

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

TOBIAS FERREIRA RODRIGUES

DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO
Uma reconstrução teórica e suas implicações

MARABÁ
2010

TOBIAS FERREIRA RODRIGUES

DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO
Uma reconstrução teórica e suas implicações

Monografia apresentada à banca examinadora da UFPA – Universidade Federal do Pará, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Heraldo Elias Montarroyos

MARABÁ
2010

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

Data de aprovação: 10/10/2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Heraldo Elias Montarroyos
Orientador

Prof. Ms. Marco Alexandre da Costa Rosário
Examinador

Prof. Ms. Olinda Magno Pinheiro
Examinadora

Dedico com todo amor esta monografia aos meus queridos pais, Jorge da Silva Rodrigues e Vera Lúcia Ferreira Rodrigues, irmãos, Tiago Ferreira Rodrigues e Jorge Filho, irmã, Elizete Pereira Martins, amada, Daniela Bezerra Macedo, por estarem ao meu lado nessa longa caminhada acadêmica e por me ajudarem a superar os momentos difíceis.

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Deus, Jesus Cristo, por ter me dado a vida, o amor e a paz necessária para a obtenção de mais um dos meus objetivos.

A toda minha família que me acolheu nas ocasiões difíceis e que deu o apoio indispensável para a conquista da graduação em Direito, em especial aos meus pais Jorge da Silva Rodrigues e Vera Lúcia Ferreira Rodrigues pelos conselhos e ensinamentos.

A minha amada e carinhosa namorada, Daniela Bezerra Macedo, pela paciência e carinho que tem tido comigo.

Aos professores da Universidade Federal do Pará, do Campus de Marabá, Heraldo Montarroyos, Marco Alexandre, Ediéter Cecconello, Rejane Lima, Lorena Fabeni, Janaína Albuquerque, Jorge Ribeiro, Olinda Pinheiro, Franciele Sommers, Antônio Francisco e os demais que participaram da minha evolução acadêmica.

A todos os colegas da turma de Direito 2006, em peculiar aos nobres e valiosos amigos Edu Machado Lisboa, Bruno Sepeda da Silva, Wendel de Castro Lobato e Denson de Jesus Matos.

Aos estimados amigos Deyversson Pantoja, Nivaldo Ribeiro, Helio Araújo, Rodrigo Almeida, Mazoane Lisboa, Priscila Giordano, Yam Freitas e tantos outros, por todos os momentos felizes que compartilhamos na República de Estudantes.

Aos queridos amigos da minha cidade natal, Rodrigo José Garcia e Ademir Carvalho Junior, pelo tempo estimado de uma amizade verdadeira e sólida.

RESUMO

Pretendeu-se com a monografia efetuada demonstrar à teoria do direito penal mínimo ou do equilíbrio como alternativa relevante e eficaz no combate a problemática social da criminalidade, cujo embasamento se assenta na Constituição da República e no axioma da Dignidade da Pessoa Humana. A base metodológica do trabalho se ajusta a visão da mediania proposta pelo filósofo Aristóteles, que assinala o “meio-termo” como o equilíbrio virtuoso entre dois extremos viciosos, que conduz ao bem maior do homem, a felicidade. Desse modo, a presente tese, com a posição intermediária entre dois pontos extremos, quais sejam: o abolicionismo penal, que busca o fim do direito penal e, de outro lado, o direito penal máximo, que almeja o recrudescimento das políticas criminais, objetiva a aplicação de um direito penal mais justo e igualitário, pautado na proteção dos bens jurídicos mais valiosos e fundamentais da sociedade, selecionados com critérios que respeitem o ser humano na sua essência, a dignidade.

Palavras-Chave: direito penal mínimo; equilíbrio; meio-termo; bens jurídicos fundamentais; justiça.

ABSTRACT

It was intended to demonstrate the monograph made to the theory of criminal law or the minimum balance as an alternative relevant and effective in combating the social problem of crime, whose foundation is based on the Constitution and the axiom of Human Dignity. The methodological basis of the work fits the vision of mediocrity proposed by the philosopher Aristotle, who pointed out the "middle ground" as the balance between two extremes vicious virtuous, leading to the greater good of man, the happiness. Thus, this claim to an intermediate position between two extreme points, namely: the abolition of criminal law, which seeks to end the criminal law and on the other hand, the maximum criminal law, which aims at the intensification of criminal policies, aims the application of criminal law more fair and equitable, based on the legal protection of property more valuable and critical of society, selected with criteria that respect the human being in its essence, dignity.

Key words: criminal law at least, balance; a medium-term; fundamental legal rights; justice.

.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
2 PRIMEIRO EXTREMO – ABOLICIONISMO DO DIREITO PENAL.....	3
3 SEGUNDO EXTREMO – DIREITO PENAL MÁXIMO	7
4 O EQUILÍBRIO – DIREITO PENAL MÍNIMO.....	11
CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	31

INTRODUÇÃO

O objetivo desta monografia é deixar claro que a teoria do direito penal mínimo existe como alternativa de solução pacífica e eficiente para o problema social da criminalidade respeitando os dogmas do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Para a grande maioria, principalmente para os que lidam com os meios de comunicação, os problemas sociais podem ser resolvidos por intermédio do direito penal, pelo endurecimento das penas, pelo amedrontamento que a prisão pode causar aos infratores, pela criação exaustiva de normas penais e com o aumento da atuação das instituições do sistema repressivo.

De outro lado, há aqueles que acreditam que o direito penal é um mal não necessário, por não vim cumprindo sua função preventiva e restaurativa, por limitar os direitos fundamentais do ser humano, por ser utilizado para a proteção dos interesses da classe social dominante, não faz justiça almejada e, por conta disso, deve ser abolido e substituídos por métodos alternativos e informais de solução de conflitos.

Assim, o presente trabalho terá como centro o estudo da teoria minimalista do direito penal, que pelo fato de ser o ramo do direito mais drástico e constrangedor, deverá ser assentado somente nos casos de suma necessidade, ou seja, quando estiver em risco os bens jurídicos mais importantes para o convívio harmônico em sociedade, desse modo, a teoria é denominada “direito penal mínimo ou do equilíbrio” que, por sua vez, vem ensejada na visão aristotélica da mediania.

O direito penal mínimo é pautado na vertente garantista, vendo o cidadão como detentor de todos os direitos e garantias inerentes ao ser humano assegurados por um Estado Constitucional de Direito, em que as leis são feitas ao homem de forma indistinta e sem preconceitos, com observância nos direitos fundamentais consagrados na Carta Política e nos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos.

