

DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO: UMA VISÃO MINIMALISTA DO DIREITO PENAL

Ana Luiza Tinoco Rodrigues do Nascimento¹

Lincoln Rufino²

RESUMO

Adotando uma visão dialética do assunto diante da análise de vasta doutrina sobre o tema, a partir de um artigo científico, se pretende demonstrar que o Direito Penal somente deverá ser erigido quando estritamente necessário, de forma a não ser sobrecarregado com questões de possível resolução em outras searas do Direito, tais como a administrativa e a cível, ressaltando, destarte, o seu caráter de subsidiariedade. Busca-se balancear os discursos extremados e minimalistas, na premissa de alcançar o chamado Direito Penal do Equilíbrio, uma alternativa para o alcance de uma resolução eficaz e séria dos conflitos sociais, reduzindo a sensação de impunidade que assola a sociedade e estimula a criminalidade.

Palavras chave: Direito Penal. Subsidiariedade. Impunidade. Criminalidade. Equilíbrio.

BALANCED PENAL LAW: A MINIMALISTS VISION OF PENAL LAW

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNIRN. E-mail: lu_tinoco@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: linrufino@yahoo.com.br

ABSTRACT

This article discusses the subject of “a balanced approach to the penal code” through a thorough, scientific analysis of existing doctrine on the subject, and aims to demonstrate that penal law should only be instituted (or applied) when strictly necessary, in order to avoid questions regarding possible resolution based on other types of legal procedures, such as administrative or civil law, making it a secondary type of law. The article seeks to balance arguments fostered by the extremists and minimalists in order to reach the Balanced Penal Law, an efficient and effective resolution of social conflicts, eliminating a sense of impunity that threatens society and stimulates criminality

Keywords: Penal law, Secondary type of law, Impunity, Criminality, Balanced approach.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo se tem processado uma inflação legislativa na área criminal, a qual, para a maioria da sociedade, deve ser aplicada da forma mais repressora possível, sendo, em concreto, adotada como a solução por excelência e em primeiro plano para todo e qualquer problema social ou individual. Neste diapasão se tem como escopo demonstrar que só se deve recorrer ao Direito em comento quando estritamente necessário, de forma a este não ser sobrecarregado com questões de possível resolução em outros ramos do Direito, tais como o cível bem como o administrativo.

O estudo ora levado a efeito, cujo tema é defendido por doutrinadores como Ferrajoli, Hassemer, Zaffaroni, Cervini, Rogério Grego e Alessandro Baratta, se justifica porque se faz mister tomar consciência da inflação desmedida que vem sofrendo o Direito Penal, visando cessar esse processo contraproducente e irracional que pode gerar consequências funestas sob os pontos de vista social e de preservação dos valores humanos, especialmente a liberdade e a dignidade, ambos amplamente amparados pela Carta da República.

Do ponto de vista prático, a supramencionada questão recebeu a devida atenção em razão das reiteradas experiências as quais o povo brasileiro vem presenciando com o passar do tempo, que vão desde graves infrações banalmente praticadas à luz do dia, aos crimes meticulosamente calculados, preparados e executados de forma chocante às escuras, semeando na sociedade amedrontada e, na maioria das vezes, leiga, a adesão às teses direcionadas à adoração do Direito Penal Máximo divulgadas pelos meios de comunicação em massa.

Insta ainda salientar que quando da adoção do Direito Criminal que prioriza a tutela de bens não tão relevantes e necessários ao convívio em sociedade, tendo como exemplo os bens protegidos em sede de contravenções penais, é latente o déficit de capacidade do Estado em atender à referida demanda sem culminar na descrença no referido Direito, passando este a ser tido como meramente simbólico, gerando a constante sensação de impunidade que nos assola e estimula a criminalidade, agindo como um círculo vicioso.

Mediante o desenvolvimento de uma reflexão aprofundada do fenômeno sobredito, de suas causas e consequências, será possível demonstrar de forma cristalina “o tempo que se perde com infrações de pequena ou nenhuma importância, enquanto os processos mais graves se encontram em prateleiras empoeiradas dos cartórios criminais.” (ROGÉRIO CRECO, 2009), retardando, inclusive, a atuação dos órgãos responsáveis pela persecução penal, tendo em vista a consequente disponibilidade reduzida do aparato policial.

Ademais, se busca conscientizar os operadores do direito bem como a sociedade de um modo geral, a respeito da ineficácia do discurso repressivo, que apregoa, entre outras práticas, a pena de caráter perpétuo, bem como a pena de morte, malferindo, desta forma, a Carta Constitucional e rompendo a base de um Estado Democrático de Direito arduamente conquistado e paulatinamente consolidado.

