



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA**  
*Campus Jacarezinho*

---

**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**DAITON DELATORRE**

**DIREITO PENAL EQUILIBRADO: INSTRUMENTOS PARA QUEBRA DO  
PARADIGMA FORMALISTA EM BUSCA DA JUSTIÇA MATERIAL**

JACAREZINHO – PR  
2011



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA**  
**Campus Jacarezinho**

---

**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**DAITON DELATORRE**

**DIREITO PENAL EQUILIBRADO: INSTRUMENTOS PARA QUEBRA DO  
PARADIGMA FORMALISTA EM BUSCA DA JUSTIÇA MATERIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba

JACAREZINHO – PR  
2011

D 341 d Delatorre, Daiton.

Direito Penal Equilibrado: Instrumentos Para Quebra do Paradigma Formalista em Busca da Justiça Material / Daiton Delatorre. – Jacarezinho/ PR, 2011.  
156f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP  
Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2011

1. Direito Penal. 2. Intervenção mínima. 3. Insignificância  
CDU – 343.24

**DAITON DELATORRE**

**DIREITO PENAL EQUILIBRADO: INSTRUMENTOS PARA QUEBRA DO  
PARADIGMA FORMALISTA EM BUSCA DA JUSTIÇA MATERIAL**

Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do título de Mestre em Direito, no Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná de Jacarezinho.

**Prof. Dr. Vladimir Brega Filho**  
**Coordenador do Curso de Mestrado em Direito**

BANCA EXAMINADORA

---

Presidente: Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba – UENP

---

Membro: Professora Doutora Clara Maria Roman Borges – UFPR

---

Membro: Professor Doutor Gilberto Giacóia – UENP

Aos meus pais, Elpídio Delatorre e Cleusa Maria Felício Delatorre, pela vida que me deram e pelos ensinamentos de como se tornar um bom ser humano, contando continuar todos os dias com essa grande lição.

À minha querida esposa Ana Paula que, mesmo sabendo da privação do nosso convívio, foi a primeira incentivadora desse grande projeto de vida.

À minha filha Ana Laura, de cinco anos, que fazendo suas lições ao meu lado, se tornou uma grande companheira.

Ao querido Dante, fruto do nosso grande amor e que já está conosco, esperando que ele viva em um mundo mais justo e esperançoso.

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer àquelas pessoas que, de alguma forma, contribuíram verdadeiramente, fazendo possível não só a realização deste trabalho.

Permito-me nominá-las, a começar pelos meus amigos Fernanda Garcia Velasquez Matumoto, Fabíola Marese de Freitas, Marcel Queiroz Linhares, pessoas essas com as quais tive a grata felicidade de trabalharmos juntos no mundo acadêmico.

Ao professor e amigo José Bolivar Bretas, figura ímpar e que, de imediato, se propôs a me ajudar sem qualquer condição.

Agradeço também ao professor Dr. Gilberto Giacóia e Samia Saad Gallotti Bonavides pelos prestimosos contributos que me prestaram com seus votos de confiança.

À Dra Denise Aparecida Avelar, Dr. Marcos Ângelo Grimone e José Roald Contrucci, mestres pela Casa e que muito me incentivaram nesta grande empreitada.

Ao Dr. Svamer Adriano Cordeiro e Shirlei Cavalcante Marcusso Silva, pelas valiosas informações prestadas.

Aos meus colegas de Mestrado, sem exceção, pelo agradável tempo de convivência juntos, pelas discussões, indicações de obras e, sobretudo, pelo incentivo e bom humor contagiante.

À Maria Natalina da Costa que sempre nos acolheu com muita atenção e paciência, ouvindo serenamente nossas angústias enquanto estudantes, mas que também nos proporcionou momentos de descontração e tranquilidade.

Ao Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba, por ter aceito o encargo como meu orientador e que, com toda sua precisão, me indicou o caminho a trilhar de forma clara e precisa, otimizando meus estudos sem perder o foco.

Juiz humano, juiz sensível, juiz confiado a um sistema consistente e consequente de preparação, consciente de sua missão num Estado-Nação de tantas carências e tantas iniquidades. Esse o juiz de que o Brasil precisa, capaz de produzir uma justiça mais substantiva do que procedimental. Justiça preocupada mais com o presente e o futuro das relações sociais que da crônica do passado. Juiz suficientemente apto a procurar a verdade do conflito e os elementos de uma solução justa no conjunto dos fatos significativos, e flexibilizar a rigidez das regras explícitas, toda vez que elas o impedirem dessa concretização.

José Renato Nalini (2008)

DELATORRE, Daiton. **Direito Penal equilibrado**: instrumentos para quebra do paradigma formalista em busca da justiça material. 2011. 137 f. Dissertação (Programa de mestrado em Ciência Jurídica). UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas – CCSA/CJ. Jacarezinho, 2011.

## RESUMO

O emprego do Direito Penal Máximo como primeiro instrumento de controle social tem gerado na população enorme insatisfação e sérias dúvidas sobre sua eficácia, colocando ainda, em xeque, a confiabilidade do judiciário. Quase sempre provocado a intervir em grande parte dos conflitos sociais, ele tem se demonstrado insuficiente para conter o aumento da criminalidade que, em certas circunstâncias, é apenas aparente, haja vista o pequeno grau de ofensa ou lesividade do comportamento humano. Assim, ações de pouca relevância social ou de resultados inexpressivos devem ser retirados do âmbito da incidência penal, realocando-os em outros ramos do Direito com menor carga estigmatizante, interferindo o mínimo possível na liberdade desses agentes. Portanto, o objetivo deste trabalho é analisar dois princípios não positivados na Constituição (insignificância e intervenção mínima) e a forma como eles podem contribuir, dentro do conceito constitucional do delito e do Estado Democrático de Direito, para que o Direito Penal possa desempenhar seu verdadeiro papel, interferindo apenas naqueles casos mais graves em que possa comprometer o convívio pacífico de um grupo social. Tudo isso acontece ao embalo de movimentos populistas e do simbolismo penal, cujos políticos que dele se valem, têm por único objetivo dar, à população, a satisfação de que não estão inertes e indiferentes aos acontecimentos. Ocorre que o Direito Penal só deve se ocupar de ataques mais graves e intolerantes ao convívio pacífico. Por isso, nesse momento em que todas essas questões chegam ao judiciário, cabe a ele reafirmar na qualidade de grande – senão o maior – responsável pela sua correta aplicação, utilizando-se dos princípios constitucionais e de valorosos instrumentos de interpretação como a insignificância e a intervenção mínima, importantes meios para quebra de paradigmas extremamente formalistas e reafirmar o Direito Penal no seu verdadeiro papel de último interventor, permitindo que a justiça se desenvolva materialmente e não apenas formalmente, diminuindo consideravelmente as lides penais e, de consequência, também a criminalidade.

Palavras-chave: Direito Penal. Intervenção Mínima. Insignificância.

DELATORRE, Daiton. **Direito Penal equilibrado:** instrumentos para quebra do paradigma formalista em busca da justiça material. 2011. 137 f. Dissertação (Programa de mestrado em Ciência Jurídica). UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas – CCSA/CJ. Jacarezinho, 2011.

