distorções são efeito da falácia de que este ramo do direito pode resolver todos os problemas sociais. No entanto, a sobrecarga do sistema penal é a principal causa de suas falhas, aliada a desconsideração do Estado em face da Constituição Federal.

Devemos nos perguntar: por que existem tantos princípios e garantias consagrados na CF/88, Código Penal e Código de Processo Penal? A resposta é simples, pois, como já dito, este é o mais fatal dos ramos jurídicos, o que afeta a liberdade individual do sujeito quando o sujeita a pena privativa de liberdade.

A ciência jurídica reserva espaço para um Direito Penal e Direito Processual Penal. Estabelece, portanto, regras de direito material e cria um processo penal muito diferente do cível e pautado nas garantias constitucionais para a proteção do réu, de modo que este não tenha sua liberdade cerceada sem a certeza de um julgamento garantista. O diferencial, a marca, do direito penal é a pena privativa de liberdade. As penas de multa e a restritiva de direito são reservadas a crime de lesividade menos gritante e indivíduos com antecedentes favoráveis, para que o autor do delito não seja encarcerado sem propósito. Ainda mais levando em consideração o estado de nosso sistema penitenciário.

Neste sentido, Rogério Greco (2007, p. 179):

Nossa posição, baseada nos argumentos já expendidos, é no sentido de não se tolerar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, haja vista a sua total impossibilidade de se adaptar à teoria do crime, bem como a desnecessidade de intervenção do direito penal.

Desta maneira, a nosso ver, a pessoa jurídica não deve ser polo passivo de ações penais. Tanto por prescindir das garantias que lhe são conferidas se sujeita ao processo penal, quanto pela necessidade de um Direito Penal “enxuto”,

que possa ser efetivamente aplicado. Da mesma maneira este entendimento deveria ser aplicado a toda lei que tipifique conduta como “crime”, porém somente aplique sanção de cunho patrimonial de prestação de serviços. Nestes casos, melhor relegar estas situações ao Direito Administrativo ou Civil.

5 FALÊNCIA DA PRISÃO

Caminhando para o desfecho do presente capítulo, nosso último tema pode ser considerado dos mais importantes para demonstrar a ineficiência de um Direito Penal Máximo e desproporcional como está. Trata-se da falibilidade da pena privativa de liberdade.

Para discorrer de forma exata e sucinta este tema, levar-se-á em conta os discursos legitimadores da pena e como este sistema é, de fato, aplicado.

De modo a não perdermos o foco central da presente pesquisa, fora escolhido estudar as teorias mistas da pena, visto que estas são as mais usadas para legitimá-la contemporaneamente, bem como as que melhor abordam os diversos aspectos deste instituto e, afunilando mais o assunto, trataremos das principais teorias usadas atualmente, quais sejam a de FERRAJOLI e ROXIN.

Para este último, a pena teria três utilidades complementares. *A priori*, ao ser cominada, teria função de ameaça; ao ser aplicada, função de impositiva; e, por último teria função de execução. De modo singelo, para este doutrinador, a pena sendo emanada de um Estado Democrático de Direito, onde a isonomia prevalece, não teria a capacidade de corrigir o indivíduo moralmente, mas tão somente deveria garantir à sociedade uma condição de vida digna, ou seja, a mais pacífica possível.

Por este ser um defensor ferrenho da subsidiariedade do Direito Penal, sua teoria foi chamada de “prevenção geral subsidiária” (ROXIN, 1993, p. 31). Pois, além da subsidiariedade, a pena atende aos fins de prevenção geral, ou seja, é a confirmação ao resto da sociedade de que o indivíduo será punido, passando assim uma mensagem de intimidação e revalorização dos valores sociais, unindo as funções de prevenção geral positiva e negativa.

Não obstante, não descarta a função de prevenção especial deste instituto, e adota a culpabilidade como seu limite, Claus Roxin (1993, p. 47-48) discorre:

[...] certamente, não se pode desconhecer que, na maioria dos casos de aplicação da pena, se inclui também um elemento de prevenção especial que intimidará o delinquente face a uma possível reincidência e manterá a sociedade segura deste, pelo menos durante o cumprimento da pena.

[...] fim de prevenção geral da punição apenas se pode conseguir na culpa individual, pois se vai além, e portanto se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atenta-se realmente contra a dignidade humana.

Para a teoria de FERRAJOLI, Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 72-73) acentua que, com relação à pena privativa de liberdade:

[...] o único fim que pode e deve perseguir, legitimamente, o Estado, por meio da pena, é a prevenção geral negativa. Mas não apenas a prevenção de futuros delitos, como sói enfatizar as doutrinas utilitárias tradicionais. Em seu utilitarismo reformado, com efeito, Ferrajoli dá especial ênfase à prevenção de penas informais, isto é, à prevenção de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias, que podem resultar da ausência ou omissão do sistema penal.

[...]

Confere-lhe (ao direito penal), portanto, uma dupla função preventiva, ambas de signo negativo: prevenção de futuros delitos e prevenção de reações arbitrárias, partam do próprio particular ou do próprio Estado. Privilegia, porém, seu modelo de justificação do direito penal, essa segunda função, que considera como fim fundamental da pena.

Feitas estas considerações, cabe analisar a realidade caquética de nosso sistema prisional, hoje, superlotado com a clientela do Direito Penal e de efeito ressocializador quase nulo.

Para Paulo de Souza Queiroz (2005, p. 78-80), dentre as concepções da pena apresentadas, a que mais se aproxima do nosso direito é a teoria dialética-unificadora de Roxin.

O artigo 1º da Lei de Execuções Penais prevê um princípio essencial de nosso sistema carcerário, pela dicção do artigo, há alusão expressa do fim de reintegração social do indivíduo à realidade social pela pena. Traz, portanto, em seu bojo o caráter utilitário da pena privativa de liberdade.

Entretanto, inúmeras distorções são encontradas entre o plano abstrato das normas relativas à execução das penas e o plano fático.

Certo é que a pena privativa de liberdade, desde que instituída, constitui tão somente um modo de o Estado escoar os resultados de sua negligência em prover o que lhe é outorgado constitucionalmente. A reincidência está aí e não nos deixa mentir.

Num primeiro enfoque se deve ressaltar novamente a dificuldade que a sociedade vem sofrendo em lidar com problemas complexos os quais demandam, por lógica, soluções complexas. Como já mencionado, a criminalidade, conjuntamente com os outros problemas de uma sociedade globalizada e complexa, não é uma relação de “causa e efeito”, pelo contrário, são diversas “causas” as quais cada uma geram um ou mais “efeitos”.

Nessa percepção reside talvez o mais primitivo equívoco da prisão, a uniformidade de castigo. Com efeito, homicidas, furtadores, e viciados em entorpecentes são colocados numa sala, isolados da sociedade, e espera-se que quando saiam de lá estejam “iluminados”?

O princípio constitucional da individualização na execução da pena pode ser encontrado nos artigos da Lei de Execução Penal nº 7.210/84, assim transcritos:

Art. 05 - Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 06 - A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação, que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

No entanto, é cristalino o tratamento que os sujeitos a este instituto detêm. Os detentos são recolhidos a celas superlotadas, convivendo com autores de diversos crimes. A maioria, porém e em consonância com a seletividade do sistema penal, pobre e usuária de tóxicos, sem nenhuma educação ou noção de cidadania. Lá, fora da sociedade, criam sua própria realidade. Não é de surpreender o porquê do nascimento de movimentos como o PCC e o Comando Vermelho.

O problema, novamente, não é atual, Michel Foucault (1987, p. 104.) transcreve em sua obra um trecho de discussão parlamentar francesa do século XVIII:

De maneira que se eu traí meu país; se matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Tenho a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio.

É a demonstração da falha relação “causa e efeito” já alertada.

Leonardo Sica (2002, p. 51), ultima nossa tese, remetendo-nos novamente ao tópico da seletividade penal:

Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que: 2-3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semi-alfabetizados; 95% são absolutamente pobres; 98% não tem condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo e furto.

Os dados são reveladores e nada mais fazem do que dar suporte probatório ao ponto em que se quer atingir com a presente tese.

O mesmo autor Leonardo Sica (2002, p. 105) sintetiza nosso pensamento:

Se a pena tem a marca indelével de aflição de um mal, a prisão é um mal maior, a impor sofrimento interior e exterior, este advindo da estigmatização (...). A ressocialização é um mito. A realidade é a dessocialização. O crescimento de prisões provisórias, meramente cautelares, constitui confissão de que a prisão não objetiva a reinserção social. Sob o pretexto ressocializador, escondem-se o castigo, a exclusão, a segregação, consequências para uns, finalidades mesmo para outros.

Como dito, o primeiro passo para uma democracia substancial é a conscientização do cidadão (não só o consumidor!) e o rompimento de um paradigma fundamentador de um Direito Penal de emergência. Não é tarefa fácil, pois, conforme exposto, problemas complexos exigem soluções complexas.