Diante deste contexto, é possível aferir, e, se pretende demonstrar, que o Direito Penal do Equilíbrio, uma posição intermediária entre dois pontos extremos, busca balancear e equilibrar os discursos extremados e minimalistas, visando resolver os conflitos sociais com eficácia e seriedade, priorizando os bens que julga mais importantes para o convívio em sociedade, bem como preservando os direitos e garantias individuais.

Para tanto, nesse sentido, se busca a adoção de alguns princípios básicos, tais como: intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade, legalidade e, por fim, e acima de tudo, o da dignidade da pessoa humana.

2 EVOLUÇÃO TEMPORAL DO DIREITO PENAL

Sabe-se que a sociedade vive em constante evolução, uma busca incessante pela lapidação da palavra uma vez proferida pelo legislador e diariamente aplicada pelos operadores do direito de forma a acompanhar os interesses da coletividade. Nesse sentido já se posicionava Magalhães Noronha a respeito do Direito Penal “ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”. (Magalhães Noronha, 1998)

Quando da análise da evolução do Direito Penal no tempo é possível constatar que nos primórdios, origens da humanidade, prevaleceu a pena de caráter vingativo, aplicada de forma irracional, não derivando de pactos entre homens livres, geralmente, “utilizada como instrumento das paixões de uns poucos, ou de uma necessidade fortuita e passageira, fora da ótica de um frio examinador da natureza humana”. (Cesare Beccaria, 1764)

Neste pórtico se encontram as vinganças penais, passando pela vingança privada, divina e a vingança pública. Na denominada fase da vingança privada, uma vez cometido um crime, este desencadeava a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social a que esta pertencia, os clãs, os quais agiam sem proporção à ofensa. A vingança em comento se manifestou através de dois instrumentos: o talião e a composição.

A chamada “lei de talião” adotada no código de Hamurabi consistia em aplicar ao delinquente ou ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção. Senão vejamos:

"Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto".

"Art. 210 – Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele".

Ademais, encontrou aplicação na Bíblia Sagrada bem como na Lei das XII Tábuas:

"Levítico 24, 17 – Todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto".

"Tábua VII, 11 – Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo".

Posteriormente, dá-se o advento da composição, através da qual o ofensor comprava sua liberdade, tendo como efeito ilustrativo o uso de dinheiro, gado e armas. Adotada, também, pelo Código de Hamurabi (Babilônia), pelo pentateuco (Hebreus) e pelo Código de Manu (Índia), foi amplamente aceita pelo Direito Germânico, sendo considerada o embrião das indenizações cíveis e das multas penais.

Somada à vingança privada, se vislumbra a vingança divina, em que a repressão ao crime é a satisfação dos deuses, adotada no Antigo Oriente, no qual a religião se confundia com o Direito, e, assim, os preceitos de cunho meramente religioso ou moral eram tidos como leis em vigor. Legislação típica dessa fase é o Código de Manu, contudo tais princípios foram adotados, também, na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel.

Insta, por fim, apontar a vingança pública, em que a pena perde sua índole sacra para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública, representativa dos interesses da comunidade, tendo como máxima: "Crimes ao Estado, à sociedade". A pena de morte nessa época era uma sanção largamente difundida, juntamente com as penas cruéis, o confisco de bens, as torturas, prisões desumanas, banimentos, bem como acusações secretas. Prodigalizara-se então a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplícios, a ausência de limites entre a justiça divina e a justiça humana e entre os pecados e os delitos.

Insurgindo-se ainda como agravante a ausência do princípio da intranscendência da pena, em que a pena ultrapassava, constantemente, a pessoa do condenado. Era a "Idade das trevas" do Direito Penal, em que eram aplicadas punições de consequências muito superiores e mais terríveis do que os males produzidos pelos delitos.

Eis que durante o século XVIII na Europa surgiu um movimento intelectual de forma a coroar o processo de humanização, tendo como início o Renascimento e a Reforma. O Iluminismo apareceu como reação contra o Direito do até então vigente “Ancien Régime” bem como contra um sistema cujas leis correspondiam à única ideia da prevenção geral ou da intimidação e tinha o delinquente como um exemplo a não ser seguido.

Um sistema positivado por leis vagas e atrozes que eram aplicadas sob a égide de um processo penal arbitrário, secreto, inquisitorial, baseado na confissão e no tormento. O Iluminismo trouxe a racionalidade, em que as regras passaram a ser dadas pelos humanos e o Direito Penal passou a ser visto como instrumento de defesa do cidadão e não, apenas, como forma de punição.

Neste diapasão, tem-se como ideário filosófico-político do Iluminismo a prioridade do indivíduo perante o Estado, a proclamação dos Direitos naturais que o Estado deve reconhecer e proteger e a consagração da razão humana. Destacam-se ainda como características do movimento em discussão o contratualismo de Rosseau, o utilitarismo, o legalismo, a secularização e a prisionização, dando início a difusão da pena a título de sanção penal, não mais sendo vista como unicamente punitiva e retributiva.

Nesse contexto filosófico e humanitário se destaca a obra intitulada “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria, originalmente publicada em 1764, em que Beccaria se insurge contra a tradição jurídica da pena como uma vingança coletiva, de forma desproporcional e desumana até então invocada, clamando pela razão e o sentimento, bem como atuando como porta-voz dos protestos da consciência pública.

Nessa premissa condena o direito de vingança e toma por base do direito de punir a utilidade social, ressaltando a necessidade da publicidade e da presteza das penas: "quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será". (Cesare Beccaria, 1764) Declara ainda a inutilidade da pena de morte e reclama a proporcionalidade das penas aos delitos ("a verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade"), assim como a separação do poder judiciário e do poder legislativo.

Em conclusão à sua obra supracitada, em sede do capítulo XLII, escreveu:

“Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, eficaz,

necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas proporcionada aos crimes, ditadas pelas leis.”

Atuando juntamente aos escritos de Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau e D’Alembert, Beccaria consolidou o advento do humanismo e o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal. Os referidos pensadores sedimentaram uma nova ideologia, qual seja, o pensamento moderno, que repercutiria até mesmo na aplicação da justiça: a arbitrariedade cedeu ao manto da razão e à determinação caprichosa dos delitos e das penas se pôs um ordenamento positivado a ser seguido.

A partir do estudo de "Dei Delitti e Delle Pene", foi firmado o alicerce do Direito Penal Moderno, culminando na influência na legislação de vários países, e revolucionando, desta maneira, o Direito Penal, uma vez que a citada obra foi vista como símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente. O Marquês de Beccaria ficou conhecido como “Apóstolo do Direito”, e, ademais, muitos dos princípios por ele apregoados foram adotados pela “Declaração dos Direitos do Homem”, da Revolução Francesa.

3 ABOLICIONISMO X MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

A mudança na concepção do Direito Penal em âmbito mundial diante da adoção dos pensamentos iluministas revestidos de racionalidade e humanismo culminou em uma série de princípios aplicados às ciências criminais os quais com o tempo foram paulatinamente consolidados, de forma a nortear o legislador e a limitar a área de atuação dos aplicadores do direito.

Essa linha de pensamento inovadora e evoluída atuando em conjunto com o estrago causado em larga escala no que tange aos Direitos Humanos ao final da Segunda Guerra Mundial gerou inúmeros adeptos do movimento abolicionista, cujas origens são atribuídas a Fillipo Gramatica.

Neste sentido, Evandro Lins e Silva, citado por Antônio de Padova Marqui Junior esclarece o que se segue:

“À fase tecnicista sucedeu, logo após a terminação da segunda Guerra Mundial, uma forte reação humanista e humanitária. O direito penal

retomava seu leito natural, no caminho que vem trilhando desde Beccaria. Não surgiu propriamente uma nova escola penal, mas um movimento, sumamente criativo, que vem influenciando de modo intenso na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX. Foi seu idealizador o advogado e professor Fillipo Gramatica, que fundou, em Gênova, em 1945, um centro de estudos de Defesa social. Gramatica adotava uma posição radical. Para ele a defesa Social consistia na ação do estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do Direito Penal e dos sistemas penitenciários vigentes”³.

O Abolicionismo não é uma doutrina unificada, mas, sim, um conjunto de doutrinas as quais têm como fator comum a proposta de abolição do sistema de penas e do próprio direito penal, sendo constituído, inclusive, por posições radicais em demasia, as quais propõem praticamente uma anarquia do Sistema Penal, exaltando um caráter de revolução e liberdade, incitado pela afronta ao Estado, materializada na prática delituosa.

O movimento aqui explanado ganhou forças diante das atrocidades presenciadas pela humanidade em uma esfera generalizada em razão do negativo legado que deixou a Segunda Guerra Mundial, a qual sensibilizou o mundo em busca de uma convivência mais pacífica, inclusive, culminando com a criação da ONU em substituição à Liga das nações no ano de 1945.

Ademais, em se tratando de um âmbito específico, no que concerne apenas ao Sistema Penal, contribuíram para a formação de um pensamento abolicionista fatores como a crueldade do Direito Penal, a sua incapacidade de cumprir com as funções das penas, quais sejam, a reprovação e a prevenção, a sua natureza seletiva diante da escolha dos bens jurídicos a serem tutelados até a eleição da pena a ser imposta a cada

³ MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Abolicionismo Criminal**. Disponível em: www.direitopenal.adv.br

caso, culminando na estigmatização daqueles que ultrapassam as barreiras impostas pelo poder legislativo.

Somado a isso é necessário apontar a questão da chamada cifra negra, a qual demonstra a ineficácia e ineficiência do sistema penal, cuja explanação se dá com maestria por Juan J. Bustos Ramirez e Hernann Hormazabal Malarée (In Nuevo Sistema de Derecho penal, p. 37):

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

Ocorre que em que pese seja louvável a ideia de autossuficiência de um Estado, em que este atue apenas de forma social, sem necessidade de atuar com escopo punitivo, na forma de um Estado Penal, visando unicamente o comprometimento com o respeito ao princípio da dignidade humana, é notória a impossibilidade da aplicação do movimento abolicionista na ordem mundial, sobretudo no Brasil.

As ideias encabeçadas por Gramatica e devidamente embasadas nas teses de Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie e Michel Foucault, postulam o desaparecimento da pena privativa de liberdade, sendo todos conflitos resolvidos através de medidas alternativas informais, e em outros ramos do Direito.

Contudo trata-se de um movimento, ao menos por agora, utópico, visto que o caminho mais seguro e eficaz para tratar de crimes de natureza mais grave ainda é o Direito Penal, não há como se vislumbrar outro caminho capaz de impedir a prática ou, ao menos, prevenir, a prática de crimes contra a vida, ou crimes como estupro e latrocínio.

Neste norte o posicionamento de Edmundo Oliveira (O futuro alternativo das prisões, p.85):

“O movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade não conseguiu propor um método mais seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estagio em direção à abolição da pena”.

Noutro passo, em um sentido diametralmente oposto se encontra a tese do movimento de Lei e ordem, o qual incita a aplicação do chamado Direito Penal Máximo, em que a pena seria a melhor solução para todos os problemas da sociedade, de forma a “higienizar” esta.

A política de Tolerância Zero adotada no começo da década de 90 pelo então prefeito da cidade de Nova York, Rodolph Giuliani, é uma das vertentes do referido movimento. Tal política consistia na reorganização do trabalho policial da cidade através da perseguição dos pobres que permeavam os locais públicos, resultando em uma aplicação inflexível da lei sobre os hoje chamados “delitos anões”, tendo como exemplo a mendicância, embriaguez e a jogatina.

Por intermédio desse movimento político-criminal se pretende que o Direito Penal abarque todos os bens jurídicos existentes na sociedade, independente de seu nível de importância, atuando, destarte, em *prima ratio*, e tendo como consequência lógica desse raciocínio um Direito puramente simbólico, impossível de ser aplicado, e atuando de forma a encobrir o déficit do Estado em cumprir as suas funções sociais, ao invés de tratar o mal pela raiz através da construção de uma base educacional sólida, em busca da tão sonhada igualdade social.

Obviamente que o raciocínio do movimento em pauta, por mais que traga um falso conforto à sociedade, não pode prosperar, tendo em vista a ilegitimidade do discurso pregado, o qual é completamente inviável em face do disposto no Art. 60 §4, IV⁴, da Constituição Federal, o qual aduz que não poderá ser objeto de emenda a abolição dos direitos e garantias individuais, caracterizando as chamadas cláusulas pétreas.

Somado a isso, inclusive, é necessário atinar para o fato de que mesmo diante da adoção de uma nova ordem constitucional, os direitos já conquistados não poderiam retroagir, de acordo com o princípio da vedação do retrocesso, encabeçado por Fábio Konder Comparato (A afirmação histórica dos Direitos Humanos, p. 291), o qual afirma que “em matéria de direitos humanos, não se admitem regressões, por meio de revogação normativa, ainda que efetuada por diplomas jurídicos de hierarquia superior àquele em que foram tais direitos anteriormente declarados”.