## ABSTRACT

The use of criminal law as first maximum instrument for social control has generated great dissatisfaction among the population and serious doubts about its effectiveness, putting into question the reliability of the judiciary. Frequently entitled to intervene in social conflicts, it has been inefficient to halt the increase in crime, which in certain circumstances, it is only apparent, given the small degree of offense or affecting human behavior. Thus, actions of little social relevance or of inexpressive results should be removed from the scope of criminal incidence, relocating them to other branches of law with less stigmatizing charge, with minimal disturbance to the freedom of these agents. Therefore, this study aims to examine two constitutional principles not ascertained definitely (insignificance and minimum intervention) and the way they can contribute, within the constitutional concept of the offense and the Democratic Rule of Law, so that criminal law may play its full role, intervening only in those serious cases that could jeopardize the peaceful coexistence of a social group. All this comes on the heels of populist movements and penal symbolism. Politics, who take advantage of it, have one and only purpose, to offer people an apology that they are neither inert nor indifferent to events. It turns out that criminal law should only deal with attacks more severe and intolerant of peaceful coexistence. So, in this moment when all these issues come to the judiciary, it is proper to it reaffirm, as the major - if not the greatest - responsible to put into practice, by using constitutional principles and values as instruments of interpretation as the insignificance and minimal intervention as well as important means to break paradigms extremely formalistic and reaffirm the Criminal Law in its true role as last intervenor, allowing justice to develop not only materially and formally, significantly reducing the criminal labors and, consequently, also the crime.

Keywords: Criminal Law. Minimum Intervention. Insignificance.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I – O POSITIVISMO JURÍDICO</b> .....	13
1.1 O POSITIVISMO, A CODIFICAÇÃO E SEU CARÁTER FORMAL .....	13
1.2 ORIGENS NA ALEMANHA E SUA CODIFICAÇÃO NO FINAL DO SÉCULO XIX... ..	19
1.3 ORIGENS NA FRANÇA E O CÓDIGO DE NAPOLEÃO .....	27
1.4 ORIGENS NA INGLATERRA E O ESTUDO DA CODIFICAÇÃO .....	33
1.5 O POSITIVISMO NO BRASIL: PERÍODOS PRÉ-COLONIAL, COLONIAL, IMPERIAL E REPUBLICANO.....	40
<b>CAPÍTULO II – A CONSTITUIÇÃO E ALGUNS PRINCÍPIOS PENAIS</b> .....	56
2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A RESERVA LEGAL E A ANTERIORIDADE .	56
2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	65
2.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	70
<b>CAPÍTULO III – POLÍTICA CRIMINAL</b> .....	77
3.1 LINEAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO SOBRE BEM JURÍDICO .....	77
3.2 O PAPEL DA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AO DISCURSO SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL .....	83
<b>CAPÍTULO IV – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA</b> .....	91
4.1 ORIGEM E CONCEITO.....	91
4.1.1 Reconhecimento Legal e Constitucional .....	109
4.1.2 Natureza Jurídica e Limites .....	113
4.1.3 Fator de Justiça Social ou Propagação da Impunidade? .....	119
<b>CAPÍTULO V – O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA</b> .....	122
5.1 Origem e Características: Fragmentariedade e Subsidiariedade Enquanto Direito Penal Equilibrado .....	122
5.1.1 Reconhecimento Constitucional e Definição Jurídica.....	125
5.1.2 Não Proteção de Valores Morais.....	131
5.1.3 Por Que Ainda <i>Prima Ratio</i> .....	133
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	140
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	143
<b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA</b> .....	148
<b>ANEXO</b> .....	149

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise da incidência do Direito Penal naqueles delitos de escassa gravidade na atualidade, procurando apontar dois princípios que, embora não constem expressamente na Constituição, decorrem do próprio modelo do Estado Democrático de Direito, podendo contribuir eficazmente para sua correta aplicação, perseguindo seus verdadeiros fins para a concretização de uma justiça penal mais substancial e menos formal, reservando-se, portanto, aos fatos significativos e relevantes (leia-se, somente quando há desvalor da ação ou do resultado, ou, ambos) buscando assim, cada vez mais, uma menor exclusão do cidadão no meio social.

Isso, porque as notícias diárias do aumento da criminalidade e que são irresponsavelmente divulgadas pela mídia sensacionalista, têm causado na população grande revolta e desespero.

Atento às angústias da sociedade, um outro setor, o Legislativo, produz cada vez mais leis penais, ora criando tipos penais desnecessários, ora exacerbando a pena de forma desproporcional, tudo em nome do populismo, mas cujos ideais (externos) é a segurança e a repressão dos delinquentes.

Esse tipo de criminalização ou recrudescimento das penas vem trazendo preocupações e inquietações ao cenário jurídico, haja vista que, na maioria das vezes, deixa o legislador de observar, no campo penal, a Política Criminal para um Direito voltado à exclusiva proteção de bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e cuja violação afeta gravemente o convívio pacífico.

Mesmo assim, o distanciamento a esses preceitos podem ter suas distorções corrigidas quando o judiciário é chamado a solucionar esses conflitos.

Desta sorte, verificando os operadores do Direito que houve falha, num primeiro momento, quando da elaboração das leis penais, por desobedecerem ao caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal – corolários da Política Criminal –, devem eles tentar proporcionar a correção destes desajustes, valendo-se, para tanto, de instrumentos de interpretação para a utilização de um Direito Penal equilibrado, mais preocupado com o conteúdo do que com as formas.

Assim, os princípios da insignificância e da intervenção mínima aqui tratados poderão se revelar mecanismos valiosos para conter o abuso do Estado com a aplicação irrestrita do Direito Penal.

Por isso, na intenção de explicar as circunstâncias que originaram a utilização dessa ciência, valorando-lhe mais a forma, será abordado um estudo sobre o positivismo jurídico e suas influências em países como Alemanha, Inglaterra, França e Brasil, notando que desde nossa primeira e original legislação penal – o Código Criminal do Império de 1830 – até a presente data, foi adotado o modelo da codificação e que trouxe consigo a grande preocupação do Direito com seus aspectos formais.

Serão comentados ainda alguns princípios constitucionais como o da legalidade (reserva legal e anterioridade), da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana para, então, ingressarmos no tema objeto deste trabalho.

O primeiro a ser abordado é o princípio da insignificância e que visa afastar já de antemão a tipicidade da conduta do agente, em razão do seu baixo grau de lesividade ao bem jurídico. Neste sentido, o delito bagatelar, como também é conhecido, é estudado dentro da teoria do delito de forma que, quando não há um desvalor da ação (ausência de periculosidade na conduta ou falta de reprovabilidade ou inidoneidade) ou um desvalor do resultado (o ataque não é suficientemente grave ao bem jurídico), se estará diante do que a doutrina denomina de infração bagatelar própria, cujo efeito é excluir a tipicidade material.

Se, por sua vez, o ataque já nasce de forma relevante para o Direito Penal (há o desvalor da ação e do resultado), neste caso a doutrina denomina tratar-se de infração bagatelar imprópria, trazendo como consequência a possibilidade de, mesmo sendo reconhecida a tipicidade material e formal, ver a pena excluída por absoluta desnecessidade, sendo, destarte, estudada dentro da teoria da pena.

Também será visto que o princípio da insignificância é um princípio geral, cuja aplicação não se restringe apenas a delitos patrimoniais.

Ainda haverá uma abordagem sobre a teoria social da ação que ocorre naquelas circunstâncias em que, embora haja um desvalor da ação, esta é perfeitamente tolerada pela sociedade, como é o caso de agressões esportivas (luta de boxe, por exemplo).

Como último ponto, se tratará da intervenção mínima que é caracterizada por considerar o Direito Penal uma ciência cujo âmbito de atuação é fragmentário e subsidiário, e que deve incidir em dois momentos distintos: quando da elaboração das leis, num primeiro momento e, posteriormente, se houver falha, na aplicação do Direito diante de um caso concreto.

Com isso, há uma correta restrição na aplicação do Direito Penal que só deve atuar em parte do ordenamento jurídico e não sobre o todo (daí seu caráter fragmentário), bem como que só deve ser chamado a intervir naquelas situações em que fracassaram todos os demais meios de proteção do bem jurídico.