Mas devemos ter essa consciência de maneira que possamos exercer nosso papel num Estado Democrático de Direito. *Todo poder emana do povo*, portanto, somos responsáveis pela nossa situação.

Urge, antes de tudo, libertar a massa social do discurso falacioso proveniente dos ocupantes das cadeiras legislativas de modo a, de fato, escolhermos legítimos representantes desta função para construir e aplicar um Direito Penal consonante com a Lei Maior para esta possa atingir seus objetivos por excelência.

6 O DIREITO PENAL MÁXIMO (OU DE EMERGÊNCIA)

Tudo o que foi trazido ao leitor no até o momento converge para o tema deste capítulo. O terrorismo midiático, o círculo de ódio produzido pelo sistema prisional, a sociedade acrítica, despida de valores, de risco, entre outros fenômenos, são os que dão suporte a esta linha de pensamento.

Convém, antes de qualquer coisa, diferenciar o que é expansionismo penal de Direito Penal Máximo.

Aquele compreende o esforço e a possibilidade que o Direito Penal tem de tutelar bens que, com a evolução do tempo, surjam ou adquiram a relevância digna desta proteção, por óbvia observância dos princípios da lesividade e intervenção mínima.

É necessário um expansionismo penal, sob pena do ordenamento jurídico se tornar obsoleto e ineficaz, como já explanado.

O Direito Penal Máximo, neste estudo, será estudado como um movimento. Nada obstante, movimento será chamado, mas não um movimento padrão, *standard*, por possuir certas peculiaridades como, por exemplo, sua manifestação caracterizada por outros movimentos. Ora dando vida a estes, ora neles procurando fundamento de sua própria eficácia.

Este movimento é caracterizado pela autoafirmação do Direito Penal como primeira resposta estatal contra qualquer violação a algum bem, prescindindo este de relevância jurídica.

Como visto, mesmo que perfunctoriamente, uma cadeia de motivos e fenômenos dá guarida a esta falácia. O Direito Penal Máximo também é chamado de Emergência justamente por tudo o que já foi exposto supra. A sociedade “apavorada” e com ódio da onda delitiva apoia um Direito Penal com “soluções” em curto prazo. Daí a alcunha.

Entretanto, enquanto prática e opinião popular se distanciam da doutrina jurídica e criminológica, o Direito Penal é usado ao sabor daquela, de modo tosco, imprudente, inconstitucional.

A seguir sintetizaremos alguns casos de teorias aplicadas com base neste movimento.

6.1 O *Fixing Broken Windows*

Trata-se da ideia de punir os delitos considerados leves e cotidianos, que em regra são considerados comuns, como o uso de entorpecentes, a vadiagem, o furto e roubo de pequeno valor, de modo a evitar a prática de crimes mais graves.

Em suma, se parte da premissa de que a tolerância, em qualquer nível, daqueles dá azo a prática destes.

A tradução da teoria é: consertando as janelas quebradas. Daniel Sperb Rubín (2003), em artigo publicado, nos traz o caso fático:

Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, publicaram na revista *Atlantic Monthly* um estudo em que, pela primeira vez, se estabelecia uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Naquele estudo, cujo título era *The Police and Neighbourhood Safety (A Polícia e a Segurança da Comunidade)*, os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida.

Kelling e Wilson sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas

desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime.

Em razão da imagem das janelas quebradas, o estudo ficou conhecido como broken windows, e veio a lançar os fundamentos da moderna política criminal americana que, em meados da década de noventa, foi implantada com tremendo sucesso em Nova Iorque, sob o nome de "tolerância zero".

Isto é, esta teoria se fundamenta numa premissa parecida com a da prevenção geral da pena, ou seja, procura reafirmar os valores fundantes da sociedade e, ao mesmo tempo, intimidar a camada delinvente contra a prática de delitos.

Por mais que haja fascínio pela presente teoria, ela não deve prosperar.

Primeiro já pela essência de seu nascedouro ser inconstitucional. A presente teoria vai, ao focar prioritariamente os crimes de pequeno porte, contra os princípios de lesividade e intervenção mínima.

Segundo porque a impunidade de pequenos delitos não é a única causa da criminalidade mais gravosa. Por tudo o que já foi disposto, nossa clientela de presidiários é seletamente escolhida pela baixa criminalidade e nem por isso vivemos uma utopia.

Terceiro, a cifra negra demonstra que o aparato estatal não tem controle de todos os delitos. E se assim o é, as infrações de pequeno porte nunca serão erradicadas.

Rogério Greco (2007, p. 20) finaliza o raciocínio:

Vale frisar que nossa intenção não é deixar impune um comportamento que mereça a reprovação do Estado. Contudo, essa repressão pode ser levada a efeito pelos demais ramos do ordenamento jurídico, atendendo-se à chamada natureza subsidiária do Direito Penal, inerente ao princípio da intervenção mínima.

O retirado destas pesquisas não serve a desacreditar o sistema penal, mas sim para impor o seu uso responsável, desvinculado da moral do senso-comum, a do "bandido-bom-é-bandido-morto".

6.2 O *Three Strikes and You're Out*

Metáfora emprestada do beisebol, onde o bateador só possui três chances de acertar a bola, a teoria se expandiu nos anos noventa nos Estados Unidos e ainda hoje é aplicada em alguns de seus Estados.

Na Califórnia, é a chamada “*three strikes law*”, e prevê a imposição por parte das cortes americanas de penas mais altas à medida da reincidência da pessoa. Numa relação diretamente proporcional.

De acordo com o site da Universidade de Stanford (2010):

A Califórnia foi um dos primeiros Estados a aprovar tal esquema de sentenciamento, que agora é visto como o mais rigoroso (com exceção das penas capitais) dos Estados Unidos. De acordo com a exposição de motivos da lei, o esquema dos três strikes foi criado para ‘manter os assassinos, estupradores, e molestadores de crianças atrás das grades, onde pertencem.’ Entretanto, hoje, mais de metade dos presos sentenciados sob a lei estão cumprindo pena por crime não violento. O projeto dos três strikes representa, exclusivamente, estes indivíduos [...]

O maior destaque da lei dos três strikes é a imposição de pena perpétua por cometimento de qualquer crime, não importando sua intensidade, se o sentenciado já for reincidente por ter cometido dois crimes graves antes. ‘Crime grave’ é o definido pela lei californiana e abrange de homicídio e estupro até roubo não-residencial. A terceira infração pode ser de qualquer tipo de crime, incluindo a simples posse de droga ou o furto de pequena monta. (a lei dos três strikes possui, também, uma previsão para o “segundo strike”, na qual dobra a pena imposta ao reincidente que já cometeu um delito grave).

Com efeito, foi a partir desta teoria que ocorreu o *boom* do sistema prisional americano. Estima-se, hoje, que 25% da população carcerária mundial é proveniente dos Estados Unidos, enquanto estes representam, livres ou presos, somente 5% da população mundial².

Como caso fático, é interessante transcrever uma entrevista colocada no artigo de Matt Taibbi (2013) à revista Rolling Stones:

² Fonte: LONDON. King’s College, International Centre for Prison Studies – <http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps/> - acesso em set.13; e Ministério da Justiça

Tendo crescido sem pai e com a mãe viciada em remédios para dormir, Wilkerson, que afirma ainda saltar como Regis Miller, começou a passar mais tempo nas ruas. Depois da morte da sua mãe, aos seus dezesseis anos, passou a andar com más companhias, e em 1981 serviu como vigia numa série de roubos. Foi pego rapidamente e sentenciado a seis anos de prisão. Depois que saiu, achou emprego como operador de empilhadeira, e se distanciou de sua velha vida.

Mas naquele dia no shopping, algo lhe ocorreu. Ele andou de loja em loja, comprou algumas coisas, ainda chacoalhando a cabeça, chateado pelo compromisso de sua namorada no cabeleireiro. Depois de um tempo, entrou numa loja de departamentos chamada Mervyn's. Típica cadeia de lojas, cheia de manequins e cabides de vestido; estão fechados hoje em dia. De repente, um par de meias chamou sua atenção. Ele o pegou e colocou em sua sacola de compras.

“Que tipo de meias eram, para valer tanto o risco?”

“Eram meias de um milhão de dólares com ouro nelas”, ele diz agora, rindo quase que descontroladamente, enquanto conta a história de dezoito anos atrás, de uma instituição corretiva em Soledad, Califórnia.

“Sério, eram tão especiais?”

“Não, eram meias brancas, normais,” ele diz, sem saber se ri ou chora. ‘Nem tinham listras.’

Wilkerson nunca conseguiu sair da loja. Na saída, ele foi, diríamos, entusiasmadamente apreendido por dois guardas. Eles o levaram ao setor de segurança da loja, onde os guardas passaram a discutir entre si se chamariam ou não a polícia. Um queria que ele pagasse as meias e fosse embora, mas o outro era mais durão e chamou a polícia, sem ter ideia de que estava prestes a escrever sua parte em uma das mais absurdas histórias a acontecer na região sul da Califórnia.