A teoria minimalista do direito penal guarda afinidade com a visão da mediania proposta pelo filósofo Aristóteles, nascido em 384 a.C. em Estagira na Grécia. Aristóteles ao propor sua obra prima *Ética a Nicômaco* opera um genial estudo na busca de explicar o maior bem do homem, ou seja, a felicidade. Expõe que a felicidade é a virtude suprema almejada por todo ser humano, e que a natureza da virtude é o meio-termo das ações e paixões do próprio indivíduo, sendo, então, os extremos os vícios que, por sua vez, devem ser evitados a todo custo, pois trazem a infelicidade.

Nesse sentido, será exposto que o direito penal máximo e o abolicionismo penal são os extremos viciosos do direito penal contemporâneo, que a alternativa mais viável para a solução dos conflitos existente na órbita punitiva e condizente com os direitos humanos e com o Estado Democrático de Direito é, sem sombras de dúvidas, a teoria do direito penal mínimo.

Será demonstrado que o problema social da criminalidade não poderá ser resolvido tão-só com o sistema repressivo, mas sim, com ações e políticas públicas voltadas a área social, como investimento maciço em educação, saúde, lazer, previdência, geração de emprego, distribuição de renda, combate a pobreza etc.

Sendo assim, o direito penal deverá ser utilizado minimamente, somente naqueles casos de urgência, em que bens jurídicos fundamentais do ser humano são atacados ou atingidos e, mais ainda, que os outros ramos do direito mostrem-se insuficientes na solução pacífica do conflito.

2 PRIMEIRO EXTREMO – ABOLICIONISMO DO DIREITO PENAL

O direito penal é o ramo de maior importância do sistema normativo, uma vez que, mexe com o bem jurídico mais importante do ser humano depois da vida, a liberdade.

Cometida uma infração penal nasce para o Estado o direito de punir, ou em outro termo, a pretensão punitiva, consubstanciada na legislação pátria. Merece ser registrado, que o direito constitucional, de outro modo, é o tronco do ordenamento jurídico, não devendo ser considerado como ramo de direito, pois, é dele que advêm as demais bifurcações da ciência jurídica.

Contudo, o direito penal é o elemento jurídico que merece a maior atenção do Estado, haja vista que, por meio de suas punições, se coloca em risco os bens jurídicos mais relevantes, vale dizer, a vida (em casos extremos de acordo com as regras da Constituição Cidadã) e a liberdade do ser humano.

Não há como negar o pavor que o sistema penal causa, via de regra, naqueles que são atingidos por suas garras, principalmente, pela crueldade de suas penas, pela forma de constrangimento causada, pelo custo de uma prisão, enfim, por toda consequência advinda da punição.

Parte desse entendimento foi absorvido pelos adeptos da corrente jurídica denominada “movimento abolicionista”, cujas raízes são atribuídas a Fillipo Gramatica¹, originada ao final da Segunda Guerra Mundial, momento em que germinou forte tendência a defesa dos direitos humanos, devido, primordialmente, as atrocidades cometidas no conflito bélico.

Nilo Batista observa que:

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula

¹ O italiano Fillipo Gramatica era advogado e foi o responsável pela criação do movimento abolicionista do direito penal, fundou em 1945, em Gênova na Itália, o Centro de Estudo de Defesa Social, que adotava uma posição radical consistente na ação do Estado para garantir a ordem social, mediante alternativas que importavam a abolição do sistema punitivo e dos cárceres.

o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Holsman, a marxista de Thomas Mathisen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir nesta a estruturalista, de Michel Foucault².

A doutrina abolicionista propunha, então, o aniquilamento total do sistema jurídico punitivo, pois, considerava-o como ilegítimo, imoral e irracional, frente ao sofrimento que o sistema penal ocasiona ao ser humano, não justificador do seu desiderato, devendo, desse modo, substituir o sistema das penas por medidas pedagógicas de controle social, sucedidas de outros ramos da ciência jurídico, sobretudo, do direito civil e administrativo.

Eugenio Raúl Zaffaroni ao comentar sobre a função social do direito penal assevera que:

A lógica interna das propostas abolicionistas parece-nos incontestável: se o sistema penal é simbólico, apenas tendo por função assegurar a hegemonia de um setor social, com efeitos, no geral, negativos, melhor é a sua eliminação, suprimindo a própria hegemonia social ou substituindo a forma de sustentação por outro sistema menos negativo (mais racional)³.

Rogério Greco menciona que:

A crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir com suas funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra correspondente as infrações penais que não foram objetos de persecução pelo Estado, a seleção do que deve ou não ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio de outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo etc.), os seus conflitos interindividuais, levaram um grupo de autores a raciocinar, definitivamente, com a tese abolicionista⁴.

² BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, p. 648.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 73.

⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 07-08.

Partindo dessa premissa, a crítica ao sistema estatal punitivo é construída desde o nascimento da lei penal, proibindo ou impondo determinada conduta sob ameaça de sanção, questionando os critérios e a necessidade da pena, passando pela escolha de quem ou de que classe sofrerá com a punição.

Os abolicionistas defendem a idéia de um direito penal excludente, que tem sua própria “clientela”, assim como, é instrumento de uma classe social dominante que impõe seus interesses, fazendo com que o direito repressivo tenha seu “público-alvo”, quais sejam, os pobres, miseráveis, desempregados, os estigmatizados por questões raciais ou opção sexual, isto é, todos aqueles esquecidos pelo Estado, que deles somente se lembra na ocasião de exercitar sua força como forma de contenção de massa e de garantir os interesses da elite dominante.

Somado a esse discernimento, ainda há o questionamento relativo à “cifra negra”, ou seja, aquela parcela de infrações penais que não chega ao conhecimento dos órgãos institucionais pela prevenção e repressão ao crime, o que demonstra a ineficiência do sistema penal com a função de prevenir e reprovar delitos.

Outro questionamento levantado pelo movimento de extinção do sistema penal é referente ao cumprimento da função social da pena, os cárceres são verdadeiros mausoléus que nutrem novos criminosos, funcionam como uma nítida escola do crime, onde em vez da ressocialização, o homem acaba se tornando cada vez mais criminoso, em virtude, principalmente, do ínfimo investimento público quanto a este setor e pela ausência de profissionais capacitados para atuar junto a estes indivíduos em conflito com a norma penal.

Greco termina sua exposição ao tema concluindo:

Em suma, a prisão, para os abolicionistas, é um instrumento completamente irracional, que não pode ser aplicado sem que se ofenda a dignidade do ser humano⁵.

A apresentação da tese abolicionista nos leva a crer, que a anarquia rege devido à *carência de repressividade* ou o *excesso de permissividade* por parte do

⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 10.

Estado. O cidadão deve se sentir livre e sem empecilhos para agir conforme suas necessidades e atitudes, tendo em vista, que o mal promovido pelo sistema penal não mais existe, pois fora extirpado do ordenamento jurídico.