Neste sentido, Rogerio Greco em sua obra “Direito Penal do Equilíbrio” (p. 16) assevera:

“O falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo tão somente para afirmar o caráter símbolo do Direito penal.”

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Ainda na linha de raciocínio do “Direito Penal Máximo” calha ressaltar a teoria do “Direito Penal do inimigo” desenvolvida por Günter Jakobs, na segunda metade da década de 1990.

Ao difundir sua tese, Günter propõe uma bifurcação do Direito Penal, em que este se dividiria em Direito Penal do Cidadão e Direito penal do inimigo. Neste

⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

diapásão afirma que o inimigo é aquele que se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que voltará a seguir a norma, citando como exemplo os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. cit., p. 39).

Adequando-se a nossa realidade, é possível fazer uma transposição da questão do terrorismo para o problema do tráfico de drogas, mormente no Rio de Janeiro, em que os traficantes atuam em uma verdadeira guerra contra o Estado, criando, praticamente um Estado paralelo, comandado por líderes que não os formalmente eleitos, mas, sim, informalmente impostos às comunidades.

Para os citados inimigos não existiriam as garantias processuais asseguradas ao cidadão, tendo em vista que aquele não seria considerado uma pessoa, portanto, contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Nesse sentido assevera que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar do benefício do conceito de pessoa. (JAKOBS, Gunther, Derecho penal del inimigo, p. 40-41)

A tese em testilha possui as seguintes características: o inimigo não pode ser punido com pena, mas, com medida de segurança; não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), e sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); não se trata de um Direito Penal retrospectivo, tendo em vista que atua de forma prospectiva; por fim, o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status e os “benefícios” que dele decorrem, recebendo, inclusive, uma pena propositadamente desproporcional.

O Direito Penal do inimigo constitui, desse modo, um direito de “terceira velocidade”, o qual, nas lições de Jesus-Maria Silva Sanchez, seria uma velocidade híbrida em que seriam aplicadas penas privativas de prisão (primeira velocidade) com uma minimização, *in casu*, supressão, das garantias penais e processuais. (segunda velocidade).

No que tange à questão “inimigo x pessoa” é importante ressaltar que essa distinção nos remete ao bastante combatido “Direito Penal do autor”, em que o indivíduo é punido por quem ele é, e não pelo que ele cometeu (Direito Penal do fato).

Atenta-se ainda para o fato de que a máxima expressão do Direito Penal do autor se deu durante o Nazismo, portanto, defender tal tese é retroceder a um passado que, na verdade, toda a humanidade, mormente a Alemanha de Hitler, quer esquecer.

Ademais, classificar o Direito Penal em Direito Penal do Cidadão, nada mais é do que um pleonismo, tendo em vista que o Direito Penal deve estar, obrigatoriamente, vinculado à Constituição Democrática, princípio basilar de um Estado democrático de direito, cuja democracia custamos tanto a consolidar, enquanto que, nesse sentido, urge concluir que a expressão Direito Penal do inimigo é uma contradição.

5 DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

O que no presente se propõe é a adoção de um Sistema Penal cuja intervenção na sociedade se dê minimamente, atuando apenas quando estritamente necessário, de forma a proteger os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, aqueles cuja importância não permite a resolução em searas como a cível e a administrativa, por considerar a repressão por elas oferecida insuficiente.

Neste giro se clama pela visão do Direito Penal de forma subsidiária, em que se os outros ramos do Direito forem capazes de oferecer uma resposta proporcional ao delito, não seja necessário recorrer ao Direito Penal, cuja implicação é por demais drástica e cruel, visto que este lida com o bem jurídico mais importante tutelado pelo estado, qual seja, a liberdade.

Desta forma se sugere um raciocínio voltado ao Direito Penal Mínimo, ou seja, uma visão equilibrada entre dois discursos extremados, sendo estes o do abolicionismo e o do movimento de lei e ordem, na premissa de dar uma maior efetividade à persecução penal, através da adoção de alguns princípios indispensáveis tanto para a orientação do legislador quando para a interpretação cotidiana da lei penal pelos aplicadores do Direito.

Dentre eles podemos destacar: dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e legalidade.

5.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO

Atuando como fio condutor do arcabouço penal se infere o chamado princípio da dignidade da pessoa humana, visto que deste todos os outros se ramificam. Trata-se de uma qualidade irrenunciável e inalienável, intrínseca à própria condição humana, em que inclusive o mais vil dos homens possui esse valor. Neste sentido se posiciona Ingo Wolfgang Sarlet (Dignidade da pessoa humana e princípios fundamentais, p. 60):

“a qualidade distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano”.