Graças a uma nova em folha, e intolerante a crimes, lei estadual, Wilkerson seria em breve sentenciado à prisão perpétua por furtar um par ordinário de meias que valiam \$ 2,50.

É um exemplo de até onde a falácia do Direito Penal Máximo pode chegar.

6.3 Tolerância Zero

Possui o mesmo fundamento da primeira teoria estudada (*fixing broken windows*), isto é, procura evitar a prática de crimes graves criando uma esfera de

controle social por meio da atividade policial de forma intensa, punindo com severidade os delitos pequenos.

Teve sua aplicação oriunda na Nova York de 1990, como uma resposta emergencial da alta criminalidade que assolava cidade.

Nas palavras de Loic Wacquant (1999, p. 26):

Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por William Bratton, responsável pela segurança do metrô de Nova York, promovido a chefe de polícia municipal. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.). Usam para isso três meios: aumento em dez vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigação quantitativa de resultados, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinal ético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e ‘outros comportamentos antissociais associados aos sem-teto’.

Encontramos um conceito bem definido da teoria na obra do brilhante Rogério Greco (2011, p. 15), aduzindo que:

Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador.

Uma característica marcante desse “movimento dentro de outro” é a aplicação instantânea e absoluta de medida pré-determinada ao infrator, tirando do julgador a análise de sua culpabilidade.

Isto é, se determinada pessoa comete um pequeno delito (aqui tratado como sinônimo de contravenção penal), esta será sancionada com uma medida

única e pré-determinada que não precisa ser necessariamente severa, mas a prática e o fundamento do movimento só demonstram o contrário.

É, flagrantemente, um caso de retrocesso à dogmática penal contemporânea, pois além de retirar do julgador o poder de dosar a pena, tarefa esta agora ao bel-prazer do legislador, vai contra o Devido Processo Legal, por retirar do infrator a oportunidade de solicitar ou requerer, quando for o caso de análise do julgador ou direito subjetivo do réu, medidas e penas alternativas ao cumprimento de sua pena.

Pela política de tolerância zero, figuras como o erro escusável e a culpa são anuladas em favor da punição do fato tido como (apenas formalmente, portanto) típico.

A teoria é tão forte que atingiu as escolas, no exemplo norte-americano, e gerou diversas controvérsias, como a suspensão de um garoto de 5 anos por ter levado uma arma de brinquedo que ganhara como *souvenir* ao local.

Outra garota também fora suspensa por, durante o intervalo, tirar de sua mochila uma pequena faca. Ela e sua mãe, na pressa do cotidiano, acabaram por trocar as sacolas que continham seus almoços. A faca era para a mãe fatiar uma maçã³. Os casos fáticos expostos podem significar pouco ou nada quando observados numa escola. Mas na prática penal resulta em bizarrices e deformações inescusáveis.

Outro problema é que enquanto a teoria se expande, encontrando aplicação nas escolas e no tratamento à embriaguez ao volante, em nada traz sucesso, a não ser em promover a desigualdade e as afrontas à dogmática jurídica já discutidas, conforme artigo publicado na New York Times, de Brent Staples (2012):

Não existe prova de que a política de tolerância zero, adotada na Nova York e outras cidades de 1990, tenha algo a ver com a redução da criminalidade grave no país. O crime também caiu em jurisdições que não adotam o procedimento.

³ Casos expostos em matéria da revista Boston Community, disponível em: http://boston.com/community/blogs/crime_punishment/2013/03/zero_tolerance_makes_zero_sens.htm. Publicado em: 03.2013. Acesso em: 04.02.2014.

Milhões de pessoas foram presas em virtude da política dos pequenos delitos, como a posse de pequena quantidade de maconha. E uma coisa é inquestionável: esta política de 'prender primeiro' ensejou nas cortes o sentenciamento de diversos pequenos contraventores, destruindo suas famílias.

A política de tolerância zero, tendo em vista todos os argumentos expostos, só traz senão a latência do problema que deu causa ao surgimento dela mesma. É, frisamos novamente, a já mencionada crise causa e efeito.

Rogério Greco (2011, p. 155-156) bem expõe o pensamento:

Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra.

Com efeito, quando tudo é proibido, nada é regulado.

6.4 Abolicionismo Penal

De modo a estabelecer um raciocínio crítico no presente trabalho, é imprescindível tecer algumas considerações sobre um movimento que vai frontalmente contra ao já por nós criticado.

Porém, como veremos, não será suporte fático de nossa proposta, justamente por ser dotado de uma radicalidade extrema.

Movimento que busca pelo fim do Direito Penal. Esta teoria foi criada a partir do movimento humanista que sucedeu após a Segunda Guerra Mundial. Trata-se de uma resposta extremada às atrocidades que este ramo do Direito pode causar se utilizado de maneira errônea por um Estado que não respeite os limites de legalidade e democracia de forma substantiva, material. Ora, afinal, a sanção penal,

ao menos a principal, (pena privativa de liberdade) atinge os bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade, quais sejam a liberdade e, dispensada a hipocrisia e em cotejo ao sistema penitenciário, a dignidade humana.

Rogério Greco (2011, p. 08) preleciona com maestria:

A crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir com as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra correspondente às infrações penais que não foram objeto de persecução pelo Estado, a seleção do que deve ou não ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade dos cidadãos resolverem, por meio dos outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo etc.), os seus conflitos interindividuais, levaram um grupo de autores a raciocinar, definitivamente, com a tese abolicionista.

Os defensores desta tese abarcam diferentes e sedutores pensamentos críticos quanto à eleição dos bens elevados à tutela penal, bem como suas nuances geográficas (o que é crime em um Estado, em outro não o é).

Ainda segundo Rogério Greco (2011, p. 09):

A crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob a ameaça de sanção, questionando critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, pois que, como é do conhecimento de todos, a clientela do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força como forma de contenção de massas, em benefício de uma outra classe, considerada superior, que necessita desse muro divisório para que tenha paz e tranquilidade, a fim de que possa produzir e fazer prosperar a nação.

Como já mencionado, a proposta do movimento abolicionista é extirpar do ordenamento jurídico o seu ramo mais repressor, instituindo aos outros ramos do Direito (como o Civil e o Administrativo) a tutela dos bens da vida que outrora lhe eram guardados. No entanto, ao nosso ponto de vista, duas razões levam a

considerar impossível a implementação fática desta teoria seja em qualquer parte do globo.

A primeira a se considerar é bastante simples, a sociedade sempre necessitou de regulação, não há quem possa demonstrar de fato, portanto, que certa conjuntura social possuía um nível de conflito social tão rarefeito que tornasse cabível a prerrogativa do Estado em extinguir a presença do Direito Penal de seu conjunto normativo. No mais, conforme já dissertado anteriormente, o Direito serve como regulador social, mas surgem (ainda mais levando em conta a sociedade “pós-moderna”) a cada dia que passa mais e mais comportamentos e possibilidades diferentes de praticar atos concernentes às relações sociais (já líquidas). Essa premissa, somada à crise valorativa trazida pela globalização, torna inviável a dispensa de Estatutos Repressores.

A segunda razão reside também na impossibilidade de outros ramos do Direito serem não só capazes, mas também adequados, para dar uma resposta eficaz em relação a certos crimes.

Rogério Greco (2011, p. 11) preleciona:

Embora extremamente louvável o discurso abolicionista, o certo é que, para determinados fatos graves, infelizmente, não existe outro remédio a não ser o Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abrimos mão do sistema penal, sob o argumento de que os outros ramos do direito são capazes de resolver quaisquer tipos de conflitos e lesões a bens jurídicos de relevo. [...]

Em que pese a tese abolicionista preconizar que o Direito Penal não é o instrumento hábil para levar a efeito o juízo de censura sob os comportamentos desviados, até o momento, infelizmente, como já o dissemos, não conseguimos vislumbrar outro que seja capaz de impedir a prática de comportamentos graves, causadores, muitas vezes, de danos irreparáveis à sociedade.

Urge, com toda a urgência possível, uma superação dessa dicotomia Direito Penal Máximo e abolicionismo e, ao mesmo tempo, um respeito substancial à nossa Lei Maior.

Para um caminho mais eficaz e, se assim puder ser afirmado, justo, o Direito Penal deve ser conjugado à luz da Constituição Federal, e ser ciente das suas consequências.

7 O DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO: O ENFOQUE CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

Este último e mais extenso capítulo do trabalho será dedicado a fundamentar a aplicação de um Direito Penal mínimo, garantista e, como veremos, substancialmente constitucional.

De fato, para o iniciarmos temos de visitar, revisitar, e criticar alguns institutos e conceitos já bem consagrados na dogmática penal de modo a concluir o estudo.

Um das destas “visitas conceituais” necessárias diz respeito às teorias constitucionalistas do Direito Penal, no que concerne à teoria do bem jurídico. A faremos de modo sucinto, para não perdermos o foco da tese.

Em razão de movimentos liderados principalmente pelo chamado (neo)constitucionalismo, uma gama de pensadores passaram a utilizar não só a letra da lei como limitação ao *jus puniendi* do Estado, conforme dita o princípio da reserva legal ou legalidade, mas sim o positivado na Constituição, ora como limite, ora como impulsionador (ou ambos), como fundamento de sua atuação.

Em razão disso, surgiram basicamente três teorias distintas:

A primeira tem a Constituição como limite negativo do direito de punir estatal. Em suma, contém a premissa de que, assim como os demais ramos do Direito, o Penal pode tutelar qualquer bem jurídico se esta tutela não contrariar o que a Lei Maior dispõe.

Janaína Conceição Paschoal (2003. P. 55) esclarece:

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

A segunda teoria caminha em contrapartida da primeira, pois aduz que o legislador penal somente poderia estender a tutela penal em torno de bens que, expressamente, se encontram no texto constitucional. Dizemos expressamente, porque se a limitação traçada fosse, também, em torno de institutos e bens intrínsecos à Constituição, então sequer limitação haveria, pelo fato desta ser a *Grundnorm*, isto é, a lei básica ou ponto de partida de todo o ordenamento jurídico.

Por isso, a presente teoria tem a Constituição como limite positivo ao Direito Penal.

Janaína Conceição Paschoal (2003, p. 59) define que:

[...] para a máxima intervenção estatal ser admissível, não basta que a lei penal não entre em conflito com a Constituição, devendo, necessariamente, recair sobre condutas que firam os valores de relevância constitucional.

A mesma autora (2003, p. 60), em sua brilhante pesquisa, ainda subdivide esta linha de raciocínio em duas:

[...] quais sejam; a do Direito Penal enquanto potencial espelho do texto constitucional e a do Direito Penal enquanto instrumento de tutela de direitos fundamentais; quando comparadas com a teoria negativa, conclui-se que ambas refletem o objetivo de limitar ainda mais o exercício do poder punitivo estatal, sendo por isso questionáveis todas as teses que advogam que dessas teorias deve decorrer o alargamento do Direito Penal.

Nada obstante à divisão, discorreremos mais do assunto em momento oportuno.

Há ainda uma terceira teoria. Esta se diferencia das demais por buscar não a limitação do *ius puniendi*, mas sim uma “obrigatoriedade de criminalização” de cunho constitucional.

Nas palavras de Maria da Conceição Ferreira da Cunha (1995, p. 307):

[...] a Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso (ou acusado de tal), mas também com potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade. Assim como teria legitimidade para conter o poder criminalizador, autorizando-o apenas à tutela de objetos legítimos, teria também legitimidade para lhe impor um mínimo irrenunciável de tutela.

Contém a premissa de que a Lei Maior estabeleceu, para o Direito Penal, uma linha de raciocínio paralela e convergente à dos direitos fundamentais. Assim não só teria limitado a interferência discricional do Estado na liberdade do indivíduo (como o faz por meio da introdução dos direitos fundamentais de primeira geração), mas também dispôs sobre uma intervenção estatal no caso de lesão a bens por ela enumerados como dignos de tutela penal (como o faz por meio da aplicação dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, quando estabelece as políticas públicas).

Janaína Conceição Paschoal (2003, p. 59/72) discorre:

Concebendo-se que a Constituição indica, determina e até obriga a criminalização de condutas, está-se, na verdade, migrando das concepções que, a princípio, tomam-na como limite do Direito Penal para uma ideia de Constituição fundamento de tal Direito [...]

Essa modificação de prisma faz com que, ante a Constituição, a criminalização de uma determinada conduta deixa de ser vista apenas como possível, passando a ser tida como constitucionalmente obrigatória.

Devida vênia, por mais que grandes juristas adeptos do Direito Penal mínimo suportem este raciocínio, como Paulo Queiroz, aqui nós não o faremos. Com efeito, não se pode atribuir uma obrigatoriedade estatal em exercer sua violência baseada em valores que a Constituição determina.

Primeiro porque o princípio da lesividade e adequação social fazem este trabalho (de eleição de bens jurídico-penais) muito melhor, justamente por serem princípios e, com isso, melhor se amoldarem com a fluidez social. A obrigatoriedade em punir bens expressos no texto constitucional enrijeceria a seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes.

Segundo porque a Lei Maior, ao expressar desejo de tutela a algum bem, não o faz clamando pelo Direito Penal necessariamente, podendo os outros ramos do Direito, dependendo do caso, serem mais eficazes.

Janaína Conceição Paschoal (2003, p. 71) corrobora com a tese:

Apesar de parecer um problema de linguagem, tem-se que, quando a doutrina, a princípio, partidária de um Direito Penal mínimo, passa a enxergar a Constituição não só um limite, mas um fundamento ao jus puniendi estatal, está na verdade contribuindo para o seu alargamento.

Ora, diversas vezes, quando a Constituição tutela certos valores ou bens, não o faz no sentido de criminalizar a conduta humana e voluntária atentatória a eles, mas sim no desejo de impregnar, no seio de seus súditos, o seu respeito.

É assim na tutela do idoso, da criança e do adolescente, e inclusive quanto à prática de racismo. Certo é que há tipos penais sobre estes bens, no entanto, não devem existir por obrigatoriedade e serem perpétuos, como cláusula pétrea, e sim porque os princípios supracitados os requerem. Sendo suprida a carência do bem, retira-se o tipo.

Adotaremos, a partir de agora, a teoria da Constituição como limite positivo ao Direito Penal por entendermos ser a mais consonante com uma sociedade intersubjetiva e regida por um Estado Democrático de Direito.

Não obstante, fora observado supra que esta teoria se divide em duas: quais sejam a do Direito Penal como potencial espelho da Constituição; e a do Direito Penal como instrumento de tutela a direitos fundamentais.

A primeira subdivisão enxerga o Direito Penal como potencial espelho da Constituição por, em suma, considerar que qualquer bem expressamente constado nela merece tutela penal.

Janaína Conceição Paschoal (2003, p. 60), com maestria, expõe o seguinte:

Assim, independente da relevância de um determinado valor dentro da ordem constitucional, para os adeptos da teoria do

espelho, a conduta ofensiva a referido bem pode ser criminalizada, a exemplo de justificar a existência do tipo penal do adultério no art. 226 da CF brasileira, que elege a família como núcleo da sociedade.

Não iremos a favor desta, pelo mesmo raciocínio que refuta a teoria anterior. Isto é, não é porque um bem está positivado em nossa Constituição que mereça tutela penal.

Iremos a favor de outro pensamento, mesmo que mitigado em certos aspectos.

Concordamos com a outra subdivisão teórica da limitação constitucional positiva. Com um Direito Penal como instrumento de tutela de direitos fundamentais. Isso porque, aprioristicamente, nos parece ser a orientação dada pela Constituição para o Direito Penal seja pelos seus princípios, seja pelo caráter garantista e democrático que ambos (ao menos, formalmente) possuem.

Inobstante, não devemos prescindir de critério para a escolha destes bens jurídicos penalmente relevantes. Isto é, nem todos os direitos positivados como fundamentais na Carta Magna seriam escolhidos, sob pena de recairmos no erro de não levarmos em consideração a fluidez da sociedade atual.

Outrossim, certos bens que não estão presentes no rol do artigo 5º ou 6º, também, mereceriam tutela penal, como a administração da Justiça, as divisas estatais, etc.

Isto é, o Direito Penal, essencialmente, elegeria seus bens juridicamente relevantes observando, concomitantemente, os direitos fundamentais, e o princípio da fragmentariedade, lesividade e adequação social. Todos estes consonantes e regidos de acordo com uma hermenêutica constitucional garantista.

Por fim, a política criminal deveria seguir os mesmo preceitos pautados pela dogmática penal supracitados.

É o mesmo entendimento de Mendes, Bottini e Pacelli (2011, p. 83):

Propõe-se aqui uma pauta mínima de interpretação para a aplicação do Direito Penal, a partir das premissas já consolidadas no dia a dia de um Estado de Direito, no âmbito da filosofia garantista do Direito e do Processo Penal, na dupla

perspectiva do minimalismo para a tutela dos direitos fundamentais.

Também Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2000, p. 38/159):

Buscamos sacudir o Direito Penal segurando-o pelas mãos que da ideia de dignidade da pessoa humana julgamos contemporânea aos nossos próprios valores éticos e sociais. Fizemo-lo de tal forma que a cada sacudida se deparasse com as ranhuras da Constituição que se incumbem de limpar os exageros, os arbítrios e os abusos que nossas retinas dogmáticas tão fatigadas não mais enxergavam. Recolhemos o que dele, reduzido, restou como inevitável e o apresentamos utopicamente como nossa proposta de Direito Penal.

[...]

Ora, se o conteúdo essencial de um direito fundamental é imanente ao regramento de valores na Constituição, temos que os bens jurídico-penais, como particularização de um segmento axiológico dos direitos fundamentais de maior relevância, são também bens jurídico-constitucionais, o que acomoda o Direito Penal dentro do âmbito da Constituição do Estado não apenas quanto à observância de princípios gerais (legalidade, anterioridade, irretroatividade, individualização da pena), e mesmo de alguns outros que poderíamos classificar como especiais (intervenção mínima, ofensividade, lesividade, culpabilidade), mas também fazendo com que o conteúdo propriamente dito do Direito Penal encontre raízes mais profundas na Constituição.

Posto isso, prosseguiremos à análise dos princípios regentes de um Direito Penal mínimo, bem como guiaremos sua interpretação. Ignoremos, entretanto, os que não concernem ao tema, como o princípio da territorialidade.

No mais, vale pressupor que todos os princípios estudados assim o serão (pois nela já são fundados) à luz da Constituição, conforme o melhor raciocínio, adotado anteriormente.

7.1 A Intervenção Mínima

De início cumpre ressaltar que todo este trabalho encontra relevância e polêmica pela incongruência sobre o determinado pelo princípio ora estudado e a realidade criada pela aplicação distorcida do Direito Penal por meio de uma política criminal de Direito Penal máximo.

Silva Franco (1996, p. 168) parte das mesmas premissas ao indagar:

Como entender que possa estar em consonância com o paradigma constitucional uma figura como a do crime hediondo? Como considerar em coerência com um sistema democrático, fundado na dignidade da pessoa humana, tipos imprescritíveis? Como admitir numa Constituição de inspiração liberal que se determine a espécie de pena que o legislador ordinário deve cominar para determinado delito? Como estabelecer, em nível constitucional, que o legislador ordinário deve necessariamente criminalizar condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente ou a menores?

Se não fossem todas as aberrações jurídicas tratadas em capítulo anterior e sentidas na pele da sociedade, o tema e objetivo deste estudo não teriam razão de ser.

Já fora entusiasticamente ressaltada a marca registrada do Direito Penal, que é a privação de liberdade. Liberdade este direito fundamental de primeira geração, constitutiva de força negativa frente aos atos estatais para com o indivíduo, se nos respaldarmos em sua essência.

O Direito Penal, tendo em vista a inevitabilidade delitiva presente numa conjuntura social complexa, é o único legitimado a exercer uma violação a esse direito fundamental. Essa violação, razão de ser deste ramo do Direito, decorre do atentado por parte de um indivíduo frente a certo bem jurídico, chamado aqui de bem jurídico-penal.

Fosse somente assim, qualquer conduta humana atentatória a um bem elencado pelo legislador como bem jurídico-penal possuiria, como resposta estatal, sanção correspondente à violação de liberdade do indivíduo atuante.

Partindo do pressuposto de que há violações e conflitos de direitos e bens a todo o momento na sociedade, o legislador teria discricionariedade total ao elencar o que é crime ou não bastando, simplesmente, que a maioria o elegesse para tal cargo.

Ou seja, o poder constituinte estabeleceria um direito fundamental de liberdade ao cidadão com uma mão e, ao mesmo tempo, tiraria com a outra, regressando a Constituição Federal ao *status quo* de mera carta de intenções.

É quase o que ocorre hoje em dia, porém, torçamos para que mais vozes apoiem os que lutam contra essa realidade.

O princípio da intervenção mínima, conjuntamente com os próximos, é o que segura, acreditamos que por um fio, a discricionariedade legislativa na criação de tipos penais, isto é, atua no momento de criação da norma penal.

Luiz Luisi (2003, p. 40) bem assevera:

A Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º, caput), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, tratando-se, de um direito postulado nela inequivocadamente implícito.

Do princípio em análise decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária.

O princípio em tela possui característica de afirmar a supremacia dos direitos fundamentais, tendo em vista que impede o Estado de legitimar suas interferências a seu bel-prazer.

Não obstante, é importante ressaltar uma característica subsidiária da intervenção mínima, que de grande valia é para a afirmação do que se propõe no trabalho, qual seja a de assegurar a efetividade do Direito Penal.

A inflação legislativa, que torna o Direito Penal meramente promocional, só faz diminuir seu potencial utilitário. O Estado deve direcionar a máquina estatal tendo como paradigma as condutas delitivas que afetem os direitos fundamentais, de modo a produzir resultado substancial em favor da sociedade. Hoje, só faz prender em flagrante quem é débil o bastante para ser surpreendido num furto.

No mais, vale ressaltar a ideia de Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2000, 497):

Interesses essencialmente privados, cujas querelas acomodarse-iam muito mais confortavelmente no disponível direito a uma indenização, têm ocupado, contudo e sobremaneira, a justiça criminal. Isso porque o legislador, desatento ao mandamento de que pune melhor quem pune menos, sponte própria erigiu a conduta em ilícito penal.

Com efeito, já fora mencionado que quando tudo é regulado, nada é proibido. Carnelutti apud Luiz Luisi (2003, p. 42) afirma que o fenômeno presente de inflação legislativa desvalorizam as leis, e no concernente as leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral.

Uma dogmática penal, bem como uma política criminal, pautada na observação substancial da intervenção mínima tornaria o Direito Penal um ramo “enxuto”, contribuindo para a redução da cifra negra, por exemplo.

A observância deste princípio e outros é o mínimo que se espera de um Direito Penal presente em um Estado Democrático de Direito, composto por todas as garantias já expostas.

7.2 A Lesividade

É de grande capacidade didática a observação formulada por Rogério Greco (2011, p. 51):

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal.

Por meio da aplicação efetiva deste princípio já desafogáramos a persecução penal em demasia. O ideal de coisas que este busca é a utilização de um Direito Penal para atos que, de fato, lesionem gravosamente um ou mais bens jurídico-penais.

Preleciona Claus Roxin apud Nilo Batista (1990, p. 91):

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; o Direito Penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente -, falta lesividade que pode legitimar a intervenção penal.

É princípio expresso por Ferrajoli pelo brocardo *nullum crimen sine injuria*, isto é, não há crime sem lesão relevante.

Em cotejo do supra, chegamos à conclusão que o Direito Penal não pode ser usado como instrumento de educação do cidadão, ao exemplo da atualidade. Este uso, inadequado, é o que se verifica com a manifestação do “tolerância zero” (visto algures), quando o movimento já chegou inclusive às escolas norte-americanas.

Um exemplo nacional seria a Lei Seca nº 12.760/12, que altera o Código de Trânsito Brasileiro.

Ora, duas razões levam a crer na desproposital (e convenhamos, simbólica) utilização do Direito Penal para este tipo de conduta.

Inicialmente, convém ressaltar que, conforme o princípio acima, a conduta de dirigir com alguma concentração de álcool no sangue não representa uma lesão à bem jurídico algum, a não ser, talvez, um perigo. Inobstante, não é necessária reflexão alguma sobre o tema para afirmarmos que aqui, mais uma vez, se usa o Direito Penal como educador social. No mais, os critérios subjetivos do policial militar para aferição de presença de álcool no sangue do indivíduo e as penas absurdamente aplicadas são cabais para estabelecermos nosso ponto.

Outrossim, conforme observamos na Lei, a sanção principal deste tipo não é a privação de liberdade, e sim multa e outros procedimentos administrativos.

Portanto, seria de muito melhor utilização do Direito Administrativo para cuidar destes casos.

Neste sentido vem Oscar Emílio Sarrule (1998, p. 98):

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.

Segundo Nilo Batista (1996, p. 92-94), o princípio da lesividade se subdividiria quatro vertentes:

- a) Proibir a incriminação de atitudes internas;
- b) Proibir a incriminação conduta que não excede ao plano fático do próprio autor;
- c) Proibir a incriminação de um estado existencial;
- d) Proibir a incriminação de condutas desviadas que não lesem algum bem jurídico.

Em suma, o princípio da lesividade teria função dúplice. Ora seria critério para a incriminação de certa conduta num caso concreto, ora impediria a criação de certos tipos penais, quando o fossem com a simples finalidade de educar ou impor determinado valor à sociedade.

Podemos concluir que é a lesividade, bem como a intervenção mínima do Direito Penal que deflagram o seu caráter fragmentário.

7.3 A Legalidade

O princípio em comento é, indubitavelmente, uma conquista iluminista por excelência. Das mais relevantes num Estado Democrático de Direito.

No presente estudo não nos bastará, entretanto, ater somente à concepção formal da Legalidade, isto é, não é de grande valia para fundamentar nosso raciocínio apenas repetirmos o que dispõe o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, ou ainda traduzirmos os mantras dogmáticos provenientes do período “*nullun crimen nulla poena sine lege*”.

Buscaremos, aqui, uma concepção substancial da Legalidade.

Andrei Zenkner Schmidt (2001, p. 269) aduz:

A verdade é que a garantia da legalidade não se contenta, ao menos em nosso País, com o seu alcance decorrente do tradicional modelo liberal-individualista predominante no clássico Estado Liberal. Nesse sentido, temos apenas um princípio da legalidade *lato sensu*, de conteúdo quase que meramente formal e capaz de legitimar sistemas de Direito Penal Máximo adstritos, apenas, à observância das competências, dos procedimentos legislativos específicos e da prévia e taxativa cominação legal dos crimes, das penas e do processo penal. O Direito Penal, como disciplina, não pode ter somente como objeto a norma – como pensavam muitos positivistas -, pois que esta não tem validade em si mesma. Sua validade provém dos próprios valores político criminais eleitos pelo Estado Democrático de Direito.

Dentro da legalidade, podemos inferir o princípio da reserva legal que se refere, dentro do exposto, às limitações impostas à interferência estatal frente aos direitos fundamentais de primeira geração, como a liberdade (artigo 5º, inciso XXXIX, CF/88), conforme já exposto. Isto é, a reserva legal, no âmbito penal, equivale à legalidade *lato sensu*.

O supracitado autor ainda salienta que uma garantia, como a da legalidade, não deve se sujeitar a uma limitação negativa frente ao Estado, e sim também à real efetivação dos direitos de segunda e terceira geração (SCHMIDT, 2001, p. 271).

No mais, a legalidade meramente formal não é condizente com uma interpretação sistemática e garantista do Direito Penal, tendo em vista que a própria Lei Maior estabelece, em seu artigo 3º, objetivos como a redução das desigualdades sociais e regionais, e a prevalência dos direitos humanos em seu artigo 4º como princípio fundamental.

Luigi Ferrajoli (1998, p. 25) define que:

[...] garantias não são outra coisa que as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional.

Sendo assim, tendo a Constituição como limite positivo ao Direito Penal, a legalidade substancial estaria presente antes mesmo da iniciativa de um processo legislativo, pelo fato de obrigar a quem detiver prerrogativa para a criação de um tipo penal que o faça na tutela dos valores que a Lei Maior dispor como fundamentais.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2000, p. 273) conclui que:

Em suma: o princípio da legalidade material é uma garantia limitadora do poder estatal dirigida tanto ao Poder Legislativo quanto aos Poderes Executivo e Judiciário, e que possui como abrangência a capacidade de vincular não só a forma como o Direito Penal é criado e aplicado, mas também o conteúdo de sua criação e de sua aplicação.

Por esse raciocínio, a legalidade material é corolário de um Direito Penal mínimo pela sua busca de efetivação e eficiência frente aos direitos fundamentais.

7.4 A Adequação Social

O instituto em comento é criação do jurista alemão Hans WELZEL que, a princípio, o programou no âmbito da tipicidade e, logo após, como excludente de culpabilidade com caráter consuetudinário, para depois retornar ao raciocínio da tipicidade.

A adequação social é princípio que, segundo Rogério Greco (2011, p. 97):

[...] será de grande valia para que não sejam proibidas, impostas ou mesmo mantidas condutas que já estejam perfeitamente assimiladas pela sociedade.

Hans Welzel (1993, p. 66) parte do seguinte pressuposto:

Na função dos tipos de apresentar o 'modelo' de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas à vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações históricas da vida social.

Isto repercute na compreensão e interpretação dos tipos, que por influência da doutrina da ação causal eram demasiado restritas, enquanto se via a essência do tipo em lesões causais dos bens jurídicos.

Ou seja, a adequação social tem caráter dúplice. Ora, como que um caráter positivo, permite ao legislador, comungada com os direitos fundamentais, criar tipos penais e, portanto, “sobreviver” à fluidez social. Ora têm função (negativa) de interpretar e/ou retirar um tipo penal do ordenamento jurídico, se este se mostrar socialmente aceito.

Corroborar conosco Greco (2011, p. 98) ao aduzir que o princípio:

[...] conjugado com os princípios da intervenção mínima e lesividade, abre a possibilidade ao legislador da criação da figura típica, do mesmo modo que também, como reverso de uma mesma moeda, o alerta para a necessidade de revogação dos tipos penais que não mais preveem comportamentos inadequados socialmente, servindo, ainda, como importante instrumento de análise e interpretação das figuras típicas.

Imprescindível destacar que, para uma máxima efetividade do Direito Penal, o princípio da adequação social deve ser utilizado em conjunto com a supremacia dos direitos fundamentais e dos demais princípios constitucionais do ordenamento penal.

7.5 A Proporcionalidade

O princípio em comento guarda elo intenso com o garantismo penal e a teoria da Constituição como limite positivo ao Direito Penal.

Isso porque se trata de uma mitigação da legalidade estritamente formal e cega, para que haja, de fato, a aplicação substancial dos direitos fundamentais. Sendo por este raciocínio então como um corolário da legalidade material (SCHMIDT, 2001, p. 274).

O brilhante Maurício Antônio Ribeiro Lopes, em obra sua, aponta duas teorias referentes à concepção moderna de proporcionalidade, as quais sucintamente as descreveremos.

A primeira teoria em verdade chama a proporcionalidade de “necessidade”. Foi criada por Ignácio Berdugo Gomes de La Torre e Luis Arroyo Zapatero, que levam em conta a lesividade social como paradigma de sanção, tanto em seus termos impositivos quanto qualitativos. Para estes, apud Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2003, p. 61):

As penas mais graves devem ser reservadas para os delitos que atacam os bens jurídicos mais fundamentais, pelo que a

medida máxima das penas poderia bem ser determinada a partir dos delitos contra a vida e saúde, posicionando-se esses bens na cúspide do ordenamento hierárquico de bens jurídicos, como parece próprio de um Estado social e democrático de Direito.

Inobstante, há ainda que se ressaltar uma segunda teoria da proporcionalidade, esta de natureza americana, que passou a implementar o instituto da “razoabilidade” em seus julgados, isto é, desta vez no momento de aplicação da sanção-penal.

Segundo Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2003, p. 451):

A razoabilidade opera um limite para redução da normatividade positiva do Direito através de uma fixação criteriosa de métodos reconhecedores e desconhecedores da relevância ético-jurídica de fatos praticados, através de uma interpretação atual e ontológica da própria norma, individualmente considerada, e do Direito, como sistema.

Poderíamos inclusive, atribuir o conceito de bagatela a este tipo de raciocínio, conforme preleciona Diomar Ackel Filho (1988, p. 72-77):

[...] no caso da insignificância, é justamente o que ocorre. A interpretação, com base em critérios de razoabilidade, desconsidera um determinado fato como obra criminosa, valorando-o como insignificante e, portanto, destituído de reprovabilidade, de modo a obstar que possa se subsumir num standard de tipicidade da lei penal.

A premissa da razoabilidade é, de fato, necessária à aplicação da norma penal, pelo fato da ciência do Direito ser de natureza humana e prescindir de apenas critérios absolutos. Quando se fala em Direito Penal, ainda, deve haver uma maior aquiescência à adoção do princípio quando aplicável, justamente pelo fato da manifestação penal ser transgressiva a direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico pátrio, não há menção expressa ao princípio da proporcionalidade. Porém o temos como obrigatório em um Estado Democrático de Direito que preze, sobretudo, os direitos fundamentais.

Como bem assevera José Sérgio da Silva Cristóvam (2006, p. 211):

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Pelo supracitado, temos a proporcionalidade como corolário da legalidade material, pelo fato de estabelecer vínculo absoluto entre os direitos fundamentais e a criação e aplicação da lei penal.

No mais, vemos que a proporcionalidade deve ser critério essencial no momento de dosagem da pena de um indivíduo, de modo a erradicar a violência exacerbada do Direito Penal.

Conforme aduz Luigi Ferrajoli (1998, p. 320):

O fato de que entre a pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do texto retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e a gravidade do outro.

Temos, portanto, a concepção de proporcionalidade como a adequação entre a medida e o fim que ela almeja, num contexto de respeito aos direitos fundamentais.

Feitas as considerações abaixo, é importante encerrar o tópico deflagrando os subprincípios da proporcionalidade, isto é seus elementos constitutivos. Paulo Bonavides (2009, p. 396-397) descreve, brilhantemente, três elementos. O primeiro de todos é chamado de aptidão ou adequação, que é a congruência entre a medida e seu objetivo, ou seja:

Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo

se confunde com a vedação de arbítrio (*Ubermassverbot*), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade.

Pela aptidão se analisa a validade do fim e do meio para alcançá-lo, tendo como paradigma a efetivação dos direitos fundamentais.

O segundo subprincípio informador da proporcionalidade é a necessidade que, em suma, traduz a ideia de produzir o maior benefício com a menor carga lesiva aos indivíduos. Em esfera penal, poderíamos traduzi-la pela máxima: “dos males, o menor”.

Segundo Bonavides (2009, p. 397):

Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja.

Por fim, o terceiro e último elemento deste princípio é chamado de proporcionalidade *stricto sensu*, corolário, como já frisado, do princípio da legalidade.

Conforme exposto uma medida desproporcional, tendo em vista a concepção proposta de legalidade substancial, levaria a uma situação inconstitucionalismo.