Veja bem, não é caso da volta do estado de natureza humana com a insuficiência de toda e qualquer norma, o que há é falta de repressão, sendo assim, caso o homem venha a cometer conduta desarrazoada ou contrária os costumes e normas preestabelecidos pela sociedade, não haverá punição, mas sim, aplicação de medidas sócio-educativas e pedagógicas, com o fim de evitar a reincidência da conduta danosa e a extensão de casos semelhantes.

Ressalta-se, por fim, que ganham força na tese abolicionista, especialmente, as medidas alternativas informais, tal como medidas terapêuticas, educativas, reparatórias, de assistência material ou psicológica etc.

Além do mais, expressões de cunho discriminatórias e constrangedoras como “crime” e “criminoso” seriam substituídas por termos do tipo “situação problema”, “agente em conflito com a norma”, entre outras menos drásticas e estigmatizantes.

3 SEGUNDO EXTREMO – DIREITO PENAL MÁXIMO

Homicídios, roubos, sequestros, chacinas, delinquência juvenil, estupros, toda violência de uma maneira geral, somado ao crescimento da pobreza e a concentração cada vez mais acentuada das riquezas e da renda, resultaram na crescente idéia do aumento significativo das normas penais, do endurecimento das punições e o afastamento de garantias individuais como solução para a problemática do aumento da criminalidade. Esse é o significado do movimento denominado *Lei e Ordem*, que prega um discurso do direito penal máximo.

Greco bem salientou acerca do movimento de maximização do direito penal:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados⁶.

O convencimento da população é feito pela mídia através do sensacionalismo televisivo, com imagens que causam revolta e repulsa na sociedade que, de sua vez, passa a acreditar que o direito penal é a solução viável para todos os males existentes, esquecendo das políticas sociais e acreditando nas políticas penais de repressão.

O Estado Social é substituído pelo Estado Penal, investimento em educação, cultural, lazer e assistência social são relegados à segundo plano, priorizando-se a repressão e o combate ao crime.

Movimento clássico do direito penal máximo foi à política denominada *Tolerância Zero*, implementada pelo então prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, no início da década de 90, e tinha como idéia central o pensamento de que uma

⁶ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 10.

pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves. Nesse sentido, Greco faz a seguinte alusão:

A política de tolerância zero é uma das vertentes do chamado movimento de Lei e Ordem. Por intermédio desse movimento político-criminal, pretende-se que o Direito Penal seja o protetor de, basicamente, todos os bens existentes na sociedade, não se devendo perquirir a respeito de sua importância. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti-social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador.

Nesse raciocínio, procura-se educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, fazendo com que comportamentos de pouca monta, irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico. O papel educador do Direito Penal faz com que tudo interesse a ele, tendo como consequência lógica desse raciocínio um Direito puramente simbólico, impossível de ser aplicado⁷.

De acordo com esse pensamento, usa-se o direito penal de forma indevida, dando a falsa idéia de retorno adequado a criminalidade contemporânea com a utilização da política de tolerância zero, contudo, na realidade o que há é somente um revide a uma reação simbólica, sem expressão, cuja os instrumentos utilizados no combate ao crime não são aptos para a luta eficaz e eficiente contra a criminalidade.

Em suma, no pensamento de Lei e Ordem, o direito penal deve se preocupar com todo e qualquer bem jurídico, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção estatal, cumprindo uma função tanto repressora quanto educadora, não permitindo que condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.

Entretanto, tal posicionamento não deve prosperar. Isso porque a própria sociedade, tendo a liberdade como direito fundamental e constitucionalmente garantido, não toleraria a punição de todos os seus comportamentos anti-sociais, principalmente os que já estão acostumadas a fazer no cotidiano.

Somado a isso, o movimento não é voltado a todos os cidadãos e nem trata todos de forma igual. É voltado para o interesse de uma classe social

⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 14.

economicamente mais forte, que quer ver as cidades mais limpas, higienizadas dos excluídos do sistema consumistas, pobres, mendigos, negros, enfim, toda espécie de minorias.

Ainda na família do Direito Penal Máximo, destaca-se o movimento denominado *direito penal do inimigo*, desenvolvido pelo alemão Günter Jakobs, na segunda metade da década de 1990.

Greco define bem o pensamento do professor alemão Jakobs, preceituando que:

Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lha são pertinentes; o segundo, intitulado *Direito Penal do Inimigo*, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado⁸.

Nesse entendimento, segundo prega Jakobs, há pessoas que decidiram se afastar de modo duradouro do direito e devido a sua insistência em delinquir, voltam ao seu estado natural, antes do seu estado de direito, razão pela qual, não devem ser consideradas pessoas titulares de direitos, mas sim, devem ser determinadas como inimigas do ordenamento jurídico, restando-lhes a coação.

Com essa premissa, ancorada na obra de Jean Jacques Rousseau, “*O Contrato Social*”, passa a constituir-se duas tendências. Para o cidadão asseguram-se todas as garantias fundamentais inerentes do Estado Democrático de Direito. Para os inimigos aplica-se a pura e simples coação estatal.

Assim sendo, nesse patamar, estabelece-se uma dualidade em que se criam de um lado “cidadãos”, reconhecidos como pessoas titulares de direito, e do outro lado, “inimigos”, consideradas não pessoas, iniciando um processo de coisificação do ser humano, que diante da prática de delitos deixa de ser reconhecido como pessoa e passa a sofrer os rigores da norma penal.

⁸ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 18.

Como pode se notar, a teoria do direito penal máximo, ao revés da abolicionista, vê o *excesso de repressividade* ou a *carência de permissividade* como o meio mais adequado ao banimento da criminalidade. O cidadão deve se sentir livre, mas, deve estar sempre atento as condutas consideradas ilícitas, haja vista, que caso venha contraria a norma penal terá, sem piedade, a coação firme e forte do Estado Penal.

O positivismo jurídico fica bem demonstrado na teoria maximizadora do direito penal, pois, vê a norma penal como única saída para a contenção da criminalidade. Há uma análise critério do crime, usa método rigoroso próprio, procura dados objetivos da realidade e não leva em consideram aspectos axiológicos do direito, como justiça, moral, direito natural, etc.

A percepção de justiça está intrinsecamente atrelada à idéia da lei penal, o justo é o que está na lei. Por sua vez, a concepção máxima da norma penal exprime a idéia de um Estado Penal e não Social e Democrático, criminaliza todo tipo de conduta, distingue discriminatoriamente cidadãos e inimigos do Estado.

Enfim, para os adeptos do direito penal máximo, a lei penal é a única forma de combate efetivo ao crime, despreza medidas sócio-educativas, pedagógicas ou outras do tipo informais, utiliza-se expressão de cunho discriminatório do tipo “criminoso” e “delinquente”, assim como, vai de encontra a garantias fundamentais do ser humano e ao modo digno de ver o homem, conforme os ditames do estado democrático.