Já no que concerne ao princípio basilar da teoria aqui lançada, se encontra o princípio da intervenção mínima, cujo conceito traduz exatamente o instituto do direito penal mínimo, através da atuação quando da criação dos tipos penais pondo limites ao legislador, bem como no âmbito da aplicação diária pelos aplicadores do direito.

Neste diapasão se afere que o primeiro passo rumo à evolução e constante modernização das ciências penais deve partir do legislador, o qual ao criar os tipos penais deve fazer uma valoração do que está tipificando, de forma a só criminalizar os bens de maior importância ao convívio social, aqueles cuja tutela por outros ramos do direito são insuficientes. Ainda neste raciocínio destaca-se, também, a revogação dos tipos que não mais gozem desse status de proteção pelo Direito Penal.

Posteriormente deve atuar com cautela o magistrado ao penalizar condutas que facilmente seriam abarcadas pela aplicação, por exemplo, do princípio da insignificância, ou, ainda, da adequação social, agindo sempre de forma razoável e em consonância com a realidade superlotada e desumana do sistema carcerário brasileiro.

No que tange ao mencionado princípio da insignificância se posiciona o STF da seguinte forma:

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado – que considera necessária na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como: a) a mínima ofensividade da conduta do agente, b) a nenhuma periculosidade social da ação, c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em razão dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.⁵

Ademais, tem-se o princípio da adequação social, concebido por Hans Welzel, o qual servirá de orientação para o legislador tanto na criação quando na revogação dos tipos, em que condutas antes consideradas como socialmente inadequadas, hoje podem ser aceitáveis pela sociedade.

Somado a isso deve servir como norte ao magistrado, o qual deve ponderar os tipos e adequá-los à realidade atual, tendo a título ilustrativo a questão do crime “Ato obsceno”, tipificado no art. 233 do Código penal, em que o que era obsceno em 1950, pode ser considerado uma conduta natural nos dias atuais.

Calha, ainda, ressaltar a importância do princípio da lesividade, em que, embora a conduta seja inadequada socialmente, não merece o relevo prestado pelo Direito Penal, tendo em vista que não ultrapassa a esfera do indivíduo, e, por conseguinte, não atinge bens de terceiros. Neste sentido, a título de exemplo, tem-se a automutilação e a tentativa de suicídio, em que esta, já foi, inclusive, considerada crime.

Por fim, em meio a tantos princípios aplicáveis ao Direito Penal, destaca-se um de maior relevância ao instituto em comento, qual seja, o princípio da

⁵ STF, HC 98152/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2 T., DJ 05/06/2009, p. 584.

proporcionalidade, cujas origens remontam ao século das luzes, mais especificamente, em virtude dos postulados de Beccaria, o qual assegurava que a pena deveria ser proporcional ao mal praticado pelo agente, tanto no plano abstrato (na fase de cominação), como no plano concreto (quando da aplicação da pena pelo juiz.) Neste sentido, assevera, na obra aqui já explanada, (“Dos delitos e das penas”, p. 139):

“para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei”.

Dessa forma, é possível concluir que se toda a estrutura pensante que move o ordenamento penal, que vai desde o legislador no momento da tipificação dos crimes a serem perseguidos, até o magistrado no momento de proferir a sentença, adotar de forma rigorosa todos os princípios aqui elencados, será notório o “desafogamento na máquina judiciária”.

Vislumbrar-se-á, neste sentido, uma atuação dos órgãos de persecução penal de forma mais eficaz e séria, em que estes estarão livres para agir no combate aos crimes que atinjam os bens mais importantes para o convívio em sociedade, os quais muitas vezes são abarcados pelo advento da prescrição tendo em vista a mora do poder judiciário, e os delitos menos agressivos terão fácil resolução mediante a aplicação de institutos cíveis, por exemplo.

6 ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

Em virtude da incessante busca pela evolução do ordenamento jurídico pátrio de forma a acompanhar todas as mudanças pelas quais passa a sociedade, um grupo de 15 juristas, presidido pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Gilson Dipp, vinha se reunindo desde outubro do ano passado para reformar o atual Código Penal, que começou a vigorar em 1940.

Por força da vigência do referido Código por mais de 70 anos, esta tarefa resultou em forte descriminalização de condutas, em regra por serem consideradas desnecessárias para a sociedade brasileira atual, através da aplicação do princípio da adequação social, insuscetíveis de tratamento penal ou incompatíveis com a Constituição Brasileira de 1988. Neste sentido é possível aferir que o mencionado Código foi elaborado quando vigorava no país uma Constituição antidemocrática, num contexto adverso que definiu a anatomia do texto.

Desta forma, tendo em vista que nos encontramos sob a égide da Constituição democrática de 1988, a chamada Constituição Cidadã, já não podemos mais conviver com o Código de 1940, e o que agora ainda era anteprojeto começou a tramitar no Senado tendo sido apresentado nesta segunda-feira (09/07/2012) pela Mesa como PLS 236/2012, com justificação assinada pelo presidente do Senado, José Sarney (PMDB-AP).

Dentre as mudanças propostas que se adequam à tese aqui esposada, qual seja, o Direito Penal do Equilíbrio, podemos destacar a questão da descriminalização do plantio e porte de drogas para consumo, questão elencada no §2 do Art. 212 do Projeto de Lei em comento. Senão vejamos:

“Capítulo I

Dos crimes de drogas

(...)

§2º Não há crime se o agente:

I – adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal;

II – semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal”.

Através da descriminalização do plantio e do porte de drogas para consumo, o novo Código Penal atua de forma a aplicar o princípio da lesividade, bem como o princípio da insignificância, ambos aqui alhures explanados, permitindo assim que toda a atenção emanada dos órgãos de persecução penal bem como de todo o aparato judicial

seja voltada ao real problema que assola a sociedade brasileira, qual seja, o tráfico de drogas.

Neste sentido, se evita ainda a quantidade abundante de magistrados de primeiro grau efetuando Controle Difuso de Constitucionalidade do Art. 28 da Lei 11.343 de 2006, o qual trata da questão do uso e plantio de drogas para consumo pessoal, de forma a dar mais celeridade ao ordenamento penal.

Também no que concerne à aplicação do princípio da lesividade, foram tipificadas no projeto de lei do Código Penal aqui esposado, novas possibilidades de legalização da prática de aborto, antes permitida unicamente em casos de risco à saúde da gestante e quando decorrente de estupro, nos termos do Art. 128 do PLS 236/2012:

“Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”.

Já quanto ao mencionado princípio da insignificância é salutar ressaltar ainda que este, questão antes atuante unicamente no âmbito doutrinário, inclusive de forma controvertida, com o advento do novo arcabouço penal conquistou espaço em sua parte geral, em sede do § 1º do Art. 28, que trata da exclusão do fato criminoso, o qual aduz que:

“Exclusão do fato criminoso

Art. 28. Não há fato criminoso quando o agente o pratica:

(...)

Princípio da insignificância

§ 1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- c) inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Ademais, quando da análise do Projeto de lei em comento podemos também vislumbrar a tipificação (Art. 115 do PLS 236/2012) do instituto da “barganha”, o qual antes apenas abrangia os crimes de menor potencial ofensivo abarcados pela Lei 9.099/95, em que diante do atendimento de alguns requisitos preestabelecidos será possível a celebração de acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

Insta ainda salientar que em que pese o texto do projeto em pauta estar organizado em mais de 500 artigos, ante os 356 do atual Código Penal, esta maior quantidade de artigos decorre da incorporação ao texto de aproximadamente 130 leis que abordam temas penais de forma autônoma, as chamadas leis extravagantes, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Ademais, foram abolidas as Contravenções Penais, em que alguns dos chamados “delitos anões”, aos quais se reconheceu dignidade pessoal, foram objeto de proposta de transformação em crime. É o caso da exploração dos jogos de azar. Tudo isso de forma a conceber um direito penal mais voltado para a sua funcionalidade social, em sentido forte, conjuntamente com o respeito à dignidade da pessoa humana – ou seja, um sistema em perfeita sintonia com a Constituição de 1988, e que traduz um controle rigoroso sobre a expansão desordenada do Direito Penal.

Com esse escopo se ateve a Comissão de reforma aos critérios constantes do Plano de Trabalho da Comissão, aprovado no dia 18 de outubro de 2011, e elencados na segunda parte do Anteprojeto do Código Penal, intitulada “Os modos de codificação”, quais sejam:

- a) da necessidade de adequação às normas da Constituição de 1988 e aos tratados e convenções internacionais;
- b) da intervenção penal adequada e conforme entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado;
- c) da seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social, em harmonia com a Constituição;
- d) da criminalização de fatos concretamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados;
- e) da criminalização da conduta apenas quando os outros ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente;
- f) da relevância social dos tipos penais;
- g) da necessidade e da proporcionalidade da pena.

Dessa forma, diante do aqui esposado a respeito do Projeto de lei para reforma do atual Código Penal, é possível vislumbrar uma aplicação cada vez mais constante dos princípios do Direito Penal do Equilíbrio aqui proposto, se mostrando como sinônimo de evolução, através da preservação de valores como a liberdade e a dignidade, em busca de uma atuação mais eficaz na reprimenda dos bens jurídicos mais relevantes e imprescindíveis ao convívio social, sempre de forma proporcional e adequada.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto podemos perceber que a adoção do Direito Penal do equilíbrio aqui explanado configura a mais razoável das proposições atuais no que concerne ao ordenamento penal, tendo em vista que flutua entre duas vertentes equivocadas e antagônicas entre si, quais sejam, o movimento de lei e ordem e o abolicionismo penal.

Os abolicionistas propõem, de forma utópica e inadequada à realidade em que vivemos no Brasil, o completo desaparecimento do Direito Penal de nosso sistema jurídico, em razão de suas inúmeras problemáticas, tais como a seletividade, a estigmatização do preso, a lotação do sistema carcerário, a cifra negra, dentre outros, propondo, nesse sentido, a resolução de todos os conflitos interindividuais através das outras searas do Direito.

Sabe-se que tal proposta não é possível, tendo em vista que seria uma afronta ao princípio da proporcionalidade, em que ofensas a bens jurídicos como o da vida e o da dignidade sexual, teriam uma resposta insuficiente através da aplicação de indenizações cíveis, por exemplo. Seria declarar guerra ao Estado legiferante.

Sob outro viés encontra-se o movimento de lei e ordem, tendo como ramificação o Direito Penal do inimigo, em que o Direito Penal é visto praticamente como educador da sociedade, atuando em todos os âmbitos de forma máxima, não importando a relevância do bem jurídico ofendido, punindo desde as contravenções até os crimes mais vis, transformando, desta forma, o Estado Social em um Estado Penal e a consequente visão do Direito Penal de forma unicamente simbólica.

Em se tratando do Direito Penal do Equilíbrio o que se vislumbra é uma posição intermediária entre os discursos aqui amplamente discutidos, em que este visa proteger somente os bens mais importantes ao convívio em sociedade, mas atuando quando necessário, sob pena de resultar em um caos social, diante da inércia da atuação do Estado Penal.

Para a aplicação de tal discurso é necessária a interpretação diária dos princípios a este aplicados, em dois momentos: o da criação dos tipos penais, e posteriormente quando da aplicação pelo juiz de direito das penas proporcionais e devidas aos crimes eventualmente cometidos, visando sempre a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo embrião se deu em meados do século das luzes.

Visa, nesse desiderato, a adoção de um sistema cada vez mais garantista, amplamente proposto por Ferrajoli, em detrimento de um sistema penal inflacionário, de forma a conquistar um Direito Penal puro e cada vez mais competente e eficaz, atuando com seriedade e de forma célere, tendo em vista a quantidade de tempo economizado em razão da não perseguição de crimes penalmente insignificantes, a exemplo de algumas contravenções penais.

Neste sentido já se posiciona o projeto de lei aqui esposado que tem como premissa a reforma do atual Código Penal datado do ano de 1940, o qual busca se adequar aos ditames de uma Carta Constitucional democrática e uma realidade mundial amplamente voltada à exaltação dos Direitos Humanos, como podemos vislumbrar com

o advento da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos e os inúmeros pactos de ampla difusão que a seguem e que só tendem a se multiplicar, sempre visando proteger a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. Niterói, RJ. Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói, RJ. Impetus, 2010. 4ª Edição.

NORONHA, Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo. Saraiva, 1998.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Abolicionismo Criminal**. Disponível em: www.direitopenal.adv.br

RAMIREZ, Juan J. Bustos e MALARÉE, Hernann Hormazabal, **Nuevo Sistema de Derecho Penal**.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**. 2ª Edição. Madrid: Civitas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal** – 3ª Edição, 2010.

JAKOBS, Luigi. **Direito Penal do Inimigo** (Organização: Eugênio Pacelli e Luiz Moreira) – Lumen Juris, Rio de Janeiro.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** – 2ª Edição. São Paulo: Martin Fontes, 1998.

BRASIL. **Anteprojeto do novo Código Penal**. PLS 236/2012, de 18 de junho de 2012. Poder Legislativo, Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 98152/MG**, Rel. Min. Celso de Mello, 2 T., DJ 05/06/2009, p. 584)