Em que pese as críticas feitas por brilhantíssimos autores quanto à natureza da proporcionalidade, ao afirmarem se tratar de postulado normativo aplicativo, tendo em vista que regerá inclusive os casos de conflitos entre os próprios princípios, é interessante discorrer sobre a visão de Humberto Ávila (1999, p. 193) que, mesmo detendo este raciocínio, resume o conteúdo da proporcionalidade em simetria ideal para conosco:

Assim, o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. E quando se fala em direitos envolvidos se verifica

que o dever de proporcionalidade resulta da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, mas não só disso. A sua aplicação está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja devido realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação 'meio-fim' objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto.

A aplicação substancial do princípio em comento na proposta de Direito Penal Mínimo é essencial se considerarmos sua finalidade de guiar a intervenção penal no ordenamento jurídico, inclusive no momento de dosagem da pena.

8 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CONTRAMAJORITARISMO JUDICIAL EM FOCO NO DIREITO PENAL

No processo de elaboração do trabalho sempre pairou em nosso subconsciente a preocupação baseada na proposta de uma solução (ou, pelo menos, luz ao caminho) à implementação de um Direito Penal do Equilíbrio. Sem embargo, é forçoso ressaltar, uma última vez, que o(s) problema(s) da realidade criminal não é causado por um fator isolado, caso fosse assim o que tem sido feito nesta seara já solucionaria a celeuma.

Não. A questão aqui altamente complexa. Dentre as causas da criminalidade em massa adentram fatores biológicos, morais, políticos, sociais (mormente quando se trata da falha, e ignorante, política anti-drogas), e etc.

O que se propõe é, primeiro de tudo, um respeito substancial à dignidade da pessoa humana no tocante à formulação de métodos de atuação da política criminal, bem como na construção da dogmática penal moderna. Dignidade humana esta aqui entendida como princípio regente da hermenêutica dos direitos fundamentais e da lei penal. Conforme preleciona Ana Elisa Liberatore S. Bechara (MENDES, BOTINI, PACCELI, 2011, p. 158):

O critério político-criminal fundamental, no âmbito de um Estado Democrático de Direito de cunho personalista, é sem dúvida a garantia dos direitos humanos. Aceito esse pressuposto político-ideológico e tomado o Estado como instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-criminal deverá estar necessariamente orientada à busca de proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera penal.

O Estado, essencialmente o Judiciário, como veremos, deve abrir mão do discurso falacioso da mídia e de outros agentes políticos mesquinhos de modo a aplicar o que a Lei Fundamental preceitua em seu rol de direitos (art. 5º, 6º e 7º) em sua integralidade. Não é admissível, em um Estado Democrático de Direito, a possibilidade de cometer distorções na prática penal como as que têm ocorrido.

A indução de soluções baseadas em uma política criminal de Direito Penal Máximo enxerga e tem cabimento apenas numa sociedade organicista, isto é, vista como um todo composto de certas partes. Entretanto, esta sociedade orgânica já foi há muito ultrapassada pela concepção pluralista do corpo social, onde os indivíduos imersos nela são auto responsáveis e críticos.

Podemos concluir, por todo o exposto, que a presente política criminal tem lugar certo justamente pelo apoio acrítico e incompatibilizado com um Estado Democrático de Direito que lhe é conferido pela sociedade atual. Porém, uma mudança de direção na aplicação da lei penal é necessária para que as causas geradoras do medo e da insegurança latentes no subconsciente das pessoas passem a dar espaço à uma consciência crítica.

O réu não pode, qualquer que seja o crime cometido, ser, concomitantemente ao Direito Penal, um símbolo de condenado/condenação cruel e antidemocrática, sob o manto de falácias como: “a criminalidade está muito alta”, “tinha que ‘pegar’ pena de morte”, “lugar de bandido é na cadeia”. Da mesma maneira em que é necessária uma revisão aos tipos penais (no que tange à proporcionalidade das penas num contexto sistemático e lógico) presentes em nosso ordenamento, é também imprescindível para um Direito Penal efetivo que ele atue com ressalvas sobre a sociedade de modo a não reproduzir o que procura erradicar.

Isto é, o Estado, ao exercer a tutela penal, deve agir com parcimônia tanto no “o que punir”, como no “de que modo punir”.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara (MENDES, BOTTINI, PACCELI, 2011, p. 160) afirma:

Assim, a pessoa, tomada a um só tempo como destinatária e fundamento da norma jurídico-penal, deve ser entendida em sua dimensão concreta e comunicativa, a partir de sua capacidade de relacionar-se socialmente, com o fim de atingir o seu livre desenvolvimento. Essa concepção impede que o indivíduo seja considerado objeto da norma ou da política pública do Estado, reconhecendo-se sua condição de sujeito no contexto social.

Para que o círculo de ódio perca impulso, o Estado deve, antes de se preocupar com a política criminal de Direito Penal máximo, se ater à implementação

de políticas públicas, mormente na educação, saúde e na reabilitação penitenciária. A carência destes, como já ressaltamos, não são os únicos fatores ensejadores dos problemas criminais, mas são, antes de mais nada, problemas gerais da sociedade e é dever constitucional do Estado prover uma solução a estes.

Numa sociedade onde, em nível mínimo, haja progresso na concessão de educação e saúde, há maior espaço para discussões num âmbito democrático. Com efeito, enquanto não for dado aos súditos o que lhe é prometido pela Lei Maior, como satisfação mínima dos direitos fundamentais, não existirá na consciência coletiva a necessidade de discutir assuntos como a política criminal. Isto é, uma democracia só tem lugar onde ao menos há, também, saúde e educação.

Ou seja, só há democracia substancial quando o mundo material do indivíduo, imerso na sociedade com seus valores e experiências inerentes, são levados em consideração e se revestem do mínimo existencial necessário.

Ocorre que, entretanto e como ressaltado, quem ganha mais com a carência de efetivação das políticas públicas são os próprios eleitos que, literalmente, gritam em televisões, rádios e comícios as máximas de Direito Penal Máximo e outras recebidas de bom grado por uma população sem base crítica alguma e assustada.

Insta salientar, neste contexto, o papel fundamental do contramajoritarismo judicial frente à vontade inconstitucional predominante da população.

Sem adentrar a fundo na questão, sabemos que é o Judiciário (em especial, o STF) o órgão regulamentador das normas por meio do controle de constitucionalidade (*judicial review*).

A função contramajoritária do Judiciário nesta seara é bem explicada por Lawrence Solum (2011):

A questão do contramajoritário tem relação com o problema de legitimação do instituto do judicial review: quando juízes não eleitos usam este poder para anular atos de legisladores e executivos eleitos, agem contrários à 'vontade majoritária' expressada pelas instituições representativas.

Isso porque, com a vinda do (neo)constitucionalismo a permear as discussões jurídicas, até o conceito de jurisdição fora ampliado. O magistrado, hoje, possui dever não só de aplicar a lei, como estipular o respeito e a conformação destas e dos atos estatais aos direitos fundamentais.

Com isso, é seu dever tornar válida a posição tomada por grupos minoritários quando destes for violado algum direito fundamental, sob pena de estarmos regidos por um Estado apenas formalmente democrático, tendo em vista que somente a maioria será atendida em seus interesses. Este risco possui perigo muito maior se nos recordarmos que uma democracia da maioria, aliada a discursos falaciosos provenientes dos meios de comunicação foram os fatores que permitiram a instalação do regime nazista alemão, por exemplo.

CONCLUSÃO

A coleta de dados referente aos temas estudados e a sua redação na forma de trabalho monográfico concluiu por um retrocesso. Esse retrocesso se traduz na afirmação de que abrimos mãos de garantias há muito tempo conquistadas e, ainda, a custo de um capital de sangue estratosférico. Estas garantias são as referentes à limitação estatal de punir o cidadão, lhe privando de integridade física e liberdade. Abrimos mão destas garantias e em troca recebemos, praticamente, nada, ou um arremedo de algo.

Abrimos mão de uma teoria finalista, que persegue a intenção do agente acima de tudo, estabelecida a culpa apenas em situações excepcionais, para que de fato haja a necessidade de aplicação de uma sanção penal, por uma teoria funcionalista, que tem o Direito Penal como instrumento de segurança da ordem, como que um soldado que cumpre ordens sem precisar refletir quanto à sua correta atitude. O Direito Penal, o hodierno, se apoia em tipos abstratos, abertos, com margem quilométrica para discricionariedade judicial.

E os protagonistas do campo jurídico sequer voltam o olhar para o problema.

Se, de um lado, os meios de comunicação em massa lucram com a veiculação de tragédias, homicídios, latrocínios, terrorismo, roubos, e tráfico de entorpecentes, o cidadão, frente à complexa e líquida conjuntura social em que vive, é influenciado diretamente pelo medo incutido. A sensação de insegurança é surreal na sociedade. O medo, mais uma vez, é a maior arma de um sistema altamente lucrativo de manipulação.

Esse medo se reflete na potencialização dos discursos “pró-penais” (normalmente advindos dos candidatos “pró-família”, “pró-bem-comum”, “pró-valores-cristãos”, etc.) que, por serem simplistas são fáceis de comprar. Se tocarmos no assunto senso-crítico social então...

Com o aumento de propagadores do discurso “pró-penal” no Poder Legislativo, é óbvia a tendência de recrudescimento das sanções penais, bem como

a ampliação dos bens jurídicos penais. Esse recrudescimento e ampliação da maquinaria estatal “funciona” porque a própria mídia trabalha assim: impõe o medo, informa que os “mocinhos” estão trabalhando na luta contra o “mal”, mas nunca anuncia a vitória. O cidadão, em função da cifra negra, como visto, nunca tem os dados reais da estatística criminal, esta é pura ilusão, é o “arremedo de algo”, que citamos no início do capítulo.

Trocamos nossas garantias de proteção contra o Estado em troca de uma sensação, ilusória, de segurança. Sensação essa que se retroalimenta.

Os obstáculos de um Direito Penal efetivamente constitucional se baseiam, em suma, na deficiência estatal em prover os seus deveres constitucionais; na abissal desigualdade econômico-social; na marginalização da camada indesejável; na manutenção de poder nas instituições e órgãos de segurança pública, que atuam em função da já malograda estatística criminal, bem como dos operadores do discurso “pró-penal”; e na desinformação dos cidadãos e falta de juízo crítico.

Numa síntese, o discurso que apoia o Direito Penal Máximo é fácil de entender, sedutor (porque propõe a solução imediata do problema), e altamente lucrativo, já que o próprio sistema produz a doença (medo) e o remédio (segurança pública). Por isso é demasiado bem-sucedido.

Entretanto, como já ressaltado, esquecemo-nos que as nossas garantias não estavam aí desde sempre. Elas foram objeto de luta por muito tempo. Estes direitos e garantias, conquistados por estas lutas, estão consagrados na Lei Maior brasileira, a Constituição Federal de 1988, e estão lá com força normativa hierarquicamente superior à qualquer norma jurídica.

Os humildes estudos aqui elaborados já bastam para percebermos que não vivemos a realidade de um Estado Democrático de Direito, quanto mais de um Direito Penal consonante com ele. O poder político, ao contrário do que espera, instrumentaliza o direito, e não vice-versa. Vivemos, assim, num Direito de Estado.

É pior se verificarmos que as próprias instituições estatais, que nesta esfera teriam primo zelo pelos direitos fundamentais, pouco se aproximam da melhor doutrina penal. É pouca a atuação contramajoritária exercida pelo Judiciário e pelo

Ministério Público (sim, o *'parquet'* não pode servir de “carrasco da maioria”), a fim de controlar o impulso das massas.

O apelo geral é: cumprir metas.

Não é a toa que o número de *'habeas corpus'* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal é tamanho (30% nas Turmas). A distância da doutrina e a prática forense criminal é latente para qualquer profissional do campo jurídico-criminal.

E não surgem retóricas falaciosas, como que “muletas constitucionais”, para os fundamentos do Direito Penal máximo. Reduz-se, deste modo, a presunção de inocência a pó frente ao “perigo abstrato” de alguns crimes, algo flagrantemente denunciado como abusivo tanto pelo pretório excelso quanto pela doutrina.

Não é á toa, também, que 43% dos presos atualmente assim os são por medida cautelar; e que cerca de 78% por cento das ações penais na capital de São Paulo são resultados de prisões em flagrante.

O retrocesso, tendo isso por comprovado, baseia-se na ausência investigação crítica das nossas perspectivas, de modo a encontrar a melhor solução não para o bem da maioria, e sim para o bem comum, ou seja, o bem de todo e qualquer cidadão, mesmo que ele seja o único a assumir esta ou aquela posição.

O discurso do inimigo nega a realidade, porque prega pela desumanização de algo que é, inexoravelmente, humano. A corrente que apoia a violação de direitos fundamentais sob o fulcro de pretense perigo social é, sobretudo, covarde, porque tem medo de reconhecer a própria natureza, que é a mesma do seu “inimigo”. E é covarde, outrossim, por se apoiar no medo alheio.

Não basta muito para verificarmos a falácia de tal política criminal.

É essencial, portanto, uma reeducação da política criminal, cujo poder se exerça pelo direito e, assim, pelas normas constitucionais, porém, de forma autêntica, e não pela tosca retórica que permeia a maioria dos debatedores do assunto.

A função do Direito Penal é, conforme o emanado da Constituição, tutelar os bens jurídicos de máxima importância por ela elencados. Para que cumpra

tal função com excelência, deve guiar sua aplicação pelos princípios acima expostos, para que não incorra em disfunção de meios e fins, forma e conteúdo.

Qualquer outro tipo de política criminal que não se sustente por estas balizas não pode prosperar, sob pena de inconstitucionalidade e ilegitimidade de todo um sistema. Não se olvida que a força do Direito Penal é das maiores, e transcende o campo jurídico de modo incalculável.

Será impossível, poderíamos portanto concluir, implementar o objetivo da Constituição sem a harmonia de todos os ramos do Direito, cada um seguindo a sua função, imposta pela legitimidade da Carta Política.

Urge, desta maneira, além de uma conscientização popular quanto aos perigos trazidos pela falácia do Direito Penal Máximo e suas vertentes, destituir as barreiras do Judiciário quando do exercício de seu papel contramajoritário no tocante aos atos provenientes desta política criminal, tanto na decretação de inconstitucionalidade das mais diversas aberrações em matéria legislativa, quanto na busca pela efetivação (frise-se, consciente) dos direitos fundamentais.

Apenas desta maneira alçaremos vôos mais altos a caminho de uma democracia plena.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**, v. 215. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Noé. **As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penaes**. São Paulo: Ed. RT, 1936.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1996.

BAUMAN. Zygmunt. **Medo Líquido**; tradução, Carlos Alberto Medeiros. — Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Traduzido por Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino et al. Madrid: Trota, 1998.

FILHO, Diomar Ackel. **O princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 94, abril-junho. São Paulo, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Pondé Vassalto. Petrópolis: Ed: Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. **Do princípio da intervenção mínima ao princípio da intervenção máxima – Justiça e Democracia**. São Paulo: Ed. RT, 1996.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. Niterói: Ed. Impetus, 2011.
_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. São Paulo: Ed. Manole, 2003.

_____. **Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2008.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris Editor: 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.); PACELLI, Eugênio (coord.). **Direito Penal Contemporâneo: questões controversas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MORAES. Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

NERY, Kedma de Carvalho. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/2787.pdf>. Publicado em: 2009?. Acesso em: 10.03.2014.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. São Paulo: Ed. RT, 1938.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. **Além das Leis: as falas e os silêncios do Judiciário no sistema penal**. Veja Direito. Disponível em: <http://vejadireito.wordpress.com/2010/09/05/pinto-alessandro-nepomoceno-alem-da-lei-as-falas-e-os-silencios-do-judiciario-no-sistema-penal/>. Publicado em: 09.05.2010. Acesso em: 12.03.2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros LTDA. 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Nuevo Sistema de derecho penal**. Madrid. Ed: Trotta. 2004.

ROXIN, Claus. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? (Sobre a legitimação das proibições penais)**. Publicado em: <http://www.blogdofg.com.br>. 06 agosto. 2007. Acesso em: 25.01.2014.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Belo Horizonte: Ed. Veja, 1993.

RUBÍN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade> publicado em: 2.fev.2003. Acesso em: 23.04.2014

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria de Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Ed. ICPC/Lumen Juris, 2005.

SARRULE, Oscar Emílio. **La crisis de legitimidade del sistema jurídico penal (Abolicionismo o justificación)**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SOLUM, Lawrence. **The Counter-Majoritarian Difficulty**. Disponível em: http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2005/06/legal_theory_le_1.html. Publicado em: 11.03.2011. Acesso em 14.03.2014.

STANFORD LAW SCHOOL. **Stanford Three Strikes Project**. Disponível em: <http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/stanford-three-strikes-project/three-strikes-basics>. Publicado em: 10.04.2010. Acesso em: 08.03.2014.

STAPLES, Brent. **The cost of zero tolerance**. New York Times. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/04/29/opinion/sunday/the-cost-of-zero-tolerance.html?_r=0. Publicado em: 29.04.2012. Acesso em: 06.03.2014.

STRECK, Lênio. **Direitos do cidadão do tipo “azar o seu”**. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-13/senso-incomum-direitos-cidadao-tipo-azar>. Publicado em: 13.09.2012. Acesso em: 13.02.2014.

TAIBBI, Matt. **Cruel and Unusual Punishment: The Shame of Three Strikes Laws**. Disponível em: <http://www.rollingstone.com/politics/news/cruel-and-unusual-punishment-the-shame-of-three-strikes-laws-20130327>. Publicado em: 27.03.2013. Acesso em: 27.03.2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5º ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 26

WELZEL, Hans. **Derecho penal Alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.