4 O EQUILÍBRIO – DIREITO PENAL MÍNIMO

A visão “equilibrada” do direito penal pauta-se na concepção minimalista do sistema punitivo. A idéia mais realista e condizente com o Estado Democrático de Direito, proclama ser o desígnio do direito penal a proteção tão-somente de bens jurídicos necessários para o convívio harmônico em sociedade.

Nessa linha de raciocínio, Greco expõe:

Direito Penal do Equilíbrio, procura demonstrar que o Direito Penal, como o mais repressor de todos os ramos do ordenamento jurídico, somente poderá ser erigido quando estritamente necessário, isto é, quando indispensável à proteção dos bens mais importantes e vitais ao convívio em sociedade, cuja tutela pelos demais ramos do ordenamento jurídico mostrou-se insuficiente⁹.

Entretanto, o ideal da visão minimalista do direito penal assenta-se na idéia aristotélica do “meio-termo”, construída por meio de princípios que lhe dão a essência da sua sustentação. Princípios que orientaram o legislador tanto na criação, quanto na extinção de infrações penais, devendo, ainda, servir de direção aos operadores da lei penal, a fim de se evitar interpretações confusas e destoadas do sistema punitivo com a realidade social e com as exigências de respeito às garantias constitucionais e fundamentais consagradas ao ser humano.

Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do direito penal mínimo, acentuam-se os seguintes: (a) princípio da dignidade da pessoa humana; (b) princípio intervenção mínima; (c) princípio lesividade; (d) princípio da adequação social; (e) princípio da insignificância; (f) princípio da individualização da pena; (g) princípio da proporcionalidade; (h) princípio da responsabilidade pessoal; (i) princípio da limitação das penas; (j) princípio da culpabilidade; e, por último, (k) legalidade.

O *princípio da dignidade da pessoa humana* além de ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estar contida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos

⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 24.

Humanos de 1948, é o cerne da teoria do direito penal do equilíbrio e orientador dos demais princípios.

Ingo Wolfgang Sarlet, com muita sabedoria, define a dignidade da pessoa humana como sendo:

A qualidade intrínseca e 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, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁰.

Nessa acepção, o ser humano passa a ser o cerne de toda atividade estatal, primordialmente, para manutenção dos bens jurídicos imprescindíveis que condicionam uma vida digna ao homem.

A dignidade da pessoa é entendida como uma qualidade que integra a própria condição de ser humano, sendo, considerada irrenunciável e inalienável, um valor que não pode ser suprimido, descartável em virtude de sua natureza. Até mesmo o homem mais cruel, com a conduta mais reprovável, é portador desse valor intrínseco.

Ressalta-se que mesmo sendo um valor essencial de cada homem, a dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto, podendo ser relativizada, sendo avaliada e ponderada em cada caso concreto, de acordo com os demais princípios norteadores da tese da intervenção mínima do direito penal.

Como exemplo, o fato de um indivíduo ter praticado um delito de roubo qualificado pela morte, vulgarmente conhecido como latrocínio. O infrator tem direito à liberdade, constitucionalmente assegurado, entretanto, em virtude da gravidade do crime praticado, seu direito à liberdade, como qualidade da dignidade humana,

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 60.

deverá sucumbir frente ao direito de proteção de bens jurídicos pertencentes à coletividade.

Sobre o raciocínio expressado, Greco faz a seguinte menção:

Percebe-se, assim, que a dignidade, como um valor individual de cada ser humano, deverá ser avaliada e ponderada em cada caso concreto. Não podemos nos esquecer, contudo, daquilo que se denomina como sendo um núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado. Assim, uma coisa é permitir que alguém, que praticou uma infração penal de natureza grave, se veja privado da sua liberdade cumpra sua pena em local degradante de sua personalidade; que seja torturado por agentes do governo com a finalidade de arrancar-lhe alguma confissão; que seus parentes sejam impedidos de visitar-lhe; que não tenha uma ocupação ressocializante no cárcere etc. A sua dignidade deverá ser preservada, pois que ao Estado foi permitido somente privar-lhe da liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa¹¹.

De sua vez, o *princípio da intervenção mínima* é o coração da teoria do direito penal do equilíbrio, funcionando como orientador do legislador para a criação ou revogação dos tipos penais incriminadores, somado ao fato de conceber a natureza subsidiária do direito punitivo, isto é, faz com que o direito penal seja utilizado pelo Estado na última hipótese, quando não há mais outro meio de solucionar o impasse conflitivo.

Segundo Greco:

O princípio da intervenção mínima deve ser analisado sob dois enfoques, a saber: a) *ab initio*, devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas; b) evidencia a chamada *natureza subsidiária do Direito Penal*, devendo ser encarado como a *ultima ratio* de intervenção do Estado¹².

Em análise preliminar, deve ser mencionado que a finalidade do direito penal, na visão minimalista, é resguardar os bens jurídicos de maior revelo, a fim de protegê-los de comportamentos ilícitos e ilegíveis, sob a ameaça de uma sanção,

¹¹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 61.

¹² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 62.

demonstrando, desse modo, a característica do direito penal atinente a *fragmentariedade*.

Para melhor compreender a tese discutida, Esperanza Vaello Esquerdo define “bem jurídico” da seguinte maneira:

os bens jurídicos constituem valores e interesses protegidos pelo Direito na medida em que são pressupostos necessários para que as pessoas desenvolvam sua vida social, podendo ser de natureza individual (vida, liberdade, honra, etc.) ou comunitária (saúde pública, segurança do Estado, meio ambiente, entre outros) ¹³.

A seleção dos bens jurídicos que merecem a tutela penal e a criação do tipo incriminador, na concepção minimalista, passa por critérios políticos do Estado, condicionados a sua própria estrutura democrática e social. Sendo que a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração o ser humano em sua essência, além da necessidade interior de cada sociedade.

No segundo plano, o princípio da intervenção mínima deixa clara a necessidade de aplicação subsidiária do direito penal, motivado pela drasticidade de sua intervenção, aconselhando, assim, que outros ramos do ordenamento jurídico, com primazia, protegem o bem jurídico sob ameaça e, somente em caso de ineficácia, o direito penal seja chamado a intervir.

Greco, dissertando acerca da natureza subsidiária do direito penal, faz a seguinte assertiva:

A segunda vertente do princípio da intervenção mínima evidencia a chamada natureza subsidiária do Direito Penal, fazendo com que ele seja entendido como a *ultima ratio* de intervenção do Estado. Tal raciocínio se faz mister em visão minimalista do Direito Penal, haja vista que os outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja por eles levado a efeito, no lugar da drástica intervenção do Direito Penal, com todas as suas conseqüências malélicas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena, dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado, etc¹⁴.

¹³ ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción el derecho penal*. p. 64.

¹⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 72.

No mesmo sentido, Nilo Batista expõe:

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como 'remédio sancionador extremo', que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele insuficiente; sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito¹⁵.

Claudio do Prado Amaral escrevendo sobre o tema da intervenção mínima e a missão do direito penal, conclui que:

No Estado Democrático de Direito material deve caber ao direito penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas indispensáveis à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui crime, somando-se a tal mister sua característica de intervenção mínima¹⁶.

O *princípio da lesividade* seria o terceiro passo na construção de um tipo penal incriminador, sendo que, por mais importante que seja o bem jurídico a ser tutelado na esfera penal, somente poderá existir a criminalização da conduta se esta ultrapassar a esfera individual, atingindo bens de terceiros.

O referido princípio também é conhecido com princípio da ofensividade, que nas lições de Nilo Batista:

transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral – e sem embargo de 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 objeto jurídico do crime) (...) À conduta puramente interna, ou puramente individual –

¹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 86-87.

¹⁶ AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade*, p. 139

seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal¹⁷.

Em consonância como o princípio da lesividade, deverão ser coibidas incriminações que digam respeito a uma atitude interna da pessoa, ou seja, as idéias e convicções, os desejos, os sentimentos dos homens não podem servir de base jurídica para criação de um delito, não se pune a mera cogitação, sem que se inicie a execução da infração penal. No mesmo rumo, deverá ser coibida a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, isto é, punir a autolesão, exemplo o suicídio.

Ainda deverá ser coibida a incriminação do estado ou condição de existência do ser humano, em outras palavras, o que de se apenado é o comportamento do ser humano e não o modo de “ser” do homem, sua autonomia moral. Por derradeiro, não se deve incriminar condutas que não afetem qualquer bem jurídico, daí a importância da definição de “bem jurídico”, acentuado anteriormente.

Da mesma maneira que o princípio da lesividade, o *princípio da adequação social* tem por objetivo orientar o legislador na criação ou revogação das leis penais, bem como, servirá para que não sejam proibidas, impostas ou mesmo mantidas condutas que já estejam perfeitamente aceitas, assimiladas e toleradas pela sociedade.

Assim, tal princípio servirá, de início, como orientador ao legislador para a criação ou revogação das normas penais, sendo ainda, que condutas que no passado eram consideradas inadequadas socialmente, só que nos dias atuais não gozam mais desse *status*, deve ser extirpada do ordenamento jurídico.

Assis Toledo faz a análise do princípio da adequação social não somente na ótica da interpretação da lei penal, mas também como forma de excludente de ilicitude, veja:

A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime,

¹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 91.

apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica¹⁸.

Vencidos os quatro princípios anteriores citados, nesse momento, o legislador está apto a criar a lei penal que incriminará determinada conduta, demonstrando, assim, a natureza fragmentária do direito penal, haja vista, que atua na proteção da parte mais importante, e não do todo.

Criada a infração penal, se demonstrará os princípios instrumentais capazes de induzir a uma interpretação correta e garantista do direito penal, seja pelo criador e aplicador da lei penal, seja também para o executor, devendo ainda repercutir em todos os poderes institucionalizados.

O *princípio da insignificância* destaca-se como o primeiro instrumento de análise, funciona como verdadeira causa de excludente da tipicidade material do fato delituoso, uma vez que, apesar do fato ser formalmente típico (esteja estabelecido na norma penal), se a conduta ou o bem jurídico no plano concreto for considerado insignificante ou de bagatela, este não merecerá tratamento no âmbito penal.

Greco faz o seguinte exame:

De acordo com as lições proferidas, percebe-se que o princípio da insignificância: a) é entendido como um princípio auxiliar de interpretação; b) pode ser aplicado em grande parte dos tipos; c) tem por finalidade afastar do tipo penal os danos de pouca ou nenhuma importância. Realmente, como já deixamos antever, o princípio da insignificância serve como instrumento de interpretação, a fim de que o exegeta leve a efeito uma correta ilação do tipo penal, dele retirando, de acordo com a visão minimalista, bens que, analisados no plano concreto, são considerados de importância inferior àquela exigida pelo tipo penal quando da sua proteção em abstrato¹⁹.

No entanto, além da característica de ser analisado em sede de tipicidade material, alguns autores renunciam a punibilidade do fato insignificante por razões político-criminal, pois, em casos distintos, a punição violentaria a razoabilidade diante de uma afetação ínfima do bem jurídico. Em outra hipótese, há aqueles que se apóiam em argumentos de índole processual, vinculados a necessidade de

¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 83.

¹⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 86.

eliminar a sobrecarga do Poder Judiciário e dos órgãos de execuções criminais, através disso, daria uma maior eficiência ao sistema penal.

Embora de utilização obrigatória em muitos casos, nem todos os tipos penais permitiram o entendimento da insignificância, situações de tipos penais de grande e médio potencial ofensivo, a exemplo do crime de homicídio, de estupro, de latrocínio, sem dúvida, não mereceriam atenção do mencionado princípio.

O *princípio da individualização da pena* serve como norteador da aplicação da pena, uma vez que, no enfoque proposto pelo direito penal do equilíbrio, determina a sanção correspondente a cada infração penal.

A Constituição da República consagrou expressamente o princípio da individualização da pena, destacando em seu art. 5º, inciso XLVI, que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a pena privativa ou restritiva da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

Grego faz a seguinte observação:

A pena é o preço de cada infração penal, que corresponde à gravidade do fato cometido, ligada à importância do bem. A individualização da pena pode ocorrer em três fases distintas, a saber: *cominação* – fase da individualização que ocorre no plano abstrato, de competência do legislador; *aplicação* – fase que ocorre no plano concreto, atribuída ao julgador; *execução* – fase que ocorre durante a execução da pena²⁰.

Umbilicalmente ligado ao princípio da individualização da pena tem-se o *princípio da proporcionalidade*, sendo a proporção da pena uma visão minimalista, a pena deve ser proporcional ao mal praticado pelo infrator e, finalizando o raciocínio, a proporcionalidade deve ser levada em conta tanto no plano abstrato, na fase de criação da norma penal pelo legislador, como no plano concreto, na fase de aplicação da pena pelo magistrado.

²⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 27.

Acerca do princípio da proporcionalidade, merece ser transcrita as lições de Luigi Ferrajoli, conforme citado por Greco:

O fato de que entre a pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de um seja realizada pelo legislador e pelo juiz *em relação à natureza e à gravidade do outro*²¹.

No raciocínio da proporcionalidade da pena pode, ainda, ser extraído dois princípios implícitos: o princípio da necessidade e o da suficiência das sanções.

Sendo o princípio da necessidade atinente ao caráter qualitativo da pena, assim, deve-se buscar a pena que atende às funções de reprovar e prevenir o delito. Enquanto o princípio da suficiência reflete o caráter quantitativo da pena, ou seja, a gradação da sanção atribuída ao agente que praticou a infração penal.

Nesse passo, é a conclusão de Grego:

Assim, concluindo, a princípio da necessidade inserido no art. 59 do Código Penal não nos permite afastar a aplicação da lei penal àquele que tiver praticado uma conduta típica, ilícita e culpável, mas sim escolher aquela entendida como necessária a atender aos fins determinados na lei penal. Deverá o julgador, portanto, mediante critério predeterminado pela lei, escolher a modalidade de pena que mais se adapte ao caso concreto, isto é, se privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa. Essas são, portanto, as penas que o julgador tem à sua disposição para atender ao *princípio da necessidade*. São escolhidos, assim, em virtude de sua qualidade, pois que a quantidade será objeto de apreciação de outro princípio, vale dizer, o da *suficiência das penas*²².

O *princípio da responsabilidade pessoal* ou *intranscendência da pena* vem consagrado explicitamente no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988 ao declarar que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

²¹ Greco *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 320.

²² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 102.

A história do direito penal, contudo, demonstra que no passado as coisas não caminhavam nesse sentido, as penas não se limitavam apenas ao autor da infração penal, como também a sua família, o seu clã, o seu grupo, de um modo geral para aqueles tinham algum grau de parentesco ou amizade como o praticante do ilícito.

Tal princípio, então, vem sendo tratado como uma garantia constitucional, funcionando como um dos pilares da teoria do direito penal do equilíbrio.

Zaffaroni dissertando sobre o princípio em questão, relata:

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros. Esse é um princípio que, no estado atual de nossa ciência, não requer maiores considerações, mas o mesmo não acontece em outros tempos, em que a infâmia do réu passava a seus parentes, o que era comum nos delitos contra o soberano. Por essa razão nossa Constituição Federal, no art. 5º, XLV, dispõe que 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido'. o §3º do art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que 'a pena não pode passar da pessoa do delinquente'. Infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado²³.

O *princípio da limitação das penas* possui também *status* constitucional de garantia fundamental do ser humano, segundo prescreve o art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Cidadã de 1988, não haverá penas: de morte, salvo em guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis.

Greco, ao analisar comentários de autores importantes do direito penal, faz a seguinte observação acerca da pena de morte:

a pena de morte produz consequências irreparáveis que impedem sanar o erro judiciário e eliminam qualquer possibilidade de emenda

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 156.

e de reabilitação, haja vista que, nesta última parte, a pena de morte, além de contrastar com o princípio da dignidade da pessoa humana, contraria as funções preventivas atribuídas à pena, principalmente no que diz respeito a ressocialização do condenado²⁴.

Relativo à pena de caráter perpétuo deve-se entender a privação perpétua da liberdade, isto é, a liberdade como direito inato do ser humano sem a qual não há como ele desenvolver suas aptidões, só poderá sofrer restrição por questões de necessidade urgente, por ausência de outras alternativas para o caso concreto e, menos assim, deverá encontrar um limite razoável em consonância com a necessidade cautelar e a ressocialização do condenado.

Vale ser transcritas os ensinamentos de Greco quanto à pena de trabalhos forçados:

Quando a Constituição proíbe as chamadas 'penas de trabalhos forçados', não quer dizer, com essa expressão, que o preso não está obrigado ao trabalho. Apenas, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, veda a cominação e a aplicação de penas que aviltem a pessoa do condenado, como forçá-lo a trabalhar com bolas de ferro presas aos pés, recebendo chicotadas caso não cumpra o serviço a contento, etc.²⁵

A pena de banimento, explicitamente vedada, denotava o afastamento compulsório do condenado do lugar onde vive, afetando seu direito de ir, vir e ficar, significando ainda, em muitos casos, a perda da nacionalidade da pessoa que acaba na situação de apátrida.

No mesmo caminho, as penas cruéis também foram expressamente proibidas pelo Mandamento Constitucional, sempre nas razões referentes à dignidade da pessoa humana, pelos horrores demonstrados pela história e pelos sofrimentos excessivos causados aos condenados.

Como pode se perceber, a Carta Política funciona como limite negativo em relação à tipificação de comportamentos a ser criminalizados (preceito primário),

²⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 110.

²⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 112.

assim como para fins de cominação da pena (preceito secundário), isto sendo derivado do princípio da dignidade da pessoa humana.

O *princípio da culpabilidade* não se encontra no rol dos chamados princípios expressos, podendo, no entanto, ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana.

Culpabilidade diz respeito ao juízo de reprovabilidade ou censura que se faz sobre o comportamento ilícito praticado por uma pessoa. Reprovável ou censurável é a conduta irregular praticada pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo. Assim, culpabilidade é um juízo sobre a formação da vontade do agente.

Tal princípio determina que para um crime exista no mundo jurídico, deve haver sempre uma conduta culposa ou dolosa, isso significa que para determinado resultado ilícito ser atribuído a um indivíduo é preciso que sua conduta tenha sido causada a título de culpa ou dolo.

Dolo, de sua vez, é a vontade e a consciência de cometer um crime, em outros termos, o indivíduo sabe exatamente aquilo que faz e age livremente, sem pressão no cometimento de um delito.

Enquanto que a culpa é a inobservância de um dever objetivo de cuidado, ou seja, há uma conduta voluntária por parte do agente que produz um resultado ilícito previsível, mas não querido, sendo que, se o agente tivesse o devido cuidado e atenção exigido a todos os homens, seria evitado.

Assim sendo, se não houve culpa ou dolo, é sinal que não houve conduta. Se não há conduta, não há fato típico. E, por fim, se não há fato típico, não há crime.

Nas preciosas lições de Nilo Batista, o princípio da culpabilidade:

(...) impõe a subjetividade do direito penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. A responsabilidade penal é sempre *subjetiva*²⁶.

²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 104.

O *princípio da legalidade* e o Estado Democrático de Direito são dois conceitos intimamente relacionados, uma vez que, o Estado de Direito volta-se a subordinação a lei, e não ao poder do soberano.

Tal princípio é um dos princípios constitucionais expressos, vem estabelecido no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, que diz não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Preleciona Greco:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definido-o com tal. A lei é a única fonte de Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal²⁷.

Sendo assim, por intermédio da lei penal, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando a norma que incrimina determinada conduta, sob a ameaça de uma punição.

Nessa ótica, Nilo Batista faz a seguinte conclusão:

Sem dúvida, a principal função do princípio da legalidade é a função *constitutiva*, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas *exclui as penas ilegais* (função de garantia), porém ao mesmo tempo *constitui a pena legal* (função constitutiva)²⁸.

Por derradeiro, Salo de Carvalho ao comentar a relação do direito penal mínimo com princípio da legalidade no enfoque do sistema garantista meta do Estado Democrático de Direito, assevera:

²⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, p. 94.

²⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 68.

“Feita a ressalva, concebe-se o programa político-criminal minimalista como estratégia para maximizar os direitos e reduzir o impacto do penal na sociedade, diminuindo o volume de pessoas no cárcere pela restrição do *input* do sistema penal através de processos de descriminalização e despenalização. Logicamente, o pressuposto básico do programa garantista é princípio da legalidade, entendido como regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não a moral ou outras fontes externas) dizem o que é crime, e que as leis dizem somente o que é crime (e não o que é pecado) ²⁹.

Deve, ainda, ser aludida a questão da *seletividade do direito penal*, sendo verificada em dois momentos distintos, nomeados criminalização primária e criminalização secundária.

No primeiro momento, ou na criminalização primária, o Estado seleciona os comportamentos indesejáveis existentes no meio social que almeja incriminar, nessa ocasião, o legislador deve ter a atenção necessária para escolher os valores mais nobres que merecem a proteção da lei penal, sem levar em consideração interesses de determinada classe social ou política, visando sempre o interesse comum da coletividade, escolhidos mediante critérios democráticos, o que ocasionará, indubitavelmente, redução da legislação penal com a revogação de inúmeras leis penais incompatíveis com o modelo democrático de direito.

Por conseguinte, na criminalização secundária, o Estado aplica a seu “direito de punir” quando há o descumprimento da lei penal, através de um processo legal justo, condenando ao cumprimento de uma pena o transgressor da lei penal editada anteriormente ao comportamento delituoso.

Não há como deixar de mencionar também o questionamento acerca da implementação das finalidades sociais do Estado como fator que inibirá as práticas criminosas.

Nesse caminho, é possível reduzir, substancialmente, a criminalidade a partir do instante em que o Estado assumir sua função social constitucionalmente atribuída, implementando políticas de distribuição da renda e geração de emprego, o

²⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, p. 88.

que leva a diminuição do abismo econômico existente entre as classes sociais, deve voltar-se a implementação de uma educação de qualidade, de uma saúde gratuita e sem distinção, da moradia, do esporte e lazer, do fortalecimento da cultura, da redução drástica da pobreza e miséria, enfim, do seu papel social.

Grego, nesta acepção, faz o seguinte comentário:

O estabelecimento do Estado Social e o necessário processo de diminuição das figuras típicas, nos termos propostos pelo Direito Penal do Equilíbrio, farão com que diminuam os índices da criminalidade violenta, aparente, bem como permitirão ao estado ocupar-se daquela considerada a mais nefasta de todas, quase sempre oculta, mas organizada³⁰.

Após toda discussão acerca dos princípios que norteiam a idéia do direito penal na sua visão mínima, somado aos comentários sobre a seletividade do direito penal e a implementação das finalidades sociais do Estado como fator inibidor do crime, será debatido o conhecimento de Aristóteles e sua idéia de meio-termo.

A teoria minimalista do direito penal assenta-se perfeitamente à visão aristotélica da mediania ou meio-termo, tendo de um lado à análise crítica da teoria abolicionista e do outro lado a maximização do direito repressivo.

Aristóteles em sua obra-prima *Ética a Nicômaco* explica que todo ser humano tem por fim a busca da felicidade, tudo que o homem produz, todo seu trabalho se justifica com a concretização da felicidade interna. Com isso, a conduta humana deve sempre voltar-se as coisas virtuosas, haja vista, que a maior virtude humana é a conquista da felicidade.

Nesse viés, Aristóteles, por meio de sua visão da mediania, expõe que a virtude é o “meio-termo” entre os dois extremos viciosos, sendo um dos quais envolve “excesso” e o outro “ausência”, em consequência disso, a natureza da virtude é tender quase sempre ao meio-termo.

Assim explica o filósofo grego Aristóteles:

³⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*, p. 144.

A virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo. Portanto, acerca do que ela é, isto é, qual é a definição da sua essência, a virtude é uma mediania, porém com referencia ao sumo bem e ao mais justo, ela é um extremo³¹.

Nesse sentido, a construção de um direito penal virtuoso, que busca a concretização da justiça plena, passa por um juízo valorativo do meio-termo. O equilíbrio da balança do direito penal é justamente a mediania aristotélica, consistente na dosagem dos extremos, ou seja, a dosagem certa entre o “excesso” consistente na maximização do direito penal e a “falta” referente ao abolicionismo, chegando ao “equilíbrio” diante da visão minimalista do direito repressivo, utilizado, conforme visto, somente em casos urgentes.

Na teoria minimalista do sistema penal proposta, o direito punitivo deverá ser chamado a intervir somente nos casos em que os bens jurídicos mais importantes e vitais estejam ameaçados ou estejam sendo infringidos, bens devidamente selecionados em consonância com os princípios norteadores da teoria do equilíbrio.

A vida, a saúde pública, o patrimônio, a dignidade sexual, a economia da nação, são exemplos clássicos de bens jurídicos indispensáveis a convivência pacífica da sociedade e à dignidade do ser humano, e, assim sendo, são merecedores do peso da reprimenda do direito penal.

Nesse aspecto, não há meio-termo nas ações de natureza injusta, sendo reconhecida, inclusive, pelo próprio filósofo grego, que afirma o seguinte:

Mas nem toda ação ou paixão admite um meio-termo, pois algumas entre elas têm nomes que já em si mesmos implicam maldade, como, por exemplo, o despeito, o despudor, a inveja, e, no âmbito das ações, o adultério, o roubo, o assassinato. Com efeito, nessas ações e paixões e outras semelhantes, a maldade não está na falta ou excesso, mas implícita nos próprios nomes. Nelas nunca será

³¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 49.

possível haver retidão, mas tão-somente o erro. E no que se refere a essas ações e paixões, tampouco a bondade ou maldade dependem, por exemplo, de cometer adultério com a mulher certa, no momento e da maneira certos, mas simplesmente qualquer delas é um erro. Seria igualmente absurdo buscar um meio-termo, um excesso e uma falta nas ações injusta, covardes ou libidinosas, porque neste caso seria preciso admitir que existe um meio-termo do excesso e da carência, um excesso de excesso e uma falta da falta. Mas da mesma maneira que não existe excesso nem falta de temperança e de coragem porque **em certo sentido o meio-termo é um extremo**, também nas ações que mencionamos não há meio-termo, nem excesso ou falta, pois de qualquer forma que sejam praticadas, elas estarão erradas; e do excesso ou da falta não há meio-termo, assim como não há excesso ou deficiência de meio-termo³².

O meio-termo aristotélico voltado à acepção penal configura-se na aplicação da lei penal ao caso concreto, levando em consideração tanto aspectos positivistas quanto os de cunho valorativos. A pena como sinônimo de justiça deve ser aplicada somente nos casos urgentes, quando são atingidos bens jurídicos fundamentais do ser humano e, de tal modo, que o respeito à dignidade do homem seja apreciado de maneira firme e segura.

Nesse sentido, a concepção de justiça está atrelada intimamente ao discurso minimalista do direito penal, vai desde a consideração dos princípios norteadores da tese defendida até a aplicação e execução da pena, que deve ter sempre o caráter humanitário, ressocializador e restaurativo.

A tese abolicionista falha justamente por não ter oferecido um método seguro para possibilitar a extinção completa do sistema penal, há casos em que os danos causados pelo cometimento de um delito são irreparáveis, como por exemplo o crime de genocídio, que, nesse aspecto, não merece ser tratado com uma sanção informal ou alternativa, o que causaria uma descrença completa nas instituições estatais, podendo obter danos ainda maiores.

De outro modo, a tese da maximização do direito penal também não trás a confiança necessária para a solução dos conflitos na ordem criminal. Recrudescer as penas indistintamente, aniquilar direitos fundamentais da pessoa humana, ver o ser humano que cometeu um ilícito penal como um inimigo do Estado, não medir as

³² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 49-50.

penas e os delitos de acordo com sua potencialidade ofensiva e os aspectos sociais existentes, sem dúvida, não é o melhor caminho na solução dos conflitos sociais que geram a criminalidade.

A concepção mais justa e equilibrada do direito penal é exatamente aquela que associa as características e os elementos positivos de cada uma das teses mencionadas, o equilíbrio está na intervenção mínima do direito punitivo, buscando a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade, atuando com maior eficiência e eficácia na proteção desses bens e na prevenção e repressão do crime, sempre respeitando direitos fundamentais do ser humano.

Nesse contexto, faz mister transcrever o pensamento de Zaffaroni, que ao comentar a questão da intervenção mínima como uma inovadora tendência no âmbito penal, expõe que:

Intervenção mínima é uma tendência político-criminal contemporânea, que postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado. Trata-se de uma tendência que, por um lado, recolhe argumentos abolicionistas e por outro a experiência negativa quanto às intervenções que agravam os conflitos ao invés de resolvê-los. É uma saudável reação realista frente à confiança ilimitada no tratamento e na solução punitiva dos conflitos, outrora discutido³³.

Sendo assim, o meio-termo aristotélico configura-se na própria aplicação da pena e do cárcere àqueles que cometem delitos de grande monta, que atingem bens jurídicos altamente valiosos, isto é, a sanção é importante para o convívio pacífico entre os homens, mas deve ser utilizada como última razão e casos de extrema necessidade.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 311.

CONCLUSÃO

O presente estudo aborda um tema contemporâneo e de imperiosa importância, pois busca fazer do direito penal um ramo jurídico mais eficiente e justo, não o utilizando como uma arma de repressão e de manutenção de interesses de uma classe social dominante.

De um lado, há os adeptos do abolicionismo penal, que embasados no fundamento constitucional dignidade do ser humano, acreditam veementemente na idéia da completa extinção do sistema repressor como solução única do problema social da criminalidade, deixando ao alvitre dos outros ramos do direito a solução dos conflitos existentes, sem a necessidade da intervenção drástica do direito penal.

Do outro lado, os adeptos do direito penal máximo vê no discurso da tolerância zero com a substituição do Estado Social pelo Estado Penal, a solução mais viável à problemática do crime, busca resolver todo tipo de conflito com o temor da pena e do cárcere, fazendo do direito penal a arma dos males sociais.

Ocupando uma posição intermediária, encontra-se a visão minimalista ou equilibrada do direito penal, orientada pela ótica da mediana aristotélica, procura resolver os problemas sociais com seriedade e com o respeito às garantias fundamentais do ser humano, tendo como finalidade a proteção dos bens jurídicos mais valiosos necessários ao convívio harmônico entre os homens.

Nesse viés, o meio-termo aristotélico na ótica do direito penal posiciona-se entre as situações de alto grau de complexidade que necessitem da intervenção urgente do sistema repressivo, e nos casos em que a intervenção do direito penal mostra-se desnecessária para a solução do problema.

Sendo assim, por tudo que já foi revelado, o direito penal na vertente equilibrada, mostra-se como uma **necessidade constitucional**, haja vista, que se importa somente com bens jurídicos indispensáveis ao convívio harmônico na sociedade, deixando os demais ramos do direito solucionarem situações de pequeno monte.

Do mesmo modo, é uma **realidade jurídica**, pois norteia o direito penal com os ditames do Estado Democrático de Direito, vê o infrator como um ser humano acima de tudo, digno de direitos sociais fundamentais e indisponíveis, procurando afastar a imagem degradante de criminoso. Mas, é uma realidade que ainda está sendo construída. Fatores positivos destacam-se: a formação acadêmica das universidades, a prática dos operadores do direito, as pressões internacionais. Fatores negativos: a mídia não tem ajudado devido à sensação de insegurança gerada pelos delitos de grande repercussão.

A visão de equilíbrio do direito penal é um **ideal democrático**, porque busca um idealismo de um direito repressor mais humano, sem torturas, sem penas cruéis, sem penas perpétuas, alinhados a um ideal ressocializatório e restaurador do infrator e com uma visão utilitarista da pena, vale dizer, discorre acerca da necessidade de aplicação da pena somente naqueles casos graves, de suma importância.

É também uma **alternativa político-constitucional**, pois vê a teoria minimalista como uma inovação posta pela democracia, busca penas alternativas e informais de solução de conflitos, sem necessariamente o cárcere, defende a abolição de certos tipos penais, combate o inchaço de normas punitivas desnecessárias e tradicionais.

Tudo isso revela que a adoção da teoria do direito penal mínimo ou do equilíbrio é a posição mais condizente com o modelo atual de Estado Democrático de Direito, onde o direito penal deixa de ser um símbolo marcado pela injustiça e ineficiência e passa a ser visto como um mecanismo de solução concreta e justa de conflitos na órbita penal, com o fortalecimento das instituições penais e o aprimoramento das técnicas de repressão e prevenção do crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais – Da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo; **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl; **ALAGIA**, Alejandro; **SLOKAR**, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2003, V. I.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Sao Paulo: RT, 1999.

BRASIL. *Código Penal*, Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Vade Mecum. 9. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010.

BRASIL. *Código de Processo Penal*, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Vade Mecum. 9. Ed. Saraiva. São Paulo: 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Vade Mecum. 9. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ESQUERDO, Esperanza Vaello. *Introducción el derecho penal*. San Vicente Del Raspeig: Universidad de Alicante, 2002.

GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Niterói: Impetus, Vol. 1, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; **PIERANGELI**, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 1, 2008.