

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O MINIMALISMO COMO PROPOSTA PARA O
DIREITO PENAL**

Rafaela Staub de Castilho

Presidente Prudente/SP

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O MINIMALISMO COMO PROPOSTA PARA O
DIREITO PENAL**

Rafaela Staub de Castilho

Monografia apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, sob orientação do Prof. Dr.
Glauco Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP

2020

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O MINIMALISMO COMO PROPOSTA PARA O
DIREITO PENAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Glauco Roberto Marques Moreira

Carla Roberta Ferreira Destro

Fernanda de Matos Lima Madrid

Presidente Prudente, 03 de novembro de 2020.

O fruto da justiça será paz; o resultado da justiça será tranquilidade e confiança para sempre.

Isaías 32:17.

Dedico este trabalho aos meus pais, minha irmã e toda a minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela minha vida e por toda a sabedoria que tens me dado.

Aos meus pais, irmã e avós que sempre me incentivaram.

Aos meus amigos que me apoiaram.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira, por todo o apoio e por transmitir os seus conhecimentos e ensinamentos sempre de maneira sábia.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar que o direito penal se modifica com o avanço da globalização e com isso, novos bens jurídicos são criados, surgindo novas relações sociais. Diante disso, ocorre um aumento da criminalidade e a sociedade se vê insegura, buscando no direito penal a solução para esses conflitos e ao final, o trabalho busca propor o minimalismo como aplicação ao direito penal. Assim, o trabalho pretende analisar a evolução da sociedade com o surgimento de novos bens jurídicos e como o direito penal será aplicado de forma minimalista. Nesse sentido, como a sociedade está em constante evolução e com isso, o direito também deve evoluir para protegê-la, assim, em um primeiro momento o Direito Penal Liberal, através de uma visão garantista, busca proteger o direito de liberdade do homem, onde o Estado deve restringir a sua atuação. Por outro lado, o Direito Penal Moderno surge para proteger os novos bens jurídicos e as novas relações sociais, por meio de uma maior intervenção estatal. Analisou também que existem teorias que tentam explicar qual deve ser o papel do direito penal perante a sociedade, dizendo como este deve agir para punir indivíduos que praticam condutas ilícitas. A Teoria Abolicionista defende o fim do direito penal, já, a Teoria Maximalista, através do Movimento *“Law and Order”*, Teoria das Janelas Quebradas e da Política de Tolerância Zero, reivindica penas mais severas, tendo um direito penal máximo, cada vez mais atuante na sociedade. Por sua vez, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, defende que existem pessoas que devido as suas atitudes são inimigas da sociedade e por essa razão, não devem ter as garantias penais e processuais que são dadas aos outros indivíduos. O trabalho analisou ainda a Teoria Minimalista, a qual busca uma intervenção mínima do direito penal, protegendo apenas bens jurídicos essenciais e necessários ao convívio em sociedade, a qual é aplicada através de seus princípios: intervenção mínima, ofensividade, adequação social e insignificância, sendo esta a teoria proposta para ser aplicada ao direito penal. Por fim, o trabalho foi elaborado utilizando-se dos tipos de pesquisa por meios bibliográficos, históricos e doutrinários. Ainda, através dos métodos dialético e dedutivo.

Palavras-chave: Direito Penal Moderno. Globalização. Bens Jurídicos. Princípios. Teoria Minimalista.

ABSTRACT

The present work aims to analyze that the criminal law changes with the advance of Globalization and with that, new legal goods are created, emerging new social relations. Given this, there is an increase in crime and society is insecure, seeking in criminal law the solution to these conflicts and in the end, the work seeks to propose minimalism as an application to criminal law. Thus, the work intends to analyze the evolution of society with the emergence of new legal goods and how criminal law will be applied in a minimalist way. In this sense, as society is constantly evolving and with that, the law must also evolve to protect it, so, at first, Liberal Criminal Law, through a guaranteeist view, seeks to protect the right of freedom of man, where the State should restrict its performance. On the other hand, Modern Criminal Law appears to protect new legal assets and new social relations, through greater state intervention. He also analyzed that there are theories that try to explain what the role of criminal law should be before society, saying how it should act to punish individuals who practice illegal conduct. The Abolitionist Theory defends the end of criminal law, already, the Maximalist Theory, through the Law and Order Movement, Theory of Broken Windows and the Zero Tolerance Policy, demands more severe penalties, having a maximum criminal right, more and more active in society. In turn, the Theory of Criminal Law of the Enemy, argues that there are people who due to their attitudes are enemies of society and for that reason, should not have the penal and procedural guarantees that are given to other individuals. The work also analyzed the Minimalist Theory, which seeks a minimal intervention of criminal law, protecting only essential legal assets necessary for living in society, which is applied through its Principles: minimal intervention, offense, social adequacy and insignificance, being this is the Theory proposed to be applied to criminal law. Finally, the work was prepared using the types of research by bibliographic, historical and doctrinal means. Still, through dialectic and deductive methods.

Keywords: Modern Criminal Law. Globalization. Legal Assets. Principles. Minimalist Theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A COMPARAÇÃO DO DIREITO PENAL LIBERAL COM O DIREITO PENAL MODERNO E OS SEUS EFEITOS NAS NOVAS RELAÇÕES SOCIAIS	11
2.1 O pensamento do Direito Penal Liberal.....	11
2.1.1 O direito penal no período medieval.....	11
2.1.2 O direito penal no período iluminista	13
2.2 O Direito Penal Liberal e as críticas do Direito Penal Moderno	15
2.2.1 Características do Direito Penal Moderno	15
2.2.2 Críticas ao Direito Penal Liberal	18
2.3 O Direito Penal Moderno e os seus reflexos nas novas relações sociais	20
2.3.1 O direito penal e a globalização	20
2.3.2 O Direito Penal Moderno e as novas relações sociais	22
3 AS TEORIAS DO DIREITO PENAL FRENTE À TEORIA MINIMALISTA	25
3.1 A Teoria Abolicionista comparada a Teoria Minimalista.....	25
3.2 A Teoria Maximalista defrente ao Minimalismo	29
3.2.1 Movimento “ <i>Law and Order</i> ”	29
3.2.2 <i>The Broken Windows Theory</i>	31
3.2.3 Política da Tolerância Zero.....	33
3.3 O Direito Penal do Inimigo ante a visão do Direito Penal Minimalista	34
4 O MINIMALISMO COMO PROPOSTA PARA O DIREITO PENAL	38
4.1 Teoria Minimalista	38
4.2 Princípios da Teoria Minimalista.....	41
4.2.1 Princípio da Intervenção Mínima	41
4.2.2 Princípio da Ofensividade.....	43
4.2.3 Princípio da Adequação Social.....	44
4.2.4 Princípio da Insignificância	46
4.3 A proposta para o Direito Penal	47
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a evolução da sociedade e o fenômeno da globalização bem como os novos bens jurídicos que surgiram e as novas formas de relações sociais. E razão disto, o trabalho se propôs a analisar, ainda, como o direito penal deve atuar frente a esses novos bens jurídicos.

Justifica-se o estudo deste trabalho devido a sua importância, principalmente nas áreas jurídico-penais, uma vez que, é necessário analisar a evolução da sociedade, para entender como o Direito Penal evoluiu e quais os bens jurídicos que surgiram, pois a sociedade está em constante mudança e, conseqüentemente, o direito também deve mudar.

Assim, diante da mudança constante, o Direito Penal precisa tutelar esses novos bens jurídicos, no entanto, a sua proteção necessita ser plena e efetiva e para isso, várias teorias buscaram a solução para a efetividade do Direito Penal.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou entender acerca dessas teorias e estudar qual seria a mais adequada para ser aplicada ao Direito Penal.

Posto isso, é de suma importância o estudo da aplicação do Direito Penal, pois a sociedade cada vez mais busca por proteção e assim, cabe aos legisladores e aos operadores do direito estudar e entender como o Direito Penal precisa ser aplicado para ser efetivo.

Inicialmente, no capítulo dois abordou-se sobre o surgimento do Direito Penal Liberal e as suas características. Ainda, foi abordado sobre a superação do Direito Penal Liberal pelo Direito Penal Moderno, quais são as suas características, críticas que este novo modelo faz ao Direito Penal Liberal e os seus reflexos nas novas relações sociais que surgiram com a globalização.

Por sua vez, no capítulo três discorreu-se acerca das teorias do Direito Penal, analisando a Teoria Abolicionista, Teoria do Direito Penal Máximo, através do Movimento "*Law and Order*", da Teoria das Janelas Quebradas e da Política de Tolerância Zero e o Direito Penal do Inimigo. Assim, viu-se que o direito penal possui diversas teorias que tentam explicar qual deve ser o seu papel perante a sociedade.

Por fim, no capítulo quarto foi analisado acerca da Teoria Minimalista do Direito Penal, entendendo-se suas características e qual a sua visão. Ainda,

observaram-se quais são os princípios aplicados a esta teoria e ao final, foi estudado o minimalismo como proposta para o Direito Penal.

O presente trabalho foi elaborado utilizando-se dos tipos de pesquisa por meios bibliográficos, históricos e doutrinários através dos métodos dialético e dedutivo.

2 A COMPARAÇÃO DO DIREITO PENAL LIBERAL COM O DIREITO PENAL MODERNO E OS SEUS EFEITOS NAS NOVAS RELAÇÕES SOCIAIS

Primeiramente, antes de analisar o direito penal em seus aspectos minimalistas, deve-se compreender acerca do Direito Penal Liberal e do Direito Penal Moderno.

Nota-se que o Direito Penal Liberal aduz um modelo garantista, ou seja, visa proteger o direito de liberdade do homem, fazendo com que o Estado restrinja a sua atuação para com a sociedade.

Por outro lado, o Direito Penal Moderno aborda pensamentos no qual há o aumento da atuação do Estado para a proteção de novas relações sociais, as quais surgiram devido à globalização e acarretam a vinda de novos bens jurídicos para a sociedade.

Em decorrência dessas novas relações sociais, a sociedade se viu diante de um novo direito penal, um Direito Penal Moderno, o qual busca proteger esses novos bens jurídicos.

Desta forma, devido ao surgimento dessas novas relações sociais, é essencial a proteção do direito penal, sendo que os temas serão abordados detalhadamente no presente capítulo, conforme os subitens a seguir expostos.

2.1 O Pensamento do Direito Penal Liberal

Antes de analisar o Direito Penal Moderno, é necessário, inicialmente, analisar acerca do Direito Penal Liberal. No entanto, para que seja possível entender os pensamentos do Direito Penal Liberal, deve-se observar como era aplicado o direito penal na Era Medieval.

2.1.1 O direito penal no período medieval

Anteriormente ao movimento liberal, encontrava-se o Período Medieval (Idade Média), também conhecido como “Idade das Trevas”. Este período surgiu no século V ao X (a chamada Alta Idade Média) e no século XI ao XV (Baixa Idade Média).

No âmbito do direito penal, neste período, prevalecia à arbitrariedade do Estado e o princípio de castigar, havendo diversas crueldades, como o estrangulamento e a fogueira, os quais eram utilizados como pena aos indivíduos, impondo a eles o medo e a lei da opressão do Estado.

As penas eram aplicadas arbitrariamente pelo juiz, não havendo limites para a sua aplicação e tampouco se observava o princípio da legalidade, inclusive, aplicando penas as quais não eram previstas em leis. Todavia, a tortura era utilizada como meio de prova para obter a confissão do indivíduo que praticasse algum delito.

As legislações penais nesse período eram previstas no “Código de Hamurabi”, da Mesopotâmia; na “Bíblia”, dos judeus e na “Lei das XII Tábuas”, dos romanos.

Em todos os casos a pena representava uma vingança da vítima ou de seus familiares para aquele que cometeu o delito, ou seja, prevalecia o *jus talionis*¹, onde a justiça era realizada com as próprias mãos, isto é, “olho por olho, dente por dente”.²

Decorrente a prevalência da arbitrariedade e da forma como o direito penal era aplicado, impondo tortura e medo aos cidadãos, surge o movimento liberal, à época do Renascimento, conforme ensina Marcos A. Pereira (2011, p. 41):

É o Iluminismo que promove e difunde uma nova visão do mundo, do ser humano, da sociedade, da religião, da liberdade como valor supremo para todo homem. E é Beccaria que, à luz desses novos conceitos, promove a reforma do Direito Penal até então vigente.

Assim, buscaram-se mudanças para a valorização do ser humano e da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual surgiu o Direito Penal Liberal, para concretizar tais mudanças na vida dos cidadãos através de direitos e leis. Iniciou-se esse movimento no direito penal através de Cesare Beccaria, o qual, na perspectiva do movimento Iluminista, trouxe novos conceitos e a reforma do direito penal.

¹ Tradução livre: “Lei de Talião”.

² Expressão prevista na Bíblia, no texto de Deuteronômio 19:21, a qual o agressor é punido da mesma medida do sofrimento que ele causou à vítima, como se fosse uma certa vingança ao delinquente.

2.1.2 O direito penal no período iluminista

O movimento liberal, também conhecido como “Liberalismo”, buscava a liberdade do cidadão frente à monarquia absolutista.

Almejava-se uma lei penal que fosse simples, precisa e severa o mínimo necessário para combater a criminalidade, buscando a proteção da liberdade individual em face do arbítrio judiciário e o banimento das torturas, fundamentando-se em sentimentos de respeito à pessoa humana (HORTA, 2005, s.p.).

Devido a esses pensamentos, advêm os chamados “Direitos de Primeira Geração”, os quais idealizam a garantia da liberdade, através de direitos eminentemente contra o arbitro e a violência estatal. Visam o controle da máquina estatal para gerar garantia aos indivíduos, impondo ao Estado um comportamento negativo, onde ele se abstenha sobre a liberdade do indivíduo, ou seja, há prestações negativas por parte do Estado, gerando a liberdade individual.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 32), leciona que os direitos de primeira geração são de:

[...] marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Logo, os direitos de primeira geração defendem primordialmente pela liberdade e por um Estado “negativo”, tendo em vista que o Estado era fonte de violência, isto é, era visto como o “Leviatã”.³

Diante desse quadro, o Liberalismo provoca uma nova visão de liberdade, e no direito penal, igualmente, busca-se essa proteção para o indivíduo.

O Direito Penal Liberal, também conhecido como “Direito Penal Clássico”, surge no Iluminismo, movimento este que se iniciou na Europa, durante o século XVIII, o qual defendia a liberdade econômica e política, gerando, desta forma,

³ O Estado era visto como um monstro, no livro “Leviatã” ou “Matéria, Palavra e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil”, de Thomas Hobbes, livro publicado no original em 1651, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

uma limitação de intervenção do Estado na sociedade para que seja possível maior liberdade entre os cidadãos ⁴.

Esse modelo de direito penal foi inicialmente defendido por Cesare Beccaria em 1764, com a publicação de sua obra “*Dei delitti e delle pene*”⁵, tendo como objetivo resguardar a liberdade do homem perante o Estado, havendo apenas a proteção de bens jurídicos individuais que possam sofrer lesão ou ameaça de lesão.

Destarte, busca-se um direito penal para tutelar, prioritariamente, os direitos fundamentais individuais (subjctivos) e o utilizar como defesa da sociedade contra o *ius puniendi* do Estado arbitrário.

Observam-se, para Cesare Beccaria (2015, p. 110), em sua obra que a pena deve ser pública, útil e não cruel, a menor aplicada ao caso concreto, de maneira proporcional ao delito praticado e essencialmente prevista pela lei. É possível, neste entendimento, verificar a presença dos princípios da legalidade, proporcionalidade, igualdade da pena e a sua moderação.

No que tange ao princípio da legalidade da pena, vê-se que representa um importante instrumento para a limitação do *ius puniendi* do Estado, onde o indivíduo só poderia ter-lhe aplicado uma punição, se esta estivesse prevista em lei, resultando a segurança jurídica para a sociedade.

O princípio da proporcionalidade da pena, por sua vez, alude que crimes diversos devem receber penas diferenciadas, de acordo com a sua ofensividade causada, conforme Beccaria (2015, p. 71 e 73):

Deve, pois haver uma proporção entre os delitos e as penas (...). Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes.

⁴ Movimento também conhecido como “Século das Luzes”, o qual teve os pensadores John Locke, considerado o “pai do Iluminismo”, sua principal obra foi “Ensaio sobre o entendimento humano”; Voltaire, Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”; Rousseau, através de sua obra “O contrato social”; Quesnay e Adam Smith. Informações encontradas no Site “Só História”, disponível em: <https://www.sohistoria.com.br/resumos/iluminismo.php>.

⁵ Tradução livre: “Dos delitos e das penas”. Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, nasceu em 1738, em Milão. Aproximadamente em 1764 e 1765 que Beccaria insurgiu contra as injustiças dos processos criminais e onde teve origem o seu livro. Tal livro é uma filosofia aplicada à legislação penal, onde aduz contra a tradição jurídica, faz-se contra os julgamentos secretos, a tortura, o confisco, as penas infamantes e a desigualdade do castigo. Ainda, em sua obra estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, condena o direito de vingança para o direito de punir, defendendo a utilidade social para a punição e ainda, a separação do poder judiciário e do poder legislativo. Beccaria morreu em 1794 e sua obra é considerada inovadora e confere a ele o título de fundador de um novo Direito Penal (BECCARIA, 2015, p. 13-14).

A igualdade da pena ocorre quando esta é aplicada de forma igualitária para todos os indivíduos, não observando as suas classes sociais, onde a punição é semelhante para quem quer que pratique o delito.

Por fim, a moderação da pena pretende priorizar a recuperação e inserção do criminoso na sociedade, conferindo penas mais humanizadas e sensatas.

Assim, todos os princípios mencionados visam limitar a atuação do Estado perante o indivíduo, privilegiando a liberdade do cidadão, principalmente limitando o seu direito de punir em relação aqueles que praticam delitos, uma vez que se devem observar os princípios no caso concreto.

Com o avanço da globalização e o surgimento de novos bens jurídicos, a teoria do Direito Penal Liberal foi superada pelo Direito Penal Moderno, o qual traz críticas na aplicação do liberalismo no sistema penal, ante a evolução dessas novas relações sociais, as quais não eram protegidas perante aquela teoria.

2.2 O Direito Penal Liberal e as Críticas do Direito Penal Moderno

Devido à evolução dos bens jurídicos que surgiram, o pensamento do Direito Penal Moderno ergueu-se, contrapondo-se ao pensamento iluminista do Direito Penal Liberal, todavia, para compreender acerca das críticas que essa nova corrente constrói ao Direito Penal Liberal, é necessário entender a respeito de suas características.

2.2.1 Características do direito penal moderno

O Direito Penal Moderno, de acordo com Luis Gracia Martín (2005, p. 45-46), é um conjunto integrado por novos delitos que foram acrescentados às leis penais e pelas transformações das legislações tradicionais, com o fim de ampliar a intervenção penal a condutas da realidade social, que anteriormente estavam isentas de punição no tradicional sistema ou, ainda, para punir de maneira mais severa fatos que já havia um tratamento penal, quando estiverem diante de circunstâncias que possua relevância do ponto de vista penal.

Deste modo, o Direito Penal Moderno busca proteger os novos bens jurídicos que surgiram com a globalização, os quais não eram eficazmente amparados pelo Direito Penal Liberal.

Conforme há um fenômeno de avanço no mundo, também ocorrem mudanças e avanços na área do Direito, principalmente no âmbito do Direito Penal, tendo em vista que “muda a sociedade, muda o Direito” (MORAES, A. R. A., 2011, p. 39).

Desta forma, o Direito Penal Moderno busca operar nas ineficácias do Direito Penal Liberal, uma vez que, a sociedade, atualmente pós-moderna, apresenta novas demandas, as quais geram novas relações sociais que necessitam ser protegidas pelo Direito Penal.

Com o expansionismo, afirma Thales de Andrade (2018, s.p.) que o Direito Penal Liberal - “Clássico”, o qual era utilizado como *ultima ratio*, uma vez que a proteção dos bens jurídicos se dava de forma “negativa”, impedindo a criação de tipos penais para limitar a atuação do Estado e seu poder punitivo, transforma-se em *prima ratio*, voltado à prevenção para a criação de novos crimes, ante ao surgimento de novos bens jurídicos.

Essas novas criminalizações trazem uma ampliação significativa do Direito Penal, onde ele deixa de ser a reação às lesões mais graves ao interesse de liberdade e tende a ser um instrumento de defesa de política interna (MASI, C. V., 2014, p. 66).

Para Ulrich Beck, com a pós-modernidade, a sociedade passa a ser denominada “sociedade mundial do risco”.⁶, e como a sociedade está sempre em constante transformação, os riscos também se modificam.

Nesse sentido, explicam Vanderson Roberto Vieira e José Carlos de Oliveira Robaldo (2007, s.p.) que em toda a história sempre houve os riscos, todavia, eles existiram em extensões diferentes, sendo que, num primeiro momento, tratava-se de riscos pessoais, posteriormente, em um segundo momento, os riscos passam a atingir uma proporção maior, ou seja, toda uma coletividade. Ainda, em uma sociedade pós-moderna e com o processo de produção industrial, os riscos atingem toda a sociedade.

⁶ Expressão vislumbrada na obra “Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade”, de Ulrich Beck.

Além disso, com esse processo de transformações que ocorrem na sociedade, Beck divide a modernização em: modernização simples e modernização reflexiva. Na modernização simples, há uma mudança das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais. Já na modernização reflexiva há a desincorporação das formas sociais industriais e a incorporação de uma outra modernidade (JAMAR, 2008, p.133-156).

Todo esse processo é resultado da modernização. Pois, previamente, existiam os riscos que decorriam dos processos de industrialização, sendo que, posteriormente, a sociedade percebe tais riscos, onde há uma cultura dos riscos e por isso, buscam por uma proteção.

Na mesma perspectiva, Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 31) aduz acerca da sociedade de risco:

A teoria da sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. É uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento.

Desse modo, a partir do momento em que a sociedade percebe que há o surgimento de riscos, incertezas e inseguranças, busca por proteção do sistema penal, necessitando de novas categorias e normas sobre as consequências desses riscos. Assim, o direito penal precisa se adaptar a essa sociedade de risco, para que sua intervenção seja eficaz.

Portanto, o direito penal para salvaguardar esses riscos, como já mencionado, volta-se a prevenção, conforme Baratta (1991 apud MACHADO 2005, p. 92):

El Estado preventivo es entonces el "Estado de la Seguridad", en el sentido en que esta expresión es usada por Hirsch en un significativo libro de 1980. Éste a su vez, no es sino la manera como la estructura política se adecua a las características de una sociedad que en forma cada vez más acelerada, conduce a situaciones de riesgo: es la forma política assume la "sociedad del riesgo" tal como Bech há definido nuestra sociedad. El Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aqul em el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de emergencia estructural.⁷

7 Tradução livre: "O estado preventivo é então o "estado de segurança", no sentido em que essa expressão é usada por Hirsch em um livro significativo de 1980. Isso, por sua vez, não é senão a maneira pela qual a estrutura política é adaptada às características de uma sociedade que, de

Conseqüentemente, diante da percepção dos fenômenos que ocorreram na sociedade de risco e do Estado que passa a ser preventivo, o sistema penal precisa se adaptar à realidade dos novos problemas sociais, onde ocorre o esgotamento do direito penal clássico ante as mudanças nas estruturas jurídico-penais da sociedade de risco.

De acordo com Winfried Hassemer (1994, p. 41-51) essas novas condutas geradoras de risco são denominadas de “*criminalidade moderna*”, pois os novos ilícitos passam a atingir bens jurídicos supra-individuais, por exemplo. Assim, tendo em vista os riscos dessa sociedade contemporânea, é necessária uma rejeição ao sistema punitivo clássico, o qual se baseia nos princípios da legalidade, proporcionalidade, igualdade e moderação da pena, pois este modo liberal é limitado a combater os novos males sociais.

Sendo assim, é fundamental a atuação do direito penal com uma série de adequações e expansões, sendo, ainda, utilizado como prevenção, o que, originou-se às críticas do Direito Penal Moderno ante ao Direito Penal Liberal.

2.2.2 Críticas ao direito penal liberal

De acordo com Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p.106), a adaptação do direito penal a nova sociedade de risco, necessita de iniciativas voltadas à prevenção de situações em grande escala e a favor de bens amplos e abstratos, com o intuito de reprimir essas lesões. O direito penal precisa-se voltar a tutelar os bens de natureza coletiva, os quais não eram tutelados pelo clássico direito penal.

Assim, a utilização exclusiva do clássico direito penal não compatibiliza com a natureza dos bens jurídicos coletivos como terrorismo, lavagem de dinheiro, associações criminosas, figura as quais surgem com o avanço da modernidade. E com o método do direito penal liberal e a ausência de política criminal para os bens jurídicos mencionados, gera, de certo modo, um aumento da criminalidade.

maneira cada vez mais acelerada, leva a situações de risco: é a forma política que assume a "sociedade de risco", como Bech definiu nossa sociedade. O estado de prevenção ou estado de segurança, então especificando, é aquele em que os mecanismos normativos de produção e tomada de decisão também tendem a ser permanentemente reorganizados em resposta a uma situação estrutural de emergência”.

Como preceitua Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p.71):

O aumento desse tipo de criminalidade, à qual o Direito Penal clássico já estava adaptado, por si só, vem ensejando novos brados para adoção de posturas legislativas e repressivas mais rigorosas. Imagine-se, agora, como se apresentam os clamores diante de uma realidade que o Direito Penal iluminista não está apto a enfrentar: narcotráfico internacional, crimes transnacionais econômicos e de network, lavagem de dinheiro, novas organizações criminosas etc.

Desta forma, tende-se iniciar uma institucionalização de novas políticas criminais as quais divergem do modelo clássico, onde havia amplas garantias penais e processuais ao agressor. E para combater a estas novas formas de criminalidade, é necessário um novo direito penal, por ora, moderno como a sociedade na pós-modernidade.

Para isso, Moraes defende o advento do “Direito de terceira velocidade”, o qual flexibiliza os direitos e garantias, impõe regimes de cumprimento mais rigorosos de pena privativa de liberdade; seria denominado de “Direito Penal do Inimigo”.⁸

Não obstante, neste caso para combater essas novas formas de criminalidade, é necessária uma tipificação de forma vaga dos novos bens jurídicos e a tipificação de delitos de perigo abstrato, os quais não eram tutelados pelo direito penal liberal, uma vez que este somente tutelava direitos individuais (subjetivos), ou seja, não havia uma tipificação para delitos que atingissem toda uma coletividade.

O direito penal clássico apenas se importava em tutelar o cidadão em si, através de um Estado “negativo”, o qual era limitado a exercer o seu direito de punir, isto é, se o Estado possui uma limitação para punir, também haverá limitações nos tipos penais, nas condenações e conseqüentemente, na proteção, a qual o direito penal deveria tutelar.

Com a modernidade e o avanço da criminalidade, é necessário que o Estado interfira na sociedade para garantir a ela segurança e proteção, assim, é

⁸ O Direito Penal do Inimigo, segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 181/198) é uma Teoria do Direito Penal criado por Günter Jakobs, o qual idealizou o funcionalismo sistêmico pautado na Teoria dos Sistemas de Luhmann. Essa teoria sustenta que o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao delito criminoso praticado por um de seus membros, para ser uma reação contra um inimigo, assim, o Direito Penal se constitui frente ao inimigo, utilizando-se de coação física. Ainda, Jakobs sustenta que os inimigos não são pessoas, ou seja, é um indivíduo que abandonou o Direito e não garante segurança mínima a sociedade, assim, criminosos econômicos, sexuais, terroristas, etc., são vistos e tratados como inimigos e que não podem ter benefícios de ser “pessoa”. As suas principais características são: ampla antecipação da punibilidade, desproporcionalidade das penas, restrições de garantias penais e processuais, onde o inimigo é um objeto de coação.

inevitável que o Estado passe a ser de “negativo” para “positivo”, onde a sociedade requer a sua atuação, não tendo limitações para que possa exercer o seu *ius puniendi* e intentar reprimir esse crescimento da prática de crimes.

À vista disso, o modelo clássico não é suficiente para amparar a coletividade diante dessas novas relações sociais.

Nestes termos, Michel Foucault, o qual era disciplinado no modelo clássico e iluminista de direito penal, com a modernidade já observava:

É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração tolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar. Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificava, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens. (FOUCAULT, 2000, p.73)

Isto posto, tão somente operar o direito penal com os métodos do direito penal liberal, não cessará o progresso dos crimes e tampouco, protegerá, de forma contundente, os bens jurídicos coletivos, transindividuais, que neste instante necessitam de uma tutela melhor e mais efetiva.

2.3 O Direito Penal Moderno e os seus Reflexos nas Novas Relações Sociais

O Direito Penal Moderno surgiu para amparar os novos bens jurídicos que decorreram com a globalização. Assim, têm de se observar os reflexos que a globalização ocasionou ao direito penal, para que após, compreenda-se como o Direito Penal Moderno atua nessas novas relações sociais.

2.3.1 O direito penal e a globalização

Primeiramente, globalização “é um processo de intensificação da integração econômica e política internacional, marcado pelo avanço nos sistemas de transporte e comunicação” (Brasil Escola UOL, s.p.). Desta forma, a globalização é marcada por estar em constante evolução, de acordo com as mudanças que ocorrem na sociedade.

Ramonet (apud GOMES; BIANCHINI 2002, p. 17-19) descreve as características em que a globalização se relaciona com o Direito Penal, como a mudança dos crimes para crime organizado, crimes econômicos, crimes políticos, máfias, corrupção, terrorismo, danos ao meio ambiente, o que leva a criação de uma Justiça Universal, ocorrendo uma transformação do direito, que passa a ser aplicado por organismos internacionais e os direitos dos cidadãos que são relacionados com os novos bens jurídicos, como alimentos, informática, genética, etc.

Nesse sentido, Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 105-109), aduz que o objetivo do direito penal da globalização é prático, ou seja, dar uma resposta uniforme e harmônica às delinquências transnacionais. Ainda, defende que o direito penal na era da globalização concentra-se em delinquências econômicas ou organizadas e em modalidades conexas.

Para Sánchez (2013, p.98-101), o direito penal precisa ser prático na abordagem das criminalidades, deve analisar a globalização econômica, haja vista que os objetos jurídicos dos delitos são diversos dos objetos clássicos (homicídio, etc.), e são delitos que precisam se conceber em termos punitivistas.

Assim, o direito penal tem de dar respostas práticas a sociedade, analisar os crimes que passam a ter objetos jurídicos econômicos e esses delitos necessita de uma punição do direito penal, com a criação de modelos de delinquências, sendo o direito penal mais repressivo.

Nesse sentido, conforme ocorrem transformações no mundo na era da globalização, com a vinda de novos bens jurídicos e novas relações sociais, as quais surgem e modificam conforme ocorre o avanço da modernidade, o direito penal clássico, o qual é fundado em características liberais, se encontra firmemente modificado.

Desta forma, Gomes e Bianchini (2002, p. 22-25) elencam algumas transformações do Direito Criminal devido à globalização, tais como: Globalização dos crimes e dos criminosos, ou seja, com a globalização, os delitos passam a ser de forma organizada e com finalidades econômicas, como, narcotráfico, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, corrupção internacional, etc, tendo em vista que com a globalização o interesse dos indivíduos passa a ser econômico, o que faz com que cometam condutas típicas para este determinado fim, gerando riscos a sociedade.

A Globalização dos bens jurídicos, pois na era do Direito Penal Liberal as ofensas ocorriam em relação aos bens jurídicos subjetivos dos indivíduos, sendo que atualmente, fala-se em direitos coletivos e bens jurídicos supraindividuais.

Ainda, a Globalização das vítimas, pois no Clássico Direito Penal os crimes eram praticados em face de vítimas certas e individualizadas. Todavia, neste momento, as vítimas também passam a ser globalizadas, onde afeta toda a humanidade, assim, a vítima individual passa a ser vítima coletiva, ou ainda, vítima globalizada.

Com isso, ocorre a Globalização da explosão carcerária, uma vez que com o aumento e a globalização dos crimes e ainda das vítimas, aumenta-se o número de pessoas encarceradas.

A Globalização da desformalização da Justiça Penal, com o Estado Moderno o que importa é que o sistema seja eficiente e alcance resultados, mesmo que ocorra a flexibilização de garantias penais e processuais.

Por fim, o Agravamento incessante da hipertrofia do direito penal, onde o próprio direito penal da globalização é potencialmente um fator dessa expansão.

Diante disso, vê-se que a globalização acarreta o surgimento de novas relações sociais e conseqüentemente, o direito propende a ser mais severo e repressivo, atuando como um “Estado preventivo” para enfrentar todas as transformações com a globalização.

2.3.2 O direito penal moderno e as novas relações sociais

O Direito Penal Moderno diante da globalização e do surgimento de novos bens jurídicos, os quais acarretam novas relações sociais, deve ser pautado a atuar de acordo com a modernidade e com o que as relações atuais exigem.

Neste caso, diante de tudo o que foi exposto, pode-se perceber que o Direito Penal Liberal não tem, atualmente, espaço nessa expansão.

Desta forma, o direito penal caracteriza-se pela maximização da intervenção punitiva estatal, sendo um direito expansionista, para que a defesa de uma segurança interior se torne o foco central (MASI; MORAES, 2015, p.37).

Nota-se que para tutelar essas novas relações sociais, as quais são de cunho universal e resultam direitos coletivos e supraindividuais, a sociedade, diante da insegurança que é gerada pela globalização, tende a requerer a intervenção do

direito penal, para que ele interfira e exerça o seu *ius puniend*, onde a intervenção penal deixa de ser “negativa” e passa a ser moderna e “positiva”.

Com isso, o direito penal visa a ser mais “duro” para repreender e lidar com essas novas relações sociais e com os resultados que elas geram a sociedade.

Assim, conforme aduzem Gomes e Bianchini (2002, p. 25-30), ocorre uma desfreada criminalização de delitos, um aumento das penas mínimas e máximas, a utilização de delitos de perigo abstrato e ainda, o uso do direito penal como instrumento de política de segurança, ferindo seu caráter subsidiário.

Com o aumento na criminalização de delitos, o cenário é de mais leis que tipificam crimes que são ocasionados pelas novas relações sociais. Relações estas que foram surgindo com o avanço da globalização na sociedade, como crimes econômicos para tutelar a Ordem Econômica, crimes políticos que resguardam a Administração Pública, crimes contra o meio ambiente, crimes de organizações criminosas, etc. Ainda, há um aumento das penas mínimas e máximas desses novos delitos para tentar conter o avanço da criminalidade.

A utilização de delitos de perigo abstrato dá-se em razão das novas relações sociais voltarem-se ao caráter coletivo, ou seja, os bens jurídicos são supraindividuais, aqueles que vão além do individual, o que acarreta amplamente a criação e utilização desses delitos, os quais não exigem a lesão a um bem jurídico de forma real e concreta, não necessitando de um resultado específico, onde há a proteção de um “risco” que a sociedade possa receber com aquela determinada conduta.

Ora, verifica-se que com a modernidade a sociedade passa a ser denominada de “risco”, como já mencionado, assim, o direito penal passa a tutelar esses riscos de forma preventiva, buscando com que tais riscos não sejam alcançados e sofridos pela sociedade.

Como preceitua Luis Gracia Martín (2005, p. 48-49), espera-se um controle de prevenção de riscos gerais pelo Estado e este deve assumir efetivamente e de modo relevante. Diante dessa situação de riscos na sociedade e de sensação de inseguranças, leva o Estado responder a exigência da sociedade mediante a criminalização de comportamentos que são desenvolvidos nessas novas esferas de riscos.

Assim, ocorre uma adaptação do Direito Penal Moderno para a sociedade de risco e para a tutela dessas novas relações sociais, a qual é voltada à

prevenção em grande escala e ao estabelecimento de garantias a favor de bens amplos e abstratos.

Em suma, ante tudo o que foi exposto, se depreende que o direito penal precisa amparar essas novas relações sociais, as quais são modificadas de acordo com as transformações que acontecem na sociedade e as quais se iniciaram devido à globalização, todavia, enfatiza-se que essas relações sempre estarão em constantes transformações, buscando satisfazer as mudanças da sociedade.

Logo, conforme ocorrem essas mutações, o Direito Penal Moderno, uma vez que o Direito Penal Liberal, de acordo com suas características, não satisfaz a defesa que a modernidade precisa, atua de maneira mais severa e positiva, buscando exercer o seu direito de punir, todavia, verifica-se que com os meios utilizados pelo direito penal para tanto, ocorre um menosprezo aos princípios que regem o direito penal, como intervenção mínima, lesividade e de certo modo, flexibilizando as garantias penais e processuais.

Contudo, o que se pode perceber na atualidade é que tais métodos não estão sendo suficiente para conter a criminalidade, por essa razão, o direito penal, que deve observar as características do Direito Penal Moderno, é necessário, inclusive, se amparar aos aspectos minimalistas.

3 AS TEORIAS DO DIREITO PENAL FRENTE À TEORIA MINIMALISTA

Antes de analisar a Teoria Minimalista como proposta para o direito penal, se vê necessário analisar as demais teorias que tentam explicar como o direito penal deve agir perante a sociedade.

Primeiramente, a Teoria Abolicionista defende o fim do direito penal, sustentando que as reparações na sociedade não devem ser realizadas através da coerção do Estado.

De outro modo, a Teoria Maximalista busca um direito máximo, por meio do Movimento “*Law and Order*”, da Teoria das Janelas Quebradas e da Política de Tolerância Zero, reivindicando por penas mais severas aos indivíduos.

Por sua vez, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, introduzida por Günther Jakobs, aduz que certas pessoas são inimigas da sociedade e por isso, não devem ter as proteções penais e processuais penais que são dadas aos outros indivíduos, permitindo que qualquer meio possa ser utilizado para punir esses inimigos.

Assim, para compreender o direito penal mínimo, tem de se entender de forma detalhada as teorias do direito penal mencionadas, as quais serão explanadas no presente capítulo.

3.1 A Teoria Abolicionista comparada a Teoria Minimalista

A punição em seus primórdios sempre esteve associada à vingança, como no período medieval, onde os particulares buscavam a vingança dos criminosos através do “olho por olho, dente por dente”.

Em sua obra “*Vigiar e Punir*”, Michel Foucault relata acerca do caráter vingativo das punições, como a utilização de fogueiras, marcas de ferros, os condenados caminhando pelas ruas com coleiras de ferro, grilhetas nos pés, onde a execução era pública, sendo, desta forma, um espetáculo para a sociedade.

A pena era utilizada como meio de coerção e suplício⁹, meio de aprisionamento do ser humano, analisando a face social e política desta forma de controle social (CROSSELLI, 2009, p. 87).

⁹ Michel Foucault (2000, p. 31), explica que uma pena, para ser um suplício, deve analisar três critérios principais: em primeiro lugar, tem que produzir certa quantidade de sofrimento que não se

Nesse sentido, Michel Foucault relata que “a execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência” (2000, p. 13). Assim, o direito penal utilizava as suas penas simplesmente para punir o criminoso, através de inúmeras crueldades físicas que eram vistas publicamente pelos cidadãos, onde o ato da punição era tido como uma vingança pública e coercitiva.

Analisando-se a crueldade que o direito penal estava cumprindo as suas funções de punir, há modificações nas teorias penais, onde passam a indagar o porquê de punir.

Surge então, o abolicionismo penal, o qual pode ser entendido como um movimento que requer a abolição do direito penal, através de outras formas para a resolução de conflitos e não o uso do castigo, propondo uma política criminal alternativa, possibilitando uma redução do sistema penal (PAVAN, 2016, p. 106-107).

Esse sistema teve como precedentes, conforme relata Eduardo Demétrio Crespo (2004, p. 02-03), em primeiro lugar, o movimento para a abolição da escravatura nos Estados Unidos, o qual se inicia no último terço do século XVIII. Em segundo lugar, o movimento de abolição da pena de morte, e também no século XIX a corrente para a abolição da prostituição.

Os principais pensadores do abolicionismo penal são Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie. Primeiramente, Louk Hulsman é considerado um dos principais pensadores desta teoria, o qual entende o problema carcerário como algo originário, necessitando de uma mudança em suas estruturas. Hulsman conclui que o sistema penal é um problema em si mesmo, pois não demonstra eficácia nas resoluções dos problemas, desta forma, a melhor alternativa seria a sua abolição total como sistema repressivo (PAVAN, 2016, p. 109).

Seriam três motivos fundamentais apontados por Hulsman para a abolição do sistema penal, conforme aduz Eugênio Raul Zaffaroni (2001, p. 98), sendo que em primeiro lugar, o sistema penal seria responsável por causar sofrimentos desnecessários, distribuídos socialmente de maneira injusta. Ainda, o

possa medir exatamente. A morte é um suplício na medida em que ela não priva simplesmente do direito de viver, mas quando possui sofrimentos, como a decapitação, até o esquartejamento, através de enforcamento, fogueira e da roda, na qual agonizam a todo o instante. A morte-suplício é onde retêm a vida no sofrimento, dividindo-a em “mil mortes”. O suplício é quantitativo do sofrimento, e ainda, a sua produção é regulada, pois o suplício correlaciona o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com o grau do crime, a pessoa do criminoso, e ainda, o nível social dos criminosos.

sistema penal não apresentaria nenhum efeito positivo sobre aqueles envolvidos em conflitos e por fim, defende que o controle do sistema é difícil de ser mantido.

Seguindo o entendimento de Hulsman, Maria Lúcia Karam, afirma que:

As dores da privação da liberdade revelam a irracionalidade da punição. O sistema penal é absolutamente irracional. Qual a racionalidade de se retribuir um sofrimento causado pela conduta criminalizada com um outro sofrimento provocado pela pena? Se se pretende evitar ou, ao menos reduzir, as condutas negativas, os acontecimentos desagradáveis e causadores de sofrimentos, por que insistir na produção de mais sofrimento com a imposição da pena?

As leis penais não protegem nada nem ninguém; não evitam a realização das condutas que por elas criminalizadas são etiquetadas como crimes. Servem apenas para assegurar a atuação do enganoso, violento, danoso e doloroso poder punitivo (HULSMAN; CELIS, 2018, p. 21-22).

Nesse sentido, o movimento abolicionista aduz que as penas simplesmente são sofrimentos provocados aos criminosos, todavia, esse sofrimento advindo das leis penais, não protege o indivíduo, tampouco a vítima e a sociedade e ainda, não evita que novas condutas criminalizadas sejam praticadas, pois apenas pune de forma dolorosa e violenta.

Por sua vez, Thomas Mathiesen é considerado o estrategista do abolicionismo, uma vez que o seu pensamento abolicionista encontra-se vinculado ao marxismo¹⁰, sendo que, para ele, a existência do sistema penal é vinculada a estrutura produtiva capitalista, desta forma, a abolição não seria somente em relação ao sistema penal, mas também, de quaisquer estruturas repressivas da sociedade (PAVAN, 2016, p. 108).

Para ele, de acordo com José Cícero Landin Neto (2008, s.p.), o direito penal funciona como elemento que legitima a opressão do Estado em relação à dominação de classe, onde o direito empurra para as prisões, as pessoas que possuem uma renda baixa e que não tem influência no sistema judiciário.

¹⁰ O marxismo designa a doutrina política elaborada por Karl Marx e Friedrich Engels, onde estudam acerca do método de análise socioeconômica. Esse pensamento está fundamentado no reconhecimento de um sistema de exploração da classe operária pela burguesia. Buscava criar uma doutrina que era amparada pela socialização dos meios de produção, ou seja, as indústrias, e pela tomada de poder da classe operária. Tal pensamento ainda defende que tem que haver uma revolução, onde a classe operária toma para si os meios de produção e o governo, sendo que devem suprimir a burguesia e os seus meios de hegemonia e manutenção do poder. Diante disso, defendem a criação de um Estado forte chamado de socialista, o qual controlaria toda a propriedade em nome da população. Em suma, o marxismo defende que não haja diferença de classes sociais, havendo apenas uma população economicamente homogênea por meio da igualdade social. Informações obtidas no Site "Mundo Educação", disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/sociologia/marxismo.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.

Acerca do posicionamento de Mathiesen, Eugênio Raul Zaffaroni (2001, p. 100) relata que Mathiesen assinala um movimento abolicionista que deve reunir determinadas condições para manter sua vitaliciedade, como: sua permanente relação de oposição e sua relação de competição com o sistema, sendo que a oposição necessita de uma diferença considerável de pontos de vista sobre as bases do sistema, e a competição requer uma ação política fora do próprio sistema.

Igualmente, Nils Christie analisa que o grande inimigo do ser humano é o Estado, principalmente no âmbito do sistema penal, uma vez que, qualquer pessoa ao entrar em uma prisão, o risco de sair morta ou destruída psicologicamente e socialmente é alto (LANDIN, 2008, s.p.).

Diante dessa situação, segundo Janaína Fernanda da Silva Pavan (2016, p. 107-108), Christie defende que o crime é um ato inexistente, pois é uma criação a partir da atribuição de significado a um ato, e a distância social que é responsável por aumentar as tendências de etiquetar “crimes” a alguns atos e determinados indivíduos, ou seja, algumas situações no âmbito doméstico não são consideradas criminosas, uma vez que existe uma relação social entre essas pessoas, onde elas estão perto socialmente.

Nesse sentido, quando há ausência desse relacionamento social, existe medo e desconfiança, onde as pessoas acionam autoridades e criam condições para que determinados atos indesejados aconteçam e se repitam até atribuírem o significado de “crime” a tais atos.

Ainda, justifica-se a Teoria Abolicionista do direito penal, pois, para os defensores, em diversas ocasiões, a pena não realiza de forma efetiva o seu caráter de ressocialização.

De acordo com Henrique Viana Bandeira Moraes (2013, s.p.), existem teorias que aduzem acerca do caráter da pena. Segundo as Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena, a pena é simplesmente uma forma de realizar justiça, ou seja, a pena era imposta acerca de um mal necessário que prejudicava a sociedade, apenas retribuía o mal praticado, com outro mal, que era a pena.

Por sua vez, na visão da Teoria Relativa ou Preventiva da Pena, ela é um instrumento necessário para evitar a prática de delitos, isto é, a pena era vista como uma forma de prevenção de delitos, tendo assim, um caráter de prevenção. Essa teoria não trata a pena como uma forma de retribuir ao indivíduo o mal que ele praticou contra a sociedade, mas sim, uma forma preventiva à prática de delitos.

Nessa diretriz, tem-se a Prevenção Especial, onde é direcionada ao próprio indivíduo, para que ele não volte a praticar delitos, visando ressocializar e reeducar o infrator. Logo, o indivíduo que já delinuiu, não voltará a delinquir.

Sendo assim, para os abolicionistas, a pena imposta pelo direito penal não ressocializa o delinquente à sociedade, ou seja, a pena não impede que este volte à prática de delitos, tampouco, reeduca o infrator e o insere novamente na sociedade, uma vez que, diversas vezes o indivíduo, após o cárcere, possui mais chances de praticar novos delitos (FERREIRA, 2013, s.p.).

Desta forma, em suma, a Teoria Abolicionista visa o fim do direito penal e possui pensadores como Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie, os quais defendem de diversas maneiras, já elencadas, o porquê o direito penal deve ser abolido.

3.2 A Teoria Maximalista defronte ao Minimalismo

O Maximalismo Penal defende um direito penal máximo, onde o direito penal seria a solução para todos os males da sociedade, através de penas mais severas e mediante o Movimento “*Law and Order*”, da Teoria das Janelas Quebradas e da Política de Tolerância Zero.

Assim, inicialmente, é necessário analisar de forma individual e detalhada cada movimento mencionado, buscando demonstrar as suas origens e principais características para compreender acerca dos preceitos do Direito Penal Máximo.

3.2.1 Movimento “*Law and Order*”

O Movimento “*Law and Order*”, ou “Lei e Ordem” é uma política criminal, criada pelo alemão Ralf Dahrendorf, com a finalidade de transformar os conhecimentos sobre o crime, o qual propõe alternativas e programas a partir de sua perspectiva. Em 1970, nos Estados Unidos, o movimento ganhou a ideia de repressão máxima e o alargamento de leis incriminadoras (ARAGÃO, 2010, s.p.).

Esse movimento apresenta o Direito Penal Máximo, em razão do aumento da criminalidade, o qual propõe uma expansão do direito penal, com penas mais severas para serem aplicadas e que as penas já existentes sejam agravadas.

Nesse sentido, o movimento preconiza para a população que o direito penal é a solução para colocar fim a criminalidade.

Seguindo os ensinamentos desse movimento, conforme alude Nara Borgo Cypriano Machado (2006, p. 448), em 1976 alguns Estados Norte-Americanos restabeleceram a pena de morte, criaram leis severas de combate ao crime e, conseqüentemente, nos Estados Unidos passou-se a ter a quarta população carcerária do mundo.

Desta forma, o movimento “*Law and Order*”, prega uma reformulação no direito penal, expandindo para diversos países a fim de instituir penas mais gravosas e também uma execução penal mais fortalecida e rígida (DUARTE; CURI, 2015, p. 38).

Diante disso, Raúl Cervini (1994, p. 37-54) alega que:

Campañas de Ley y Orden. Por su intermedio se canaliza el sentimiento de inseguridad ciudadano cuando el poder de las agencias está amenazado (recortes presupuestales, cambios de escalafón, transferencia de centros de poder, cambios de jurisdicción operativa), o cuando está próximo un quiebre institucional y se procura generar la necesidad de "orden y seguridad", cualidad que se auto-atribuyen los regimenes con vocación totalitaria, por el sencillo expediente de la desaparición de las noticias¹¹.

Assim, através dos relatos das mídias, a sociedade se vê diante da necessidade de ordem e segurança devido à criminalidade, e, portanto, buscam no presente movimento um direito penal mais rígido para trazer segurança aos seus cidadãos.

O movimento, segundo Ivo Rezende Aragão (2010, s.p.), ainda possui um princípio de separar a sociedade em dois grupos: sendo o primeiro, composto de pessoas de bem, que merecem a proteção legal. Já o segundo, homens maus e delinquentes, aos quais merecem a rudeza e a severidade da lei penal.

Desta forma, o “*Law and Order*” busca solucionar e diminuir crimes, através do endurecimento das penas, ainda a utilização da pena de morte e a prisão perpétua, fazendo com que haja justiça à vítima e seus familiares, fazendo, ainda,

¹¹ Tradução livre: “Campanhas de Direito e Ordem. Por meio dele, o sentimento de insegurança do cidadão é canalizado quando o poder das agências é ameaçado (cortes no orçamento, mudanças no escalafón, transferência de centros de poder, mudanças na jurisdição operacional), ou quando um colapso institucional está próximo e são feitos esforços para gerar necessidade de "ordem e segurança", qualidade que regimes auto-atribuíveis com vocação totalitária, para o registro simples do desaparecimento das notícias”.

com que o convívio social somente tenha “pessoas de bem”, pois “as pessoas de mau”, segundo seu princípio, devem sofrer a lei penal mais severa.

Por meio dessa ideologia, surgiu o movimento político-criminal da Tolerância Zero, fundamentado na “*The Broken Windows Theory*”.

Sendo assim, o Direito Penal Máximo surge preconizando que apenas a lei e a ordem é que são capazes de conter a prática de crimes, exclusivamente através do direito penal e do endurecimento das penas.

3.2.2 *The Broken Windows Theory*

A “*The Broken Windows Theory*”, isto é, a Teoria das Janelas Quebradas, foi criada nos Estados Unidos, por volta de 1982, por James Q. Wilson, cientista político e por George Kelling, psicólogo criminologista.

O nome da Teoria “Janelas Quebradas” se originou a partir de um estudo que foi realizado utilizando-se das janelas de uma fábrica para explicar acerca da criminalidade.

Segundo Daniel Sperb Rubin (2003, s.p.), os autores da teoria, publicaram na revista *Atlantic Monthly* um estudo que estabelecia uma relação de causalidade entre a desordem e a criminalidade. O estudo era intitulado como “*The Police and Neighbourhood Safety*” (A Polícia e a Segurança da Comunidade), onde utilizaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam infiltrar em uma comunidade, causando, conseqüentemente, a decadência da comunidade e a queda da qualidade de vida.

Os autores sustentavam que se uma janela de uma fábrica fosse quebrada e se não fosse consertada de forma imediata, as pessoas que passassem ao local, concluiriam que não havia importância e tampouco, autoridade responsável para manter a ordem. Ainda, alegavam que em pouco tempo, as pessoas começariam a atirar pedras para quebrar às demais janelas do local e assim, todas as janelas estariam quebradas. Diante disso, deduziriam que não havia ninguém responsável pelo prédio e dessa forma, iniciaria uma decadência do local, da rua e da própria comunidade, onde as pessoas de bem abandonariam a região. Assim, os autores defendem que as pequenas desordens levam a grandes desordens e, conseqüentemente, ao crime (RUBIN, 2003, s.p.).

Acerca da teoria, os autores George L. Kelling e James Q. Wilson (1982, s.p.), preconizam que:

Philip Zimbardo, a Stanford psychologist, reported in 1969 on some experiments testing the broken-window theory. He arranged to have an automobile without license plates parked with its hood up on a street in the Bronx and a comparable automobile on a street in Palo Alto, California. The car in the Bronx was attacked by "vandals" within ten minutes of its "abandonment." The first to arrive were a family—father, mother, and young son—who removed the radiator and battery. Within twenty-four hours, virtually everything of value had been removed. Then random destruction began—windows were smashed, parts torn off, upholstery ripped. Children began to use the car as a playground. Most of the adult "vandals" were well-dressed, apparently clean-cut whites. The car in Palo Alto sat untouched for more than a week. Then Zimbardo smashed part of it with a sledgehammer. Soon, passersby were joining in. Within a few hours, the car had been turned upside down and utterly destroyed. Again, the "vandals" appeared to be primarily respectable whites¹².

Desta forma, Mauro Henrique Tavares Duarte e Vinícius Fernandes Cherem Curi (2015, p. 39) concluem que a teoria prega que a criminalidade se estenderá em uma sequência de atos de desordem, que se não forem contidos em seu nascimento, levariam à prática de outros crimes mais graves, isto é, se caso o indivíduo que é considerado pequeno delinquente, não for punido de forma imediata e efetiva, ele voltará a cometer mais delitos. Dessa maneira, se o Estado se ausenta perante os pequenos infratores, outros indivíduos poderiam praticar tais atos.

Logo, vê-se que, os pequenos delitos devem ser contidos e punidos efetivamente, para que não sejam cometidos demais delitos após este, assim, o Estado deve punir o delinquente desde o seu primeiro crime, por menor que seja, para que ele não volte a cometer outros crimes, pois, se caso o Estado não punir, o delinquente voltará a praticar, e ainda, outros indivíduos praticariam demais crimes.

Baseado nessa teoria, implantou-se a Política de Tolerância Zero, visando punir e aplicar penas mais rígidas, até mesmo nos pequenos delitos.

¹² Tradução livre: "Philip Zimbardo, psicólogo de Stanford, relatou em 1969 alguns experimentos testando a teoria das janelas quebradas. Ele planejou ter um automóvel sem placas de carro estacionado com o capô em uma rua no Bronx e um automóvel comparável em uma rua em Palo Alto, Califórnia. O carro no Bronx foi atacado por "vândalos" dentro de dez minutos após seu "abandono". Os primeiros a chegar foram uma família - pai, mãe e filho - que removeram o radiador e a bateria. Dentro de vinte e quatro horas, praticamente tudo de valor havia sido removido. Então a destruição aleatória começou - janelas foram quebradas, partes arrancadas, estofados rasgados. As crianças começaram a usar o carro como playground. A maioria dos "vândalos" adultos era branca bem-vestida, aparentemente bem cortada. O carro em Palo Alto permaneceu intocado por mais de uma semana. Então Zimbardo esmagou parte dele com uma marreta. Logo, os transeuntes estavam entrando. Em poucas horas, o carro foi virado de cabeça para baixo e completamente destruído. Novamente, os "vândalos" pareciam ser principalmente brancos respeitáveis".

Assim, através dessa teoria, o Direito Penal Máximo busca punir os pequenos crimes visando que, dessa maneira, outros crimes não sejam praticados, uma vez que para o Maximalismo, o direito penal é a única solução para conter e punir os crimes.

3.2.3 Política da tolerância zero

A Política da Tolerância Zero é uma das vertentes do Movimento “*Law and Order*”, desenvolvida em Nova Iorque por Rudolph Giuliani, a partir do ano de 1993.

Esse movimento pretende que o direito penal seja o protetor de todos os bens existentes na sociedade, não devendo analisar a respeito de sua importância. Assim, se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, essa conduta poderá se transformar em infração penal, bastando à vontade do legislador (GRECO, 2015, p. 15).

A teoria tinha como objetivo reprimir todo e qualquer tipo de delito na sociedade, seja ele de menor ou maior grau.

Ainda, no entendimento de Rogério Greco (2015, p.15), essa doutrina procura educar a sociedade através do direito penal, fazendo com que comportamentos irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do direito. Nestes termos, faz com que tudo seja de interesse do direito penal.

Para isso, Nara Borgo Cypriano Machado (2006, p. 448), relata que o movimento confere aos agentes policiais competência para perseguir os pequenos delitos sem limites, permitindo um controle direto sobre aqueles que frequentam o espaço público, como pequenos delinquentes, pichadores e prostitutas.

Assim, esse pensamento defende que o direito penal deve se preocupar com todo e qualquer bem jurídico, pouco importando se possui determinado valor perante a sociedade. Não permitindo que nenhuma conduta socialmente intolerável deixe de ser punida, por menor que seja.

Mostra para a sociedade que para ter conforto e segurança em relação à criminalidade, não poderá tolerar nenhuma conduta, devendo ter a punição de todos os comportamentos que são considerados inadequados socialmente, fazendo com que o direito penal intervenha de forma *prima ratio*.

Dessa maneira, o Estado possui maior intervenção perante os cidadãos, agindo para educar e represar determinadas condutas, onde todos os comportamentos desviados devem ser analisados perante o direito penal, devido o entendimento por uma aplicação máxima do direito penal.

Nessa perspectiva, o movimento faz jus ao seu nome “tolerância zero”, uma vez que o direito penal não deve tolerar nenhuma conduta inadequada, por menor que seja, deverá ser solucionada de acordo com o direito penal.

Nos Estados Unidos, a política de Tolerância Zero foi implantada em Nova York, no início da década de 90. Esse sistema possuía como fundamento a Teoria das Janelas Quebradas, onde se defendia que se uma janela está quebrada, todas as demais irão quebrar, isto é, se a sociedade aceita a prática de um delito pequeno, tal delito conduzirá a prática de demais crimes, até mais graves (RODRIGUES, 2015, s.p.).

Assim, conforme José Augusto de Carvalho Neto (2011, s.p.), nos termos da política de Tolerância Zero, a polícia em Nova York podia reprimir pequenas condutas, como: grafitar paredes, mendigar, pular a roleta do metrô, vandalismo, até mesmo o fato de urinar em praça pública, reduzindo os índices de criminalidade na cidade consideravelmente.

Desta forma, essa política que teve início nos Estados Unidos, buscava uma ampliação do direito penal, para que ele pudesse atuar logo nos primeiros delitos, mesmo que pequenos, visando que essa atuação impeça a prática de novos delitos.

Para isso, o direito penal era visto como a solução para todas as condutas inadequadas na sociedade, sendo necessário a sua expansão e atuação em todos esses comportamentos, gerando, por conseguinte, um direito penal máximo.

3.3 O Direito Penal do Inimigo ante a visão do Direito Penal Minimalista

O Direito Penal do Inimigo, também conhecido como a “Terceira Velocidade do Direito Penal”, foi desenvolvido pelo alemão Günter Jakobs, na década de 1990. Essa teoria possui fundamento no Direito Penal Máximo, sendo visto como uma de suas vertentes mais agressivas.

De acordo com Jésus-Maria Silva Sánchez (2013, p. 193-194), a teoria do Direito Penal do Inimigo é considerada como a “Terceira Velocidade do Direito Penal”, sendo que a primeira velocidade seria o direito penal tradicional, isto é, o direito penal representado como “da prisão”, buscando apenas a aplicação de uma pena privativa de liberdade, e ainda, buscando manter os princípios criminais clássicos.

Por sua vez, a segunda velocidade do direito penal, tem-se a aplicação de penas não privativas de liberdades, como penas de privação de direitos ou penas pecuniárias, uma vez que é possível a flexibilização dos princípios e regras.

Já a terceira velocidade do direito penal, seria uma velocidade híbrida, aplicando penas privativas de liberdade da primeira velocidade, e com a diminuição das garantias necessárias, conforme a segunda velocidade.

O Direito Penal do Inimigo não seria uma reação da sociedade ao fato criminoso praticado por um de seus membros, todavia, a reação seria contra um inimigo (MORAES, A. R. A., 2011, p. 182).

Assim, Jakobs procurava traçar uma distinção entre um “Direito Penal do Cidadão” e um “Direito Penal do Inimigo”. O primeiro, segundo Rogério Greco (2015, p. 23) seria uma visão tradicional, garantista, observando todos os princípios fundamentais, todavia, o segundo, seria um direito penal no qual não se preocuparia com os princípios fundamentais, já que não estaria diante de cidadãos, e sim, de inimigos do Estado.

Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo distingue o cidadão do inimigo, e visa reprimir qualquer conduta realizada pelo inimigo, uma vez que para ele, não seria observado os princípios fundamentais.

Segundo Caio Antunes de Assis (2019, s.p.), o inimigo tem o desejo permanente de viver em um estado de natureza, não restando, desta forma, alternativas a não ser a coação. É considerado inimigo aquele indivíduo que possui alta periculosidade e que mesmo passando por todas as fases do direito, não tem solução. O Estado sem alternativas, busca a proteção dos cidadãos de bem com a coação dos inimigos.

Para Jakobs, existem pessoas que insistem em delinquir, fazendo com que volte ao seu estado natural. Ainda, Günter Jakobs relata que:

Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar em un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación¹³ (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 40-41).

Assim, o Direito Penal do Inimigo deve se preocupar com aqueles indivíduos que se afastam da sociedade e cometem delitos, os quais não podem participar dos benefícios de ser “pessoa”, uma vez que são considerados inimigos.

Nestes termos, Almério Vieira de Carvalho Júnior (2012, s.p.) aduz que aquele que é considerado cidadão participa de um processo legal, observando as garantias fundamentais, recebendo uma pena como coação pelo ato delituoso praticado. Todavia, o inimigo é um perigo no qual deve ser combatido, onde o direito precisa antever o efetivo cometimento do crime, analisando desde o início a periculosidade do inimigo.

À vista disso, Günter Jakobs defende que:

El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal a el enemigo el de aquellos quefannan contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, em especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadzno mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias¹⁴ (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 33).

¹³ Tradução livre: “Outra formulação: um indivíduo que não admite ser forçado a entrar um estado de cidadania não pode participar os benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado de natureza é um estado de ausência de, ou seja, normas de liberdade excessiva tanto quanto e luta excessiva. Quem vence a guerra determina qual é a norma e quem perde deve se submeter a essa determinação”.

¹⁴ Tradução livre: “O direito penal do cidadão é o direito de todos, o direito penal de o inimigo daqueles que torcem contra o inimigo; enfrentar o inimigo, é apenas coerção física, basta chegar la guerra. Essa coerção pode ser limitada em um duplo sentido. Primeiro, o Estado não precisa necessariamente excluir o inimigo de todos os direitos. Nesse sentido, o sujeito a custódia de segurança permanece incólume em seu papel como dono de coisas. E em segundo em vez disso, o estado não precisa fazer tudo o que é livre para fazer, mas pode estar contido, em especial, para não fechar a porta para uma tarde acordo de paz. Mas isso não muda o fato que a medida realizada contra o inimigo não significa nada, mas apenas coações. O direito, o criminoso da cidade mantém a validade da regra, a lei criminal do inimigo (no sentido abrangente: incluindo a lei das medidas de segurança) combater perigos; certamente existem múltiplas formas intermediárias”.

Portanto, a teoria visa uma guerra àquele que é considerado inimigo da sociedade, isto é, os indivíduos que possuem comportamentos no qual se afastam do direito e não oferecem garantias de que vão ficar firmes às normas.

Nesse sentido, Jéus-Maria Silva Sánchez (2013, p. 194-195) relata que o inimigo é um indivíduo que, devido ao seu comportamento, sua ocupação profissional ou ainda, sua vinculação a uma organização, se afasta do direito de forma duradoura e não garante nenhuma segurança a sociedade por meio de sua conduta. Assim, como o inimigo abandona o direito e não traz segurança, seria plausível que o Estado utilizasse de meios de asseguramento desprovidos.

Ainda, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 195-196) exemplifica como inimigos: criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, delinquentes de crimes sexuais e de demais infrações perigosas e, como não se amoldam na sociedade e não são beneficiadas por ser “pessoa”, fazem jus a um procedimento de guerra.

Em suma, verifica-se que essa teoria distingue o cidadão do inimigo, sendo que inimigos são considerados como “não pessoas” e são, ainda, aqueles indivíduos que praticam condutas criminosas e se afastam do direito, e, portanto, para proteger a sociedade, o inimigo deve ser afastado e apenas contra ele deve ser aplicado um direito penal mais rígido, sendo uma reação da sociedade contra um adversário.

4 O MINIMALISMO COMO PROPOSTA PARA O DIREITO PENAL

Primeiramente, para entender acerca do Minimalismo como proposta para o Direito Penal, é preciso compreender a respeito do que é a Teoria Minimalista e quais são os princípios aplicados a ela.

Observa-se que o Direito Penal na visão minimalista é visto como menos interveniente nos direitos individuais dos cidadãos, sendo apenas utilizado para conter condutas de fato danosas e relevantes.

Assim, para que seja possível a aplicação do Direito Penal dessa maneira “mínima”, são aplicados princípios, os quais serão devidamente explanados.

Ao final, será analisado a Teoria Minimalista como proposta para ser aplicada ao Direito Penal.

Dessa maneira, os temas serão abordados detalhadamente no presente capítulo, conforme os subitens a seguir expostos.

4.1 Teoria Minimalista

O Minimalismo faz parte do Movimento do Direito Penal Moderno, juntamente com os demais movimentos: abolicionismo e maximalismo penal, os quais foram devidamente abordados no capítulo 03 (três). Ambas as teorias acompanham as transformações da sociedade e tentam encontrar soluções eficazes para que o direito penal seja aplicado de maneira efetiva.

A Teoria Minimalista defende um direito penal menos interventor, onde o Estado deve intervir minimamente nas relações sociais.

Nesse sentido, aponta Carlos Eduardo Sousa Pereira (2019, s.p.), que essa corrente minimalista propõe um direito penal que preserve os bens essenciais para a vida em sociedade, todavia, não deve ultrapassar os limites da intervenção do Estado, uma vez que devem ser vistos de maneira relevante a dignidade da pessoa humana, princípios e garantias constitucionais, já que alguns conflitos sociais existentes podem ser resolvidos por outros ramos do direito.

Assim, o direito penal na visão minimalista deve ter a sua atuação pautada apenas em relação às lesões aos bens jurídicos mais graves, uma vez que

os demais bens jurídicos podem ser tutelados por outras áreas do direito, como via cível ou administrativa.

Nesse entendimento, Alessandro Baratta (2003, p. 03), defensor da Teoria Minimalista, retrata a ideia de uma intervenção penal mínima como guia para uma política penal, sendo que a adoção dessa ideia é uma resposta sobre os requisitos mínimos dos direitos humanos previstos na lei penal.

Nessa perspectiva, Baratta (2003, p. 03 e 04) alude que:

O conceito de direitos humanos assume, nesse caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal. Um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece, em ambas funções, o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui o momento prioritário de uma polícia alternativa do controle social.

Assim, a intervenção penal deve ser limitada pelos direitos humanos, sendo a sua “função negativa”, todavia, os direitos humanos também devem ser analisados na intervenção penal na sua “função positiva”, servindo para definir o objeto que será tutelado pelo direito penal.

Dessa forma, Baratta analisa que o conceito de direitos humanos visto nessas duas funções, é o instrumento mais apropriado para conter de forma máxima a violência punitiva.

Ainda, Winfried Hassemer defende que o direito penal deve se restringir apenas a proibição de condutas individuais, aquelas que provoquem lesão ou perigo de lesão a um bem individual, isto é, Hassemer é contrário a extensão da tutela penal a bens jurídicos supra-individuais, pois para esses bens jurídicos seria necessária a criação de outro ramo jurídico, denominado “direito de intervenção” (OLIVEIRA, p. 5049).

Assim, Hassemer (1994, p.08) argumenta que:

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal.

Desta maneira, para Hassemer, o direito penal deve ser reduzido para ser submetido a este apenas os delitos de lesão, ou de perigo concreto em relação a bens jurídicos individuais.

Por sua vez, nesse mesmo entendimento, Luigi Ferrajoli (2002, p.384), também defensor do minimalismo, aduz que: “Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo (...)”.

Ainda, Paulo de Souza Queiroz (1998, p.60), alude acerca da Teoria Minimalista, aduzindo que o direito penal é necessário, todavia, deve ser reduzido a um mínimo necessário, sendo utilizado apenas em casos absolutamente essenciais, isto é, o direito penal deve se ater as condutas particularmente danosas, sendo o direito penal visto como um mal, todavia, é um mal inevitável, que se impõe justificar e minimizar.

Seguindo esse entendimento, Alice Bianchini (2013, s.p.) afirma que:

Há consenso de que apenas bens de elevada valia devam ser tutelados pelo Direito Penal. Isto porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância de que o bem tutelado assume. Aqui surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens. Além da verificação a respeito do grau de importância do bem – sua dignidade –, deve ser analisado se a ofensa irrogada causou um abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal. Assim, somente podem ser erigidas à categoria de crime, condutas que, efetivamente, obstruam o satisfatório conviver em sociedade. Portanto, incomodações de pequena monta, ou que causem diminutos dissabores, são considerados como desprovidas de relevância penal, ficando, em razão disto, a sua resolução relegada a outros mecanismos formais ou informais de controle social.

Assim, para ser objeto do direito penal, deve analisar primeiramente o grau de importância do bem que sofreu a lesão, ou seja, que tais danos atinjam bens jurídicos relevantes ao convívio em sociedade. E ainda, analisar se essa ofensa a esse bem causou a sociedade um determinado abalo, para que seja justificável a atuação do direito penal.

Em suma, para que se tenha uma intervenção penal, o bem jurídico deve ser de grande monta e que a sua ofensa cause um dano perante a sociedade.

Além do mais, Rogério Greco (2015, p. 30), menciona que o Direito Penal Mínimo requer a adoção de vários princípios, os quais servirá de orientação

ao legislador, no momento de criar e de revogar os tipos penais, devendo tais princípios, seguirem de orientação também aos aplicadores da lei penal, para que seja produzida uma correta interpretação da lei.

4.2 Princípios da Teoria Minimalista

Dentre os princípios relacionados ao Direito Penal Mínimo, tem-se os da: intervenção mínima; ofensividade; adequação social e insignificância.

Justifica-se analisar esses princípios, uma vez que para aplicar o minimalismo no direito penal, tais princípios servirão de base para orientar o legislador e o aplicador penal, desta forma, os princípios serão um alicerce e uma referência para que o direito penal seja aplicado de forma mínima e necessária.

Assim, é necessário analisar tais princípios de maneira individual, buscando conceitua-los e abordar as suas principais características.

4.2.1 Princípio da intervenção mínima

O Princípio da Intervenção Mínima traz ao direito penal que este não deve interferir diretamente na vida dos indivíduos, retirando a sua liberdade e autonomia, os quais são direitos fundamentais, segundo a Constituição Federal¹⁵. Mas sim, a razão desse princípio é mostrar o direito penal como garantia social, para que os indivíduos tenham seus direitos individuais e coletivos preservados (RASSI, 2008, s.p.).

Assim, o Estado somente deve interferir quando estritamente necessário, ou seja, deve intervir o mínimo possível, para resguardar aos cidadãos os seus direitos de liberdade e autonomia, pois, uma vez que há uma intervenção penal na vida do cidadão, faz com que seus direitos de liberdade e autonomia sejam diminuídos.

Desta forma, o Estado, de acordo com esse princípio, deve intervir o mínimo necessário, sendo assim, tal princípio a base da Teoria Minimalista.

¹⁵ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

Nesse sentido, de acordo com Carlos Eduardo Sousa Pereira (2019, s.p.), na corrente Minimalista, há uma enorme influência desse princípio, pois o direito penal deve intervir minimamente nas relações sociais, sendo que assim, haverá uma limitação do *ius puniend* do Estado, passando a tutelar apenas os bens mais indispensáveis para a sociedade.

Assim, o princípio da intervenção mínima advém do brocardo *nulla lex poenalis sine necessitate*¹⁶, mostrando tal princípio um meio para a descriminalização, uma vez que, o direito penal deve apenas preocupar-se com fatos que gerem danos e consequências para a sociedade, sendo que as perturbações menos relevantes devem ficar na esfera civil ou administrativa (PEREIRA, C., E., S., 2019, s.p.).

De acordo com Nilo Batista (2007, p.85) o princípio da intervenção mínima possui duas características: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*.

Acerca da *fragmentariedade*, Rogério Greco (2015, p. 75) analisa que no enfoque minimalista, a finalidade do direito penal é proteger os bens mais importantes e necessários para o convívio em sociedade, dessa forma, somente os bens de maior importância é que merecem a atenção do legislador penal.

Nesse sentido, o direito penal apenas é utilizado em condições extraordinárias, onde a sua atuação se dá tão somente às condutas que causem dano a sociedade (BIANCHINI, 2013, s.p.).

Assim, a fragmentariedade do direito penal assegura que este “deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas a vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual”, de acordo com Guilherme Nucci (2020, p. 107).

Por sua vez, a característica da *subsidiariedade* do direito penal, subsiste na ideia de que ele é apenas utilizado em casos específicos, defendendo bens jurídicos de maior relevância à sociedade.

O direito penal visto de forma subsidiária consiste no fato de que deve ser utilizado como *ultima ratio*, ou última opção, devendo apenas ser aplicado quando não houver outros meios competentes como reprimenda (GOMES, F.B., GOMES, L.R., 2016, p. 02).

Ainda, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.25) observa que:

¹⁶ Tradução livre: A lei penal não existe sem que haja uma necessidade concreta.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Logo, o direito penal deve intervir minimamente no convívio social, sendo utilizado apenas como *ultima ratio*, isto é, como a última razão, visto de forma limitada, uma vez que devem apenas ser recorridas ao direito penal as situações que não forem solucionadas pelas outras áreas do direito, consistindo assim o caráter subsidiário.

Ainda, deve-se analisar a fragmentariedade, onde apenas aquelas condutas que atinjam bem jurídico essencial e que, devido à gravidade da agressão, são relevantes perante a sociedade e, conseqüentemente, se vê necessária à intervenção estatal.

4.2.2 Princípio da ofensividade

Segundo esse princípio, apenas as condutas lesivas aos bens jurídicos determinados é que podem ser incriminadas, isto é, o direito penal deve tutelar apenas condutas graves e ofensivas a bens jurídicos relevantes, para se evitar a excessiva invasão dos direitos individuais dos cidadãos (RASSI, 2008, s.p.).

Nesse sentido, não haverá uma conduta incriminadora, se não houver lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico.

Assim, conforme preceitua Arthur Mendes da Silveira (2019, s.p.), se não houver lesão à bem jurídico alheio, isto é, apenas houver lesão pelo agente em si próprio, não se pode considerar o fato como delituoso, uma vez que o direito penal não pune a ação simplesmente, mas sim, o resultado que esta ação poderá produzir.

O princípio da ofensividade, alude Ulisses Gomes Araújo (2012, s.p.), também é conhecido como o princípio da lesividade, sendo ainda intitulado pelo

brocardo latino *nulla necessitas sine injuria*¹⁷ e objetiva proibir que todas as condutas que ofendem a um bem jurídico sejam criminalizadas, sendo um princípio limitador do *ius puniend* estatal, pois cria balizas para o legislador e também para o aplicador do direito, pois estes devem nortear a aplicação do direito penal apenas naquelas condutas que coloquem em risco ou em perigo de lesão, ações consideradas graves a um bem jurídico tutelado.

Ainda, acerca desse princípio Nilo Batista (2007, p.91) afirma que:

Este princípio transporta para o terreno penal a questão da *exterioridade* e *alteridade* (ou *bilateralidade*) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo –, o direito “coloca face a face, pelo menos, dois sujeitos”. No direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime – por isso chamado de objeto jurídico do crime).

Nesse sentido, Batista ainda estabelece que se a conduta é puramente interna ou individual, mesmo sendo pecaminosa, imoral ou escandalosa, não haverá a ofensividade que legitima a intervenção penal (BATISTA, 2007, p.91).

Além disso, Luigi Ferrajoli (2002, p.383-384) aduz que o princípio da lesividade tem o valor de critério para minimizar as proibições penais, sendo um princípio de tolerância tendencial da desviação, para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, assim, para reforçar a sua legitimidade e credibilidade.

Desta forma, o direito penal deve ser aplicado apenas em condutas graves que lesionem ou que há um perigo de lesão a um determinado bem jurídico que é relevante na sociedade, todavia, esse bem jurídico deve ser alheio, uma vez que se a lesão é provocada pelo agente em si mesmo, não há como considerar tal fato criminoso, já que o direito penal deve proteger os resultados que as condutas graves geram ao bem jurídico.

4.2.3 Princípio da adequação social

O Princípio da Adequação Social dispõe que apesar de determinadas condutas estejam previstas formalmente como crimes, se a sociedade aceita a conduta praticada e esta não contraria a Constituição Federal, ela não será punida

¹⁷ Tradução livre: Não há necessidade sem ofensa.

criminalmente, significando que, embora a conduta seja formalmente típica, será materialmente atípica (LUZ, 2020, s.p.).

Assim, por esse princípio, apesar de uma conduta ser tipificada por um tipo penal, pode ser possível deixar de considerá-la típica se socialmente adequada, ou seja, se a conduta estiver de acordo com a ordem social.

Tal princípio foi formulado inicialmente por Hans Welzel, serve como princípio orientador do legislador, quando da criação ou da revogação das figuras típicas e ainda, para interpretar os tipos penais.

Nesse sentido, Hans Welzel (1993 apud GRECO, 2015, p.95) diz:

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.

Portanto, o legislador deve selecionar as condutas que são mais ofensivas aos bens jurídicos necessários e importantes para a vida em sociedade, todavia, não se podem criar tipos penais que incriminem condutas que já são perfeitamente aceitas por essa sociedade.

A partir de Hans Welzen, tal princípio ganhou força no direito penal, principalmente na Teoria do Delito, onde condutas que são aceitas pela sociedade, se não ofenderem a Constituição Federal, seja pelos costumes ou cultura, serão excluídas da esfera penal, já que estão amparadas pela aceitação social (SANTOS, 2012, s.p.).

Nessa perspectiva, Francisco de Assis Toledo (1994, p.131-132) aduz que se a ação é socialmente adequada, essa está desde o início excluída do tipo penal, uma vez que a conduta se realiza dentro da normalidade social, enquanto que a ação amparada por uma justificação só não é crime, mesmo sendo inadequada socialmente, pelo motivo de ter uma autorização para a realização dessa ação típica.

Assim, apesar da conduta ser tipicamente qualificada como crime, se esta é aceita pela sociedade, isto é, há uma adequação social da conduta, não será punida como crime.

4.2.4 Princípio da insignificância

A sistematização desse princípio foi elaborada por Claus Roxin, com a publicação de um artigo em 1964, o qual se pregava o Princípio da Insignificância como causa excludente da tipicidade. Roxin entendia que o princípio permite excluir a tipicidade da maioria dos tipos onde o dano não seja de muita importância. Nesse sentido, Roxin buscou esclarecer que tanto a adequação social, quanto esse princípio devem ser usados para auxiliar em uma interpretação para restringir a literalidade da lei, trazendo nova interpretação (MOREIRA, 2019, s.p.).

Assim, Claus Roxin (2006, p.13) defende que distúrbios sociais com intensidade de bagatela, não são mais sujeitos à pena, e sim, como infrações de contra-ordenação¹⁸.

Roxin ainda defende que nas hipóteses em que não for possível a descriminalização, para evitar as desvantagens da criminalização através de alternativas ao invés da condenação formal por um juiz. Tais métodos de diversificação são utilizados pelo juiz ou pelo Ministério Público, onde podem arquivar o processo quando se tratar de delitos de bagatela, cuja não tenha interesse público na persecução penal (ROXIN, 2006, p. 14).

O Princípio da Insignificância, segundo Ana Luísa Nogueira Moreira (2019, s.p.), ou ainda, Princípio da Bagatela, exclui ou afasta a própria tipicidade penal, ou seja, não se considera o ato praticado como um crime e assim, a sua aplicação resulta em absolvição do réu.

Dessa maneira, o princípio observa evitar que lesões insignificantes aos bens jurídicos tutelados, sofram as sanções penais, desta forma, somente os bens jurídicos mais relevantes devem ser tutelados pelo direito penal.

Acerca desse princípio Viviana Mestres (2015, p.175) alude que:

¹⁸ Entende-se por contra-ordenações aqueles atos ilícitos que devido ao seu caráter de bagatela, não chegam a ser penalmente relevantes, a lei nesse caso, comina sanções extrapenais (ROXIN, 2006, p. 13).

El principio de insignificancia, entonces nos trae una palabra clave en el análisis, la lesividad. De modo que la acción cometida por el sujeto activo debe tener consecuencias que se traduzcan en una lesión a un bien jurídico, para que se ponga en marcha el aparato judicial. Ahora bien, cuando esa afectación es mínima o insignificante y, por consiguiente, no alcanza un dano relevante, no debería ser captado por las agencias penales¹⁹.

Desta forma, o princípio da insignificância objetiva que se uma ação possui um impacto mínimo, não atingindo um dano relevante ao bem jurídico, não deve ser analisado pelo direito penal.

Assim, diante de todos os princípios especificados, vê-se que a sua análise de maneira individual e detalhada é necessária para entender que todos estes buscam a atuação do direito penal de forma mínima, isto é, através da Teoria Minimalista.

Por conseguinte, para que o direito penal seja aplicado de forma mínima, este deve observar os princípios, logo, a sua atuação na sociedade deve ser pautada a análise da intervenção mínima, ofensividade, adequação social e insignificância.

4.3 A proposta para o Direito Penal

Analisando todas as teorias elencadas ao longo deste trabalho, como: Abolicionismo Penal, Direito Penal Máximo, Direito Penal do Inimigo e Minimalismo Penal, conclui-se que a Teoria Minimalista é que deve ser aplicada ao direito penal.

Como já elencado, o Direito Penal Mínimo visa intervir nas relações sociais o mínimo possível, apenas em casos estritamente necessários, ou seja, defendendo bens jurídicos essenciais e condutas graves e nocivas à sociedade.

Nesse cenário, para que seja possível a aplicação minimalista, necessário que sejam observados os princípios mencionados, isto é, o direito penal não cabe proteger todos os bens existentes na sociedade, mas apenas aqueles que são mais importantes e indispensáveis ao convívio social, devendo ser pautado na

¹⁹ Tradução livre: “O princípio da insignificância, então, nos traz uma palavra-chave na análise, a nocividade. De modo que a ação praticada pelo sujeito ativo deve ter consequências que resultem em dano a um bem jurídico, para que o aparelho judicial seja colocado em funcionamento. Porém, quando esse impacto é mínimo ou insignificante e, portanto, não atinge um dano relevante, não deve ser capturado pelos órgãos criminosos”.

fragmentariedade e ainda ser subsidiário, isto é, apenas intervir se os outros ramos do ordenamento jurídico não forem capazes de proteger, tendo assim, a sua intervenção mínima.

Ainda, na visão do direito penal mínimo, a conduta lesiva e ofensiva praticada, deve atingir bens de terceiros pessoas e a conduta deve ofender bens que são inadequados socialmente, uma vez que se a conduta praticada que ofenda determinado bem, já está socialmente adequada, ou seja, aceita pela sociedade, esta não deve ser analisada pelo *ius puniend* do Estado. Além do mais, se a conduta praticada provoca um impacto mínimo na sociedade, também não merece a atenção do direito penal.

Ocorre que o direito penal atualmente não está sendo utilizado como *ultima ratio*, isto é, não está intervindo minimamente nas relações sociais, pelo contrário, o direito penal está sendo visto como a alternativa mais efetiva para a resolução dos conflitos.

Pois, a sociedade possui o falso pensamento de que a criação de leis mais severas fará com que seja garantida a segurança que buscam (GOMES, F.B.; GOMES, L.R., 2016, s.p.).

No ordenamento jurídico brasileiro, preceituam André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2009, p. 71) que os valores que estão previstos na Norma Fundamental, não estão sempre sendo observados na construção de uma Política Criminal, a qual preserva as garantias e os direitos fundamentais, uma vez que, se observar a elaboração dos tipos penais incriminadores na legislação penal infraconstitucional, se vê a passagem de uma política de intervenção mínima para uma intervenção máxima, fundamentando na insegurança que a sociedade vive, fazendo com que a pena em muitos casos não seja utilizada como última razão, onde o direito penal deveria ser subsidiário.

Assim, observa-se que a sociedade vê o direito penal como o único “salvador” da criminalidade, fazendo com que a política criminal seja construída cada vez mais com a elaboração de novos tipos penais.

Como a sociedade busca por mais segurança e acredita que o direito penal é a única forma de cessar com toda a criminalidade, percebe-se que há um aumento de tipos penais, resultando, dessa forma, em um direito penal gradativamente mais interventor no convívio social.

Ainda, a sociedade acredita que a criação de mais tipos penais incriminadores e leis penais mais severas, terão o condão de garantir a segurança, presumindo que essas medidas do direito penal serão eficazes no controle da criminalidade.

Ocorre que o direito penal visto e aplicado dessa maneira na sociedade, foge totalmente do seu caráter fragmentário e subsidiário, ou seja, o *ius puniend* do Estado que era para ser aplicado apenas em último caso, tão somente para defender os bens jurídicos mais importantes e das condutas mais graves praticadas, na verdade está sendo utilizado em primeiro caso, isto é, como a primeira opção para resolver os males que a sociedade enfrenta.

Diante disso, vê-se uma inobservância aos princípios e características do direito penal, ou seja, o direito penal sendo aplicado dessa forma está fugindo totalmente das suas atribuições.

Assim, para que o direito penal seja eficiente na sociedade e para que este seja aplicado de acordo com as suas atribuições e ainda, com base na Constituição Federal, deve voltar-se ao minimalismo, sendo aplicado um direito penal mínimo, baseado nos princípios já mencionados, defendendo apenas os bens jurídicos mais importantes da sociedade e de condutas graves e lesivas que resultem em danos a terceiros, que impossibilitem um convívio social.

Nesse segmento, aduz Juliana Maria Martins Telles (2010, p. 71) que: “A finalidade da tutela penal mínima não é a impunidade, mas sim evitar a aplicação desnecessária e degradante do direito penal, considerado um dos mais fortes de todo o ordenamento jurídico”.

Espera-se que o direito penal seja eficaz perante a sociedade, defendendo os cidadãos de condutas lesivas que causem medo e insegurança, todavia, a aplicação do direito penal para este fim deve ser pautada nas garantias fundamentais que todo cidadão tem, ou seja, não é porque o *ius puniend* estatal tem o condão de defender a sociedade, que este deve ferir os direitos e garantias fundamentais que estão expressos na Constituição Federal.

Nesse sentido, defendem Fabiana Barbosa Gomes e Luís Roberto Gomes (2016, s.p.) que não quer dizer que as leis penais existentes já bastam, mas que é necessário analisar o aumento na edição de leis, ou seja, uma intervenção máxima do direito penal, a qual é vista pela sociedade como única medida para a paz social. Vê-se, na verdade, que podem existir novas tipificações penais, só que

devem ser criadas para não se tornarem inócuas, para isso o Estado deve fazer valer as suas leis dentro do que está previsto na Constituição Federal.

Dessa forma, a aplicação do direito penal deve ser baseada na Teoria Minimalista, amparada pelos princípios da intervenção mínima, lesividade, adequação social e insignificância, já que, havendo a utilização do direito penal de forma mínima, este será mais eficiente naquilo que vier intervir e ainda, terá a observância aos direitos e garantias fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se que o Direito Penal Liberal surgiu visando à valorização do ser humano e da dignidade da pessoa humana, trazendo novos conceitos e buscando reformar o direito penal, o qual era aplicado através da arbitrariedade e da opressão estatal. Assim, no período Iluminista, o Liberalismo visava à limitação da atuação do Estado perante o indivíduo, limitando o seu *ius puniend* e privilegiando a liberdade do cidadão.

Todavia, ocorre que devido ao surgimento de novos bens jurídicos com o avanço da globalização, o Direito Penal Liberal foi superado pelo Direito Penal Moderno, o qual busca a proteção desses novos bens jurídicos, através da maior atuação do Estado, sendo utilizado como *prima ratio*, assim, com a modernidade e conseqüentemente, com o avanço da criminalidade, o Direito Penal Moderno defende que o Estado interfira na sociedade, passando a ser “positivo” e não mais “negativo”, como no Liberalismo.

Ainda, vê-se que existem as teorias do direito penal e que estas mudam e se adaptam de acordo com os acontecimentos na sociedade. Primeiramente, a Teoria Abolicionista defende o fim do direito penal, pois como anteriormente, este era aplicado de maneira rígida e utilizado como vingança, para a teoria, o direito penal não faz o seu papel de ressocialização, sendo apenas utilizado de forma cruel e vingativa, assim, a teoria conclui que não há a necessidade do direito penal na sociedade.

Por outro lado, a Teoria do Direito Penal Máximo, através do Movimento “*Law and Order*”, Teoria das Janelas Quebradas e da Política de Tolerância Zero, entende que o direito penal é a única solução para todos os males da sociedade, buscando punir os delinquentes logo no início de suas condutas, para que não venham a praticar outros delitos. Nessa mesma perspectiva, o Direito Penal do Inimigo busca punir os seus inimigos, os quais são vistos como “não pessoas”, por isso, são retirados da sociedade e punidos de forma mais severa.

No entanto, analisando todas as teorias elencadas, conclui-se que a Teoria Minimalista é que deve ser aplicada ao direito penal. Vê-se que o Minimalismo visa intervir minimamente nas relações sociais, atuando apenas em casos estritamente necessários, isto é, defendendo os bens jurídicos essenciais da sociedade.

Ainda, para a aplicação do direito penal de forma minimalista, é necessário que sejam observados os princípios da: intervenção mínima; ofensividade; adequação social e insignificância, ou seja, o direito penal deve proteger tão somente os bens jurídicos mais importantes e indispensáveis da sociedade, atuando apenas se os outros ramos do ordenamento jurídico não forem capazes de proteger e ainda, de condutas que atinjam bens de terceiros pessoas e ofendam bens que são inadequados socialmente.

Todavia, observa-se que a sociedade atualmente busca por mais segurança e vê o direito penal como o único “salvador” da criminalidade, através de cada vez mais a elaboração de novos tipos penais, assim, o direito penal gradativamente está mais interventor na sociedade, fugindo do seu caráter fragmentário e subsidiário.

Em suma, conclui-se que devido à globalização criaram-se mais bens jurídicos, sendo que esses bens jurídicos devem ser tutelados, no entanto, é necessário analisar a importância desses bens e quais são esses novos bens jurídicos para ver se serão tutelados pelo direito penal, pois, conforme o exposto, o direito penal deve observar a Teoria Minimalista, ou seja, o direito penal precisa ser mínimo, atuando minimamente na sociedade e de acordo com os seus princípios.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Junior Leite. O caráter fragmentário do direito penal e as limitações na atividade persecutória do Estado. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-carater-fragmentario-do-direito-penal-e-as-limitacoes-na-atividade-persecutoria-do-estado/>. Acesso em: 13 out. 2020.

ANDRADE, Thales de. Os paradoxos do Direito Penal Moderno. **Canal Ciências Criminais**, set./2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/paradoxos-direito-penal-moderno/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

ARAGÃO, Ivo Rezende. Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 77, 01.06.2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimento-da-lei-e-ordem-sua-relacao-com-a-lei-dos-crimes-hediondos/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ARAÚJO, Ulisses Gomes. Princípio da ofensividade e Jurisprudência do STF. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 103, ago. 2012. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/principio-da-ofensividade-e-jurisprudencia-do-stf/>. Acesso em: 13 out. 2020.

ASSIS, Caio Antunes de. Direito Penal do Inimigo: Direito para o cidadão e sanção ao criminoso. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 191, 03.12.2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-penal-do-inimigo-direito-para-o-cidadao-e-sancao-ao-criminoso/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do Direito Penal Mínimo** (para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal). Tradução de Francisco Bissolini Filho. Florianópolis, 2003. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11^o ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3076218/mod_resource/content/1/BATISTA%2C%20Nilo.%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20cr%C3%ADtica%20ao%20direito%20penal%20brasileiro.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Paulo M. Oliveira. 2^a ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade; tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BIANCHINI, Aline. **A concepção minimalista do direito penal**. Jus Brasil, 2013. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814372/a-concepcao-minimalista-do-direito-penal>. Acesso em: 13 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. ver., ampl. E atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. “Deu no jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. **Revista Liberdades**, n. 02, set-dez. 2009. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=18. Acesso em: 13 out. 2020.

CARVALHO NETO, José Augusto de. A teoria da janela quebrada e a política da tolerância zero face aos princípios da insignificância e da intervenção mínima no direito brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/24526/a-teoria-da-janela-quebrada-e-a-politica-da-tolerancia-zero-face-aos-principios-da-insignificancia-e-da-intervencao-minima-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 22 abr. 2020.

CERVINI, Raúl. Incidencia de las “mass media” en la expansion del control penal en latinoamérica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 05, jan-mar/1994, p. 37-54. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b00000171c1517aecf57fd532&docguid=Id69c1430f25111dfab6f010000000000&hitguid=Id69c1430f25111dfab6f010000000000&spos=11&epos=11&td=16&context=34&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 23 abr. 2020.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. **Revista Ciências Penais**, ano 2004, vol. 01, p. 09, jul. 2004. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Eduardo%20Demetrio/Eduardo%20Demetrio%20Crespo-Do%20Direito%20Penal%20Liberal%20ao%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

CROSSELLI, Luís Eduardo. Resenha Vigiar e Punir. **Revista Liberdades**, n. 02, p. 87-89, set-dez. 2009. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/2/2009_02_resenha.pdf. Acesso em: 09 abr. 2020.

DUARTE, Mauro Henrique Tavares; CURI, Vinícius Fernandes Cherem. Os influxos do Movimento Law and Order e The Broken Windows Theory no Brasil. **Revista Liberdades**, n. 19, p. 35-44, maio-agosto 2015. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/24/artigo03.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020.

MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**; tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

MASI, Carlo Velho. A superação do Direito Penal “clássico”: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades**, n.15. jan-abril. 2014, p. 46-72. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/20/artigo2.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

MASI, Carlo Velho; MORAES, Voltaire de Lima. Globalização e o Direito Penal. **Revista Liberdades**, n.18. jan-abril. 2015, p. 16-46. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/23/Liberdades18_Artigo1.pdf. Acesso em: 01 abr. 2020.

MESTRES, Viviana. La legalidad del principio de insignificancia en el hurto. **Revista Científica Virtual – RECAMPI**, n. 02, nov. 2015, p. 170-183. Disponível em: https://www.enmp.edu.do/wp-content/uploads/2016/11/revista_cientifica_virtual_noviembre_2015.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 1ª ed., 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/das-funcoes-da-pena/>. Acesso em: 17 abr. 2020.

MOREIRA, Ana Luísa Nogueira. O Princípio da Insignificância e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro: alguns apontamentos. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 188, set. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-insignificancia-e-sua-aplicacao-no-direito-penal-brasileiro-alguns-apontamentos/>. Acesso em: 13 out. 2020.

NÓBREGA, Adriana de Oliveira. Teoria do delito e princípio da insignificância. **Migalhas**, mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/277175/teoria-do-delito-e-principio-da-insignificancia>. Acesso em: 13 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. A expansão penal e o direito de intervenção. **Publica Direito**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de. O Princípio da Intervenção Mínima na ótica da Ciência Total do Direito Penal. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 96, jan. 2012. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-intervencao-minima-na-otica-da-ciencia-total-do-direito-penal/>. Acesso em: 13 out. 2020.

PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade?. **Revista Liberdades**, ano 2016, n. 23, p. 105-115, set-dez. 2016. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/28/EscolasPenais2.pdf. Acesso em: 07 abr. 2020.

PENA, Rodolfo F. Alves. O que é Globalização?. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-globalizacao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2020.

PEREIRA, Carlos Eduardo Sousa. Movimentos do Direito Penal Moderno: Minimalismo, Garantismo e Abolicionismo. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 180, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimentos-do-direito-penal-moderno-minimalismo-garantismo-e-abolicionismo/>. Acesso em: 13 out. 2020.

PEREIRA, Marcos A. **Coleção pensamento & vida: Cesar Beccaria: o precursor do direito penal moderno**. São Paulo: Editora Escala, 2011.

PORFÍRIO, Francisco. Marxismo. **Mundo Educação**. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/sociologia/marxismo.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/24035743/do-carater-subsidiario-paulo-queiroz>. Acesso em: 13 out. 2020.

RASSI, Patrícia Veloso de Gusmão Santana. Direito Penal Mínimo. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 50, fev. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-penal-minimo/>. Acesso em: 13 out. 2020.

REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES. Princípios informadores do Direito Penal Mínimo. **Jus Brasil**, 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/976055/principios-informadores-do-direito-penal-minimo>. Acesso em: 13 out. 2020.

RESUMO - O Iluminismo - Pensadores e características. **Site Só História**. Disponível em: <https://www.sohistoria.com.br/resumos/iluminismo.php>. Acesso em: 18 mar. 2020.

RODRIGUES, Lízia. Quando a política da Tolerância Zero deixa de ser um simples discurso. **Jus Brasil**, 2015. <https://lizarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/193826083/quando-a-politica-da-tolerancia-zero-deixa-de-ser-um-simples-discurso?ref=feed>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**, tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6296808/estudos-de-direito-penal-claus-roxin-pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

RUBIN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. O que se entende por princípio da adequação social. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928188/o-que-se-entende-por-principio-da-adequacao-social>. Acesso em: 13 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVEIRA, Arthur Mendes da. Princípio da lesividade e os crimes de perigo abstrato. **Direito Net**, mar. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11048/Principio-da-lesividade-e-os-crimes-de-perigo-abstrato>. Acesso em: 13 out. 2020.

TELLES, Juliana Maria Martins. **Direito Penal Mínimo: a influência da tutela penal mínima no combate à criminalidade**. 2010. Monografia (Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) – Universidade Estadual do Ceará. Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade\[2010\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade[2010].pdf). Acesso em: 13 out. 2020.

VASCONCELOS, Keila de Oliveira. Os movimentos da Política Criminal Moderna: Minimalismo, Absolutismo e Garantismo e consequências de sua aplicação na sociedade. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 138, jul. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-138/os-movimentos-da-politica-criminal-moderna-minimalismo-absolutismo-e-garantismo-e-consequencias-de-sua-aplicacao-na-sociedade-atual/>. Acesso em: 13 out. 2020.

VIEIRA, Vanderson Roberto e ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **A sociedade do risco e a dogmática penal**. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-sociedade-do-risco-e-a-dogmatica-penal/#_ftn1. Acesso em: 01 abr. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**; tradução de Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes

da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª ed. 2001. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/Monsouzas2/01-zaffaroni-eugenio-em-busca-das-penas-perdidas-completopdfpdf-compressor2003911>. Acesso em: 09 abr. 2020.