É com esses poderosos instrumentos de interpretação que se poderá alcançar um Direito Penal mais voltado ao conteúdo do que às formas, mais preocupado com sua correta aplicação, com um Direito ético, proporcional, equilibrado, valorizando a dignidade da pessoa humana, interferindo o menos possível na vida do cidadão, reduzindo sua alta carga estigmatizante e, sobretudo, apto a conter os abusos contra qualquer cidadão, inclusive aqueles praticados por parte do próprio Estado.

## CAPITULO I

### O POSITIVISMO JURÍDICO

#### 1.1 O POSITIVISMO, A CODIFICAÇÃO E SEU CARÁTER FORMAL

Para melhor situar o positivismo, é importante frisar que, anteriormente a ele, houve um movimento filosófico – o Iluminismo - que surgiu entre o século XVII (tardio) e início do século XVIII, tendo em sua síntese a atitude geral do pensamento e da ação e que, por intermédio destes, os humanos estariam em condições de melhorar o mundo com a prática do exercício de suas capacidades e do engajamento político-social.

Por sua vez, o Positivismo que possui distintos significados, surge na primeira metade do século XIX, mantendo-se até o presente século (XXI), tendo incorporado diferentes sentidos, dentre eles o positivismo jurídico, objeto desta abordagem.

Vemos portanto, que esta última expressão não deriva necessariamente do positivismo filosófico, como explica Bobbio:

A expressão 'positivismo jurídico' não deriva daquela de 'positivismo' em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão "positivismo jurídico" deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. Para compreender o significado do positivismo jurídico portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo* (1995, p. 15).

É no pensamento jurídico ocidental, portanto, que existe esta distinção entre o Direito positivo e o Direito natural, e que nos dará a ideia do positivismo jurídico. Basicamente, uma das distinções entre um e outro Direito é que o primeiro tem eficácia apenas em relação aos agrupamentos ou comunidades em que são postos, enquanto que o segundo (natural) existe em toda parte e possui a mesma eficácia, pouco importando em qual comunidade esteja presente. Ele existe por si só, pouco importando se é bom ou mau, enquanto o positivo estabelece regulações definidas pela lei.

O Direito positivo e o Direito natural nosso correspondem ao assim denominado *jus civile e jus gentium* do Direito romano. Enquanto o primeiro muda no tempo e no espaço, o segundo torna-se imutável e é universal. Além disso, enquanto o Direito positivo estabelece aquilo que é útil, o Direito natural estabelece aquilo que é bom.

Essas noções são importantes para podermos chegar ao nascimento do positivismo jurídico, que se deu no final do século XVIII. Foi a partir daí também que se definiram essas duas espécies de Direito: o natural e o positivo.

Na época clássica, o Direito natural era visto como Direito comum, por isso, não era considerado superior ao Direito positivo, tido como especial, ou seja, havia uma prevalência dele em relação ao natural, visto que o Direito especial (ou particular) prevalece sobre o geral (ou comum).

Porém, em outro momento histórico, suas posições se invertem, segundo Bobbio:

Na Idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte: o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana, ou como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens (1995, p. 25).

A concepção do positivismo jurídico eclode no momento em que o Direito positivo e o Direito natural deixam de ser considerados num mesmo sentido, vale dizer, como pertencentes ao ramo do Direito propriamente dito. Agora, o Direito positivo é o único a pertencer a esta categoria, ficando o Direito natural relegado a tal condição, já que Direito natural não é Direito.

Vistas tais premissas, cabe estabelecer quando, como e porque ocorreu essa mudança da concepção jusnaturalista para a positivista e tal se deve à formação do Estado moderno. É neste momento em que ocorre a dissolução da sociedade medieval, que serve de passagem da concepção jusnaturalista para a positivista.

Basicamente, a sociedade medieval era considerada pluralista, visto que era constituída de diversos agrupamentos sociais, sendo que cada um deles dispunha de seu próprio ordenamento jurídico. Era a sociedade civil e não o Estado que produzia o Direito.

Bobbio ensina que aquela sociedade pluralista só vem a assumir outra estrutura com a figura do Estado:

Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária (1995, p. 27).

Veja-se que antes da formação do Estado moderno o juiz tinha na aplicação das normas tanto positivas quanto naturais, plena liberdade, pois ambas constituíam fontes de Direito. Após o Estado moderno, o juiz se torna um funcionário do Estado, subordinado ao legislativo e o Direito natural perde seu vigor. A partir de então, o Estado é o único criador do Direito.

Esse processo de monopolização jurídica é, portanto, conexo com a formação do Estado, e é com a codificação que começa a história do positivismo jurídico propriamente dito.

A codificação para Thomas Hobbes, então, decorre da necessidade de impor o Direito por parte do soberano, através da produção de leis: sua fonte não é a racionalidade, mas a autoridade. Opõe-se ao Direito comum inglês que é fruto de uma lenta consolidação e evolução dos costumes próprios do povo inglês. Neste aspecto, a *Common Law* exerce uma atitude anti-codificadora, já que a continuidade mostra-se estranha à continuidade de um sistema.

Como explica Palombella:

Nos lugares em que, como no continente, a codificação do direito e a sacralidade da lei vão sendo substituídas, com o fim explícito de se chegar a um direito cognoscível e seguro, verificam-se razões múltiplas para tanto. Mas entre estas está, indubitavelmente, a confiança de que a lei constitui a defesa mais válida contra o arbítrio, e de que ela limita tanto o poder judiciário quanto o poder do rei. Codificar a lei significa, sobretudo num primeiro momento, garantir ao mesmo tempo os direitos (2005, p. 102-103).

A questão da codificação está estreitamente ligada ao fato de que o Direito anglo-saxão se revelava uma legislação confusa, produzida por fontes incontroláveis e se sobrepunha, enquanto Direito consuetudinário, ao Direito do soberano. Todos esses fatores, para os que defendiam a codificação, tornavam o Direito incognoscível, incompreensível, gerando incertezas e abrindo espaço às

discricionariedades dos juízes, impedindo ainda que se instalasse o que entendiam por unidade territorial.

A codificação avança na História com o intuito de limitar o poder dos juízes. Neste sentido, Cesare Beccaria pensava que ao juiz devesse ser permitido o seco silogismo perfeito, vale dizer, não poderia haver interpretação da lei.

Isso explica porque o estudo do Direito na Inglaterra adota duas formas: a *Common Law* e a *Statute Law*. O primeiro é um Direito consuetudinário, tipicamente anglo-saxônico que nasce diretamente das relações sociais e acolhido pelos juízes. O segundo é estatutário, sendo ele posto pelo poder soberano (o Rei, ou ele e o Parlamento).

Na Inglaterra sempre vigorou o princípio segundo o qual o Direito estatutário valeria somente enquanto não contrariasse o Direito comum.

Contra este argumento Thomas Hobbes que foi o teórico do poder absoluto do Estado faz duras críticas à *Common Law*, afirmando que somente ao soberano cabe o poder exclusivo de impor o Direito. Assim ele o faz considerando a formação do Estado e a passagem do estado de natureza para o estado civil.

Bobbio assevera:

[...] No estado de natureza, segundo Hobbes, existem leis (direito natural); mas, ele se indaga, são tais leis obrigatórias? Sua resposta é digna de ser sublinhada, visto que constitui um raciocínio paradigmático para todos os juspositivistas. Segundo Hobbes, o homem é levado a respeitá-la em consciência (isto é, diante de si mesmo e, se crê em Deus, diante de Deus), mas tem ele uma obrigação diante dos outros? Diante do outro, afirma o filósofo, sou levado a respeitar as leis naturais somente se e nos limites nos quais o outro as respeita nos meus confrontos (1995, p. 34).

A ideia é de que o Estado surge como um poder para estabelecer normas que possam regulamentar as relações sociais. Esta seria, basicamente, sua finalidade. E lembrando a ideia da superação de que o Direito natural não pertenceria mais ao Direito, somente as normas ditadas pelo Estado gozariam do *status* de normas jurídicas, porque somente elas seriam respeitadas graças a coação exercida pelo próprio Estado. É a partir da constituição do Estado que o Direito natural perde muito o seu valor.

Vale lembrar que tivemos dois grandes teóricos: Baron de Montesquieu (que tratou da separação dos poderes) e Beccaria (precursor da concepção liberal do Direito, sobretudo do penal). Montesquieu vê a figura do juiz

como um fiel reproduzidor da lei. Atuaria o juiz como um mero executor das leis, sem ter Direito de interpretá-la, porque isso poderia redundar em sua modificação com base em outros critérios, o que importaria na negação da separação dos poderes pela presença de dois legisladores. Dizia ele:

Mas se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juizes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos (MONTESQUIEU, 1999, p. 170).

A visão de Montesquieu, portanto, parece a de total subordinação dos juizes à lei e que se explicaria pela sua função: a segurança do Direito, aquilo que denominamos de segurança jurídica. Isso permitiria que o cidadão soubesse precisamente qual comportamento seria ou não conforme a lei.

Mas essa visão parece ao mesmo tempo contrariar seus ensinamentos sobre a separação dos poderes. Se o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são independentes entre si e isso lhes permite a liberdade de atuação, soa paradoxal a ideia de que o juiz devesse simplesmente aplicar a letra fria da lei porque, para tanto, não precisaria do judiciário que serviria como mero instrumento de chancela - poder chancelador: bastaria apenas aplicar o fato à norma, sem necessidade de intervenção judicial, o que poderia ser realizado pelo próprio Legislativo:

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois, o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 1999, p. 168).

Na verdade isto levaria à concentração de poder nas mãos de um único Corpo. Haveria falta de liberdade e, pior, permitiria que um mesmo Poder produzisse leis tirânicas e as executasse.

Beccaria, enunciando o princípio da estrita legalidade, a seguir defende esta mesma linha de pensamento exposta por Montesquieu, tomando uma

posição tão extremada que hoje nenhum positivista, por mais obstinado que seja, a aceitaria. Diz ele:

Advém, ainda, dos preceitos firmados, precedentemente, que os julgadores não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores. Os juízes não receberam as leis como uma tradição doméstica, ou testamento dos nossos avoengos, que deixaria aos descendentes tão somente a missão de obedecer. Eles as receberam da sociedade viva, ou do soberano, que representa essa sociedade, como depositário legítimo do resultado atual da vontade geral (BECCARIA, 1983, p. 16-17).

Para ele, o juiz deve fazer um silogismo perfeito. Não deve o magistrado elaborar um raciocínio a mais, pois, se o fizer por sua conta, tornará tudo incerto e obscuro. “Não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei [...]. Cada homem tem sua maneira de ver; o mesmo homem, em épocas distintas, vê de maneira diversa os mesmos objetos” (BECCARIA, 1983, p. 16-17).

Desta forma, segundo sua teoria do silogismo, não caberia ao juiz criar nada de novo, sendo suficiente apenas que ele torne explícito tudo aquilo que já se encontra dentro de uma premissa maior, mas que está implícita, afastando assim, qualquer possibilidade de raciocínio do jurista com fundamento em uma interpretação da norma jurídica.

O movimento codificador surge através da contribuição dos ideais reformistas, que contribuíram grandemente para o desenvolvimento de uma mudança ampla do sistema legislativo, que começa a partir do final do século XVIII. A codificação, além de dar certeza ao Direito, exprime uma necessidade lógica, sistematizando princípios esparsos, atuando como agente facilitador da pesquisa, da interpretação e da aplicação do Direito.

É neste contexto de transformações que surge subitamente o movimento denominado cientismo, visto como instrumento de salvação, já que fundado na atitude mental que enxergava na ciência a possibilidade de solução dos problemas.

Passa-se, com o positivismo, do estado metafísico para o científico. Esse método positivo – positivismo científico – se converte em positivismo jurídico, de cunho eminentemente normativista e formal. Veja-se, portanto, que o positivismo jurídico deita suas raízes estranhas ao Direito.

Para o Direito positivo, é irrelevante o conteúdo de valor da norma. Acentua-se o aspecto lógico-formal do Direito, vale dizer, sua validade formal em detrimento do seu conteúdo ou sentido. A justiça passa a decorrer da obediência à forma.

Adiante, veremos as origens, o desenvolvimento e a implementação do positivismo nos países como Alemanha, França e Inglaterra e seus principais fundamentos e, também, como nasceu e se desenvolveu o Direito no Brasil, a partir da fase pré-colonial, passando pelas colônias, pelo Império e pela República, até os dias de hoje.

## **1.2 ORIGENS NA ALEMANHA E SUA CODIFICAÇÃO NO FINAL DO SÉCULO XIX**

Para se chegar ao positivismo jurídico, foi preciso uma crítica severa à teoria do Direito natural e seus mitos. A dessacralização, portanto, do Direito natural pelo Historicismo ocorrido na metade do século XIX, foi de suma importância.

Quando tratamos do Historicismo no campo filosófico, vemos que sua origem se deu com a escola histórica difundida particularmente na Alemanha, no período correspondente entre o fim do século XVIII e começo do século XIX. Dentre seus maiores expoentes podemos citar o alemão Friedrich Carl von Savigny.

Entre os séculos XVIII e XIX o Tradicionalismo e Historicismo de um lado e, de outro, o Racionalismo e o Contratualismo representam os componentes mais importantes da cultura filosófica-jurídica e filosófica-política da Alemanha. Surge uma polêmica entre Thibaut e Savigny: a tensão entre a tradição e a inovação, característica do século XVIII.

A Alemanha toma atitudes favoráveis à codificação mais tardiamente que a França. Os juristas alemães são antijusnaturalistas e não estão dispostos à súbita codificação. Substituem o Direito natural pelo histórico, e não pelo Direito positivo.

Como informa Palombella:

[...] a própria codificação, sentida por Thibaut como de cunho iluminista, teria representado resultados progressistas para a nação alemã, tanto por lhe permitir dispor de um direito próprio, e não herdado (como era o direito romano), quanto por promover uma unificação jurídica como primeiro passo para essa política (2005, p. 114).

Ao contrário, Savigny, de inspiração anti-iluminista, mas de ideias conservadoras, procura manter a estrutura da ordem social alemã, consideradas bem atrasadas se comparadas com a de Thibaut. Para Savigny, a língua do povo, sua consciência civil e jurídica devem ter precedência sobre qualquer forma de sistematização. Ao falar sobre isso, ele se refere ao espírito do povo (*Volksgeist*). É a ideia do Direito consuetudinário (PALOMBELLA, 2005, p. 115).

Para Savigny, o Direito positivo vai além do Direito posto pelo legislador: ele integra uma comunidade viva e intolerante às imposições do arbítrio do legislador.

A codificação, no entender de Savigny, representava uma interrupção da tradição jurídica, reduzindo esta ciência a uma interpretação vazia da capacidade de uma elaboração criativa do magistrado, vale dizer, uma atividade eminentemente mecânica, sem reflexão. Via ele a codificação como uma consolidação, uma definição escrita do Direito historicamente já constituído.

O progresso deveria ser voluntário, racional, com intenção reformadora e não com a intenção de por o mundo de “cabeça para baixo”. Ao superar o jusnaturalismo, surgirá o juspositivismo, dando lugar a uma sistematização do Direito e da abordagem puramente formal-racional.

Partindo dessa diretriz que vai ser dado lugar a uma sistematização do Direito, levando à codificação alemã em 1900.

Conforme expõe Bobbio, “[...] ‘escola histórica’ e ‘positivismo jurídico’ não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do Direito natural” (1995, p. 45).

Segundo tais críticas, o Direito natural deixa de ser concebido como um sistema normativo suficiente por si só e separado do sistema do Direito positivo, passando a ser observado como reflexão filosófica sobre o próprio Direito positivo.

O Historicismo é caracterizado pelo fato de considerar o homem na sua individualidade e não de forma generalizante e abstrata. Assim, não existe um homem sempre igual e imutável, tal qual visto pelos jusnaturalistas, mas homens diversos entre si, seja pela raça, pelo momento histórico, entre outros fatores considerados.

O Estado, segundo o Historicismo, não teria surgido como momento posterior a uma decisão racional para dar origem a uma organização política criada para endireitar os inconvenientes do estado de natureza, como acreditavam as

concepções jusnaturalistas. Outra característica do Historicismo é a sua tragicidade: enquanto que o iluminista era fundamentalmente otimista, pois acreditava que o homem podia ser melhor para a sociedade, transformando-a com sua racionalidade, essa concepção já não é aceita pelo historicista, que não crê na melhora e no progresso da humanidade.

Esse pensamento coloca em evidência a ideologia do Historicismo, denotando uma mentalidade extremamente conservadora, daí porque ser desenvolvida principalmente na Alemanha.

Tudo isso explica a descrença pela melhora do futuro da humanidade, vale dizer, o culto e o amor pelo passado. E é esse passado idealizado que faz com que os alemães se interessem pelas origens da civilização e pela história da humanidade. Agora, é neste aspecto que os iluministas zombam dos historicistas, haja vista que os primeiros não só desprezam o passado como também desdenham da ignorância e da ingenuidade destes.

Por causa de tais contrastes, faz exaltar a Idade Racionalista, com referência principal à época medieval, visto pelos racionais como uma época obscura, enquanto que para os historicistas ela se mostra como um momento de realização de uma sociedade civilizada, humana, e que demonstra mais nitidamente a força e o espírito do povo, os seus sentimentos mais elevados.

Todos esses traços, e que podem ser considerados básicos do Historicismo, se aplicados aos problemas jurídicos, mostram com bastante nitidez a doutrina da Escola Histórica do Direito, que tem como seu maior expoente o alemão Savigny. Tudo isto vai demonstrar, mais adiante, o porquê da oposição em relação à codificação do Direito alemão.

No dizer de Bobbio, Savigny, crendo na individualidade e na variedade do homem sustenta que não existe um único Direito, igual para todos os tempos e para todos os lugares, por se tratar de um produto da História e não de uma ideia de razão. Como produto, nasce da História e nela se desenvolve, trazendo consigo a carga dos fenômenos sociais, o que a faz variar tanto no tempo quanto no espaço (1995, p. 51).

Para ele, o Direito também não nasce imediatamente do sentimento de justiça, como decorrência de um cálculo racional, mas decorre das formas jurídicas primitivas, das ideias sobre o que é justo ou injusto, criadas artificialmente, segundo o Estado moderno.

Por conta do pessimismo e da ideia conservadora, existe uma descrença na possibilidade de a sociedade humana progredir. As reformas no campo do Direito também são vistas com desconfiança, reforçando o pensamento conservador dos ordenamentos existentes. As inovações jurídicas, suas instituições e tendências que pretendem sejam impostas à sociedade são interpretadas como uma ideologia que esconde por trás de si apenas improvisações, e que podem ser nocivas para a sociedade.

Todas essas razões fazem com que a Escola Histórica se oponha, no dizer de Bobbio, “[...] ao projeto de codificar o direito germânico, julgando não apropriada à civilização e ao povo alemães a cristalização do direito numa única coletânea legislativa”. Tanto que a codificação na Alemanha só vem acontecer um século depois em relação a outros países, vale dizer, somente no final do século XIX e princípio do século XX (1900) (1995, p. 52).

Para os partidários do Historicismo, no campo jurídico, esse amor pelo passado significou uma tentativa de recepção do Direito romano de forma a transplantá-lo para Alemanha, Direito esse que não seria adequado ao povo alemão.

Havia ainda, para a Escola Histórica, outro sentimento: a tradição, que significaria uma espécie de reavaliação de sua produção jurídica – o costume – já que as normas consuetudinárias eram verdadeira expressão de uma tradição que se formava e desenvolvia através de uma paulatina evolução na sociedade. O costume seria, na verdade, o espírito do povo, dele nascendo diretamente e exprimindo seu mais puro sentimento.

É nesse sentido que nos referimos à escola histórica como precursora do positivismo jurídico, isto é, somente enquanto crítica radical do Direito natural que, para os iluministas, era um Direito universal e imutável.

Savigny deixa claro, portanto, sua inclinação pela não codificação do Direito alemão. Por esta razão era conhecido como o anti-codificador (BOBBIO, 1995, p. 52).

Bobbio expressa o seguinte pensamento sobre o positivismo jurídico:

O fato histórico que constitui a causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representaram a realização política do princípio da onipotência do legislador (1995, p. 54).

Foi na segunda metade do século XVIII, através de um movimento político-cultural iluminista, que se realizou a positivação do Direito natural. Esse movimento representa, ao mesmo tempo, expressão da autoridade e da razão. Da autoridade porque só é válido se for (im)posto e feito valer pelo Estado. Mas também é fruto da razão, do príncipe ou do filósofo, ou seja, daqueles considerados doutores a quem o legislador deveria consultar.

Os iluministas consideraram o Direito consuetudinário como uma nefasta herança da Idade Média, época esta denominada como a das trevas. Também consideraram não só possível como necessário a substituição do excessivo acúmulo de normas consuetudinárias por um Direito constituído (não como fruto dos costumes, mas como fruto da razão) através de um conjunto de normas jurídicas sistemáticas e feitas por intermédio da lei.

É esse movimento pela codificação que representa o desenvolvimento do racionalismo, base do pensamento jusnaturalista.

Ao tratar da ocupação do exército francês em parte da Alemanha e a difusão do Código de Napoleão, Bobbio faz a seguinte alusão:

Quando os exércitos da França revolucionária ocuparam uma parte da Alemanha, aí difundiram o Código de Napoleão que, pelo fato de adotar o princípio da 'igualdade formal' de todos os cidadãos (isto é, o princípio da sua igualdade perante a lei, a despeito de suas posições econômicas-sociais diversas) constituía uma inovação autenticamente revolucionária num país ainda semifeudal como era a Alemanha daqueles tempos, onde a codificação prussiana de 1797 conservava ainda a distinção da população em três castas ou 'estados': nobreza, burguesia e campesinato. Entre os muitos fermentos provocados na Alemanha pela ocupação napoleônica houve um movimento que propugnava a criação de um direito único e codificado para toda Alemanha (seja estendendo a aplicação do próprio Código de Napoleão, seja redigindo um apropriado ao seu modelo), de maneira a eliminar as graves dificuldades que a pluralidade e o fracionamento do direito causavam na prática jurídica (1995, p. 55-56).

Na verdade essa legislação do tipo francês ameaçava as características nacionais da civilização alemã, o que levou à oposição dos mais conservadores, provocando críticas em 1814, nos Anais de Heidelberg, por um contemporâneo de Savigny, chamado Anton Friedrich Justus Thibaut, um dos maiores juristas alemães da época (BOBBIO, 1995, p. 56).

Autor de uma obra intitulada *Sobre o Influxo da filosofia na interpretação das leis positivas*, em 1798, pretendia colocar em evidência a

incidência do raciocínio lógico-sistemático na interpretação do Direito. Para ele, ao se interpretar uma norma não basta saber como ela se formou; é preciso também analisá-la em conjunto com o conteúdo de outras normas, enquadrando-as sistematicamente. Enfim, não era um extremista, de forma que procurava conciliar história e razão, integrando a interpretação filosófica à interpretação histórica.

O que Anton Friedrich Justus Thibaut pretendia na verdade, era construir um sistema do Direito positivo. Em 1803 escreve “Sistema do direito das Pandectas”, representando sua primeira tentativa de ordenar sistematicamente o Direito positivo. Pouco depois de sua obra, surge em 1807, outra análoga, de autoria de Arnold Heise, intitulada “Fundamentos de um sistema do Direito civil comum”.

São essas duas obras que representam o início da escola alemã que sistematizou cientificamente na primeira metade do século XIX, o Direito comum vigente na Alemanha, levando o nome de “Escola Pandectista”.

Essas concepções historicistas demonstram, de certa forma, e também com certa clareza, o quanto os alemães estavam parados no tempo, oprimidos que se encontravam em razão dos variados costumes. Bobbio assim expõe:

Os alemães estão há muitos séculos paralisados, oprimidos, separados uns dos outros por causa de um labirinto de costumes heterogêneos, em parte irracionais e perniciosos. Justamente agora apresenta uma ocasião inesperadamente favorável para a reforma do direito civil como não se apresentava e talvez não se apresente mais em mil anos (...). A convicção de que a Alemanha esteve até agora enferma de muitas moléstias graves, de que pode e deve melhorar, é universal. O precedente domínio francês muito contribuiu para isso. Ninguém que queira ser imparcial pode negar que nas instituições francesas estão encerradas muitas coisas boas e que o Código e as discussões e os discursos a respeito dele, assim como o código prussiano e o austríaco, trouxeram para nossa filosofia mais validade e arte civilista que as acaloradas discussões dos nossos tratados sobre direito natural. Se agora os príncipes alemães concordassem com a redação de um código geral alemão civil, penal e processual e empregassem por apenas cinco anos aquilo que custa um meio regimento de soldados, não poderíamos deixar de receber algo de notável e sólido. A contribuição de um tal código seria incalculável (1995, p. 57-58).

Como se observa, são duras críticas ao modelo conservadorista, um grito de alerta à sociedade e à comunidade jurídica na tentativa de abandonar o sistema baseado nos costumes, ainda que a princípio possa ser traumático para os alemães, acostumados à comodidade de uma ordem que não se sustentava mais.

A Alemanha, ainda de estrutura medieval, ofereceu grande resistência à influência da Revolução Francesa. Entendiam que em razão de o povo alemão possuir língua própria, expressando-se portanto como nação, deveria criar um Estado capaz de exaltar o caráter espiritual e a unidade cultural dos alemães, criando e educando o homem perfeito.

Em razão disso, a aceitação do produto trazido pela Revolução seria de grande prejuízo, haja vista que a educação da sociedade deveria dar-se de forma serena e global, e não por imposição revolucionária.

Em que pese a relutância da comunidade alemã em absorver o pensamento trazido pelo Código de Napoleão (1804) e seus princípios (liberdade, igualdade e fraternidade), estes deixaram de ser meras declarações sem qualquer eficácia e passaram a ganhar uma forma jurídica, uma regulamentação formal, vale dizer, positiva.

O Código francês, ainda que possa parecer não adequado à sociedade alemã, apresentou-se como um excelente momento favorável para quebra do paradigma do pensamento jurídico, uma verdadeira oportunidade rumo à codificação do Direito alemão. Trata-se de uma fase vista por alguns pensadores, como sendo o renascimento da nação alemã, um estímulo aos príncipes, cujo intuito seria favorecer o processo de renovação.

Essa transformação que seria completa, sem dúvida poderia levar os alemães a uma felicidade nas suas relações, sobretudo as civis, necessitando para isso apenas que os príncipes todos entrassem em consenso para uniformização de um código.

Thibaut, grande defensor da codificação, sustenta a necessidade de dois requisitos considerados por ele como fundamentais, para que uma boa legislação se apresente: a perfeição formal e a perfeição substancial (BOBBIO, 1995, p. 58).

Para ele, a perfeição formal consistia em enunciar as normas jurídicas de modo claro, enquanto que a perfeição substancial seria aquela que conseguisse regular todas as relações sociais, legislação esta que não existia na Alemanha.

Prosseguindo, Thibaut via ainda entre algumas vantagens, a principal decorrente de uma boa codificação: a unificação da Alemanha. Consciente, também sabia das objeções que a ele poderiam ser opostas, sobretudo, por

Savigny, tais como a de que a codificação seria considerada algo não-natural, já que se constituiria em um conjunto de regras impostas, a ponto de poder paralisar o desenvolvimento do país.

De inspiração iluminista, não concordava com a excessiva reverência que os alemães tinham para com a tradição, e que a sociedade não deveria ser súcubo dela, mas, ao contrário, deveria tentar a superação para possibilitar a renovação.

De outro lado, Savigny, embora conhecido como o anti-codificador, não era totalmente contrário a essa ideia, mas apenas que aquele momento histórico que vivia a Alemanha não era favorável. Um forte argumento é que a sociedade ainda não havia amadurecido o suficiente para uma renovação de tal importância. Sua ideia era a de que a instauração de um novo sistema jurídico só se justificaria quando, em uma determinada época, se atingisse um nível cultural amplamente superior ao das épocas precedentes, o que não ocorria, haja vista estarem passando por um período de decadência, sobretudo no campo da ciência jurídica (BOBBIO, 1995, p. 61).

Neste aspecto, segundo Bobbio, não assistia razão à Savigny. Primeiro porque ele próprio não conseguiu indicar uma fase histórica, e segundo porque em cada momento histórico poderia ser produzida uma dada legislação que, com o avançar do tempo e da formação cultural, poderia ser aprimorada, adaptando-a às necessidades contemporâneas (1995, p. 61).

Embora Savigny considerasse a agravação da decadência da cultura jurídica na Alemanha no início do século XIX, entendendo que neste aspecto a codificação teria agravado mais ainda a situação, tinha um ponto em comum com Thibaut: o anseio por um Direito não dúbio, isto é, intangível às arbitrariedades e comum a toda a nação. Entretanto, se aplicado apenas a uma metade da Alemanha, este código traria unidade a uma metade, todavia, deixaria a outra ainda mais aviltada (BOBBIO, 1995, p. 62).

Por isso, o juspositivismo alcança resultados importantes, no momento em que se torna conveniente para a afirmação do Direito legal, enquanto decorrente exclusivamente da atividade do Estado. Separando o Direito da moral, pressupõe a cognoscibilidade do Direito. Direito e codificação se convergem, no sentido de que há uma consolidação, quanto ao primeiro, à aspiração concreta do legislador em se revelar como fonte exclusiva do Direito e, quanto ao segundo, que

a ciência poderá dispor de um instrumento formalmente válido e simples na definição do Direito positivo.

Entre os séculos XIX e XX, para a Escola Histórica do Direito (alemã) o formalismo jurídico se constitui em uma dominante para a ciência jurídica.

Para Ihering a visão do Direito como forma é superada, já que o Direito tem que cumprir também com sua consideração substancial, identificando as concepções de justiça e objetivos sociais, formalização estas que provém, notadamente, da classe dos juristas romanos (PALOMBELLA, 2005, p. 128).

Segundo Palombella, Weber vê o Direito científico como sendo o único capaz de garantir formalidade e racionalidade. Neste momento, a ciência jurídica alemã afasta-se do Historicismo, da postura conservadora em direção ao Direito consuetudinário e, depois, ao Direito codificado, em 1900 (2005, p. 129).

### **1.3 ORIGENS NA FRANÇA E O CÓDIGO DE NAPOLEÃO**

Entrou em vigor na França, em 1804, o Código de Napoleão, um verdadeiro acontecimento, fundamental na repercussão e produção do desenvolvimento do pensamento jurídico moderno.

Segundo Bobbio, a codificação surge com o pensamento iluminista e representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos:

A idéia da codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado. Por outro lado, não se trata de uma codificação comum a todo o mundo e a todos os países civilizados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental (1995, p. 63).

Além do Código de Napoleão, a codificação justiniana (fundada na elaboração de um Direito comum romano) foi outra que também teve fundamental importância e influência para o desenvolvimento da cultura jurídica. É a partir dessas legislações codificadas que outros países inspiraram seus modelos.

Não se extraia disso, contudo, que ambas as legislações possuam necessariamente as mesmas características, pois somente a legislação napoleônica se constituiu de um verdadeiro Código como concebemos hoje, ou seja, um corpo de normas elaboradas de forma expressa e organizadamente sistematizadas,

enquanto que a codificação justiniana – *Corpus juris civilis* – é uma coletânea de leis.

Se na Alemanha não houve um consenso quanto à codificação, por conta da polêmica entre a escola filosófica e a escola histórica, esta última considerada irracionalista na História, na França também a codificação surge como fruto de uma cultura racionalista, sendo que neste país pode ser considerado como o berço do iluminismo.

A ideia da codificação surge durante a revolução francesa (1790-1800). É neste momento histórico que o pensamento da codificação das normas jurídicas adquire maior consistência política, haja vista que, até então, a sociedade francesa não possuía um único ordenamento, mas uma multiplicidade de regramentos limitados territorialmente, que segundo Bobbio era fracionada. “Em particular, era dividida em duas partes: a setentrional, onde estavam vigentes os costumes locais (*droit coutumier*) e a meridional, onde vigorava o Direito comum romano (*droit écrit*)” (BOBBIO, 1995, p. 65).

Foi durante a Revolução Francesa que se apresentou a proposta de eliminação do excessivo acúmulo de normas jurídicas que foram produzidas pelo desenvolvimento histórico. A ideia era a de que, no seu lugar, se instaurasse um Direito fundado na natureza, mas adaptado às necessidades universais do homem. Basicamente, o que caracterizaria essa codificação seria a simplicidade das leis e sua pouca quantidade.

Acreditavam que, se a natureza das coisas era simples, a lei também deveria ser, já que produto daquela. Seu lema era de existirem poucas leis, pois acreditavam que a multiplicidade delas surgiria como fruto da corrupção.

Jean Jacques Régis de Cambacérès, inspirado na concepção iluminista, apresentou três projetos de Código Civil, sendo que nenhum deles foi aprovado. O primeiro, em 1793. Antes disso, porém, neste mesmo ano, apresentou um projeto de lei buscando a equiparação dos filhos naturais aos legítimos, proposta esta na época, considerada radical e inovadora. Sua justificativa buscava respaldo nos três seguintes fundamentos iluministas: igualdade dos cônjuges, da possibilidade de dissolução do matrimônio pelo divórcio e a comunhão patrimonial.

Quanto ao primeiro projeto, que continha 719 artigos, encontrava inspiração em três princípios para ele fundamentais: unidade, simplicidade e aproximação da natureza. O segundo, mais simples, continha 287 artigos, e foi

apresentado em 1794, mas com base em princípios diversos do primeiro. Eram eles: ser senhor da própria pessoa, possuir bens para satisfazer a própria necessidade e poder dispor desses bens no interesse próprio e da família. Por fim, o terceiro projeto, de 1796, compunha-se de 1.004 artigos e, embora também não tenha sido aprovado, foi o de maior importância na História, já que influenciou diretamente na elaboração do projeto definitivo do Código Civil.

Mas foi de Portalis, que pertencia a uma comissão composta por mais três juristas (Tronchet, Maleville e Bigot-Préameneau), a responsabilidade da apresentação do projeto definitivo do Código Civil, comissão esta instalada em 1800, pelo primeiro-cônsul Napoleão (BOBBIO, 1995, p. 71).

Quanto ao Código de Napoleão, este representa na verdade, uma expressão da tradição francesa do Direito comum. E foi graças aos intérpretes deste Código que se apresentou o princípio da onipotência do legislador, como sendo um dos principais preceitos fundamentais do positivismo jurídico. É o que diz Bobbio:

Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código. É de fato àqueles e não a estes que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico (é precisamente por sua incidência no desenvolvimento desta doutrina jurídica que estamos aqui nos ocupando da história do código francês) (1995, p. 73).

E foi o artigo 4º deste mesmo Código que provocou o discurso inicial de Portalis sobre as relações entre o juiz e a lei, haja vista o conteúdo do dispositivo, ou seja, a vedação do *non liquet*. O substrato do artigo portanto, consistia na proibição de o juiz se recusar a julgar uma lide a pretexto do silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Se isso ocorresse, poderia o magistrado ser processado e considerado culpado pela justiça negada. Logo, em nenhum momento lhe caberia abster-se de julgar.

Quando a lei for silente, ou insuficiente, o juiz deve suprir essa carência buscando dentro do próprio sistema (auto-integração) ou fora dele (hetero-integração), neste caso através do juízo de equidade. Para o positivismo jurídico, a solução a ser adotada deve ser a primeira, a auto-integração. O juiz deverá sempre suprir as lacunas da lei, encontrando uma solução para os problemas jurídicos no interior da própria lei por meio do instrumento da interpretação.

Com isso, a onipotência do legislador como dogma implicaria, necessariamente, em outro dogma diretamente ligado àquele: o da completitude do ordenamento jurídico, pois, se por um lado pudesse haver possibilidade de leis lacunosas ou obscuras, de outro lado, em razão da sua completitude, nenhuma causa deixaria de ser julgada.

Este aspecto é muito interessante exatamente porque esta ideia se contrapõe na mente dos redatores do artigo 4º, ou seja, para estes, a resolução se caracterizaria pela possibilidade da livre criação do Direito por parte do juiz, através do modelo da hetero-integração.

O fundamento deste artigo 4º era o de evitar que os juízes devolvessem ao Poder Legislativo a questão para a obtenção de normas que permitissem o julgamento da causa, como ensina Bobbio:

A *ratio* do artigo 4º do Código de Napoleão, na intenção de seus compiladores, era a de evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito (1995, p. 77).

A Escola da Exegese, assim conhecida, e que era a escola dos intérpretes do Código Civil, se fundou através deste modo de entender do artigo 4º do Código napoleônico, considerado responsável por sepultar todo o Direito precedente e também por conter normas para solução de todos os casos futuros e possíveis.

A esta se contrapõe outra nova: a Escola Científica do Direito, com pressupostos em uma nova corrente, criticando a fundo inclusive, as concepções do positivismo jurídico.

Mas a codificação napoleônica, que na concepção dos redatores deveria servir de freio para o poder criativo dos juízes, causou um outro fenômeno, que foi a brusca interrupção do desenvolvimento na tradição jurídica, haja vista que a Escola da Exegese se limitava a uma interpretação mecânica do Código.

De outro lado, sua sucessora, a Escola Científica, ascende com a proposta de uma elaboração autônoma de conceitos jurídicos, como sendo independentes e capazes de transcender o próprio Código.

Com isso, é possível indicar algumas causas históricas que determinaram então o advento da Escola da Exegese. A primeira delas consistia na própria codificação como o uso da via mais rápida para resolver uma questão, já que a possível solução seria encontrada dentro do próprio código.

Sua segunda causa seria o princípio da autoridade, pois, sendo a codificação corolário da vontade do legislador de colocar uma norma jurídica indicativa de elemento seguro, bastaria ao julgador se ater ao ditado pelo soberano, que sua decisão poderia ser considerada justa.

Também a doutrina da separação dos poderes aparece como elemento justificador de que o juiz não poderia criar o Direito, fundamento este ideológico da estrutura do Estado moderno e que, para Montesquieu, o juiz deveria ser apenas a boca através da qual fala a lei.

A certeza do Direito é outro fator representativo do advento da escola já que, por ele, somente conhecendo antecipadamente e com exatidão os efeitos de seu comportamento é que a sociedade poderia tê-lo como um critério seguro. Somente este corpo estável de leis, e que fossem suficientes para solução das controvérsias, é que traria a aludida segurança. A contraposição a esta ideia levaria a que os cidadãos fossem submetidos às arbitrariedades, o que lhes retiraria o conhecimento das consequências de suas próprias ações.

De outro lado, essa segurança faria com que o juiz devesse renunciar a toda e qualquer contribuição criativa na interpretação da lei, transformando-se em mero aplicador, vale dizer, tornar uma norma explícita através do silogismo.

A Escola da Exegese tem ainda como características fundamentais o tratamento do Direito natural como sendo irrelevante a não ser quando confirmado pela lei. Neste sentido, Demolombe, citado por Bobbio pontua:

O jurisconsulto não deve se prender a um modelo mais ou menos perfeito, a um tipo mais ou menos ideal; [...] o direito natural para ele, não é sempre o melhor, nem o mais excelente; mas o direito natural possível, praticável, realizável é aquele, sobretudo, que se conforma e se assimila melhor ao espírito, aos princípios e às tendências gerais da legislação escrita; e eis porque penso que é sempre nessa mesma legislação que é necessário atingir, diretamente ou indiretamente, todas as regras das soluções jurídicas (DEMOLOMBE *apud* BOBBIO, 1995, p. 85).

Outra característica trazida por esta escola é o princípio da onipotência do legislador. Essa concepção juspositivista como se observa, está intimamente ligada às fontes do Direito: são normas jurídicas somente aquelas postas pelo Estado ou que, de alguma outra forma, seja por ele reconhecida. Daí porque, segundo ela, só existe um Direito: o Direito positivo. Por isso, os operadores como advogados, jurisconsultos e juízes devem seguir estritamente a letra da lei, considerada boa por si só, de forma que ao juiz caberá somente curvar sua razão diante da lei, haja vista que o magistrado fora instituído para julgar segundo a lei e não ela própria.

O que a Revolução Francesa fez foi introduzir o princípio da igualdade perante a lei, cujo anseio era a divisão existente entre castas e a estrutura social. Mais que isso, o código napoleônico se preocupava com a unidade e universalidade do Direito. Seu intuito era o de reduzir a atividade do juiz a mero juízo de fato.

Neste aspecto, a Escola da Exegese representou a consagração da codificação, pois através desta se renunciava à interpretação doutrinária e aos próprios princípios, em nome da observância formal e literal da norma escrita.

Mais uma vez surge a ideia, segundo esta escola, de que a lei não deve ser interpretada, mas apenas aplicada, pois nada está acima da lei. Trata-se, como se vê, de uma verdadeira submissão ao texto legal ou às disposições do Código.

Portanto, a lei tornava-se a única fonte do Direito, marcando o Direito positivo do século XIX por seus aspectos legalista e juspositivista, típico da teoria do Direito francês. O Direito consuetudinário e a elaboração jurisprudencial deixam de ser Direito.

Por fim, ainda como última característica, cite-se o princípio da autoridade que, corroborando com as demais, procura demonstrar que uma dada proposição ou norma legal é sempre justa ou verdadeira, não podendo ser levada a qualquer tipo de discussão. Isso faz com que o pensamento ou pronunciamento dos primeiros comentadores do Código se invistam de grande autoridade, ganhando um caráter absoluto, sendo amplamente adotado pelos demais juristas como se fossem verdadeiros dogmas.

## 1.4 ORIGENS NA INGLATERRA E O ESTUDO DA CODIFICAÇÃO

Até agora vimos que na Alemanha, embora houvesse uma teorização a respeito da codificação, esta não ocorreu por lá, sobretudo em razão dos teóricos cultos a ela contrários, destacando-se Savigny, cujo ponto de vista prevaleceu. Por outro lado, na França houve uma codificação pelos juristas da Revolução, porém, sem uma teoria a respeito. A partir deste momento, veremos que na Inglaterra (século XVII) houve uma teoria, principalmente adotada por Jeremy Bentham, mas não houve uma codificação tal qual na Alemanha daquele período. Podemos destacar ainda, o maior teórico da onipotência do legislador: Thomas Hobbes (BOBBIO, 1995, p. 33).

Inspirado na corrente iluminista, o utilitarista Bentham também sofreu influências de outro pensador: Beccaria. Não obstante ser um pensador do iluminismo, Bentham fazia nítida oposição ao jusnaturalismo, exatamente por lhe parecer inconciliável empiricamente. Mesmo a despeito desse posicionamento, estava convencido da possibilidade de se estabelecer aquilo que denominava de ética objetiva, que era aquela originada em um princípio estabelecido objetivamente e da qual se poderia extrair todas as regras de comportamento humano, ganhando o mesmo *status* da lei descoberta tanto pela ciência natural quanto pela ciência matemática (BOBBIO, 1995, p. 92).

Por não ser o Direito inglês um Direito codificado, a proposta era a solução dos problemas de acordo com o caso concreto, e não por meio de leis gerais. Todavia, as concepções de Bentham relativas à codificação amadurecem após a ocorrência de três fases: a primeira delas é a reorganização sistemática do Direito inglês, haja vista não ser ele até então codificado. Isso fazia com que o Direito derivasse essencialmente das atividades dos juízes, cuja resolução se dava por meio do precedente obrigatório.

Numa segunda fase, propõe uma compilação do Direito inglês, onde deveria conter as regras que constituíssem os princípios fundamentais do ordenamento daquele país.

Por fim, Bentham projeta uma mudança radical do Direito, através de uma completa codificação, vale dizer, de forma a sistematizar todas as matérias concernentes ao mundo jurídico, dividindo-se essa sistematização em três partes: Direito Civil, Direito Penal e Direito Constitucional (BOBBIO, 1995, p. 95).

Essa sua proposta tinha outra característica: a ideia da codificação universal, ou seja, a codificação deveria servir não somente ao seu país, mas a todos do mundo civilizado.

Radicalmente crítico ao sistema da *Common Law* (produção judiciária do Direito), ele aponta cinco defeitos, a começar pela incerteza da *Common Law*, já que o Direito judiciário não satisfaz as exigências fundamentais de uma sociedade, devido ao seu grau de segurança, que se demonstra inferior ao Direito legislativo. A ideia de decidir uma questão através do precedente não se lhe apresenta como um critério objetivo mas, ao contrário, subjetivo, já que o juiz poderá escolher livremente, ou seja, arbitrariamente, se adota ou se rejeita o precedente (BOBBIO, 1995, p. 96).

A segunda crítica se faz em relação à sua retroatividade, porque, deparando-se o juiz com um caso que não possa ser resolvido pelo precedente (porque ainda não existe sentença neste sentido), estaria ele criando um novo precedente com eficácia retroativa em relação ao que ainda nem existia, de forma que toda criação de norma iria vigorar para o passado, o que violaria o princípio da irretroatividade da lei, sobretudo, a penal.

Seguindo com o terceiro defeito, ele indica não se fundar o Direito comum no princípio da utilidade, já que o juiz não pode criar um sistema completo de normas, por fundar-se na aplicação do precedente ou analogia, coisa que o Direito legislativo poderia se encarregar de fazê-lo.

A penúltima crítica se dá em torno do fato de que o juiz carece de competência específica para regular todos os campos do Direito na solução das controvérsias que lhe forem apresentadas, ao passo que, com a produção legislativa, esta tarefa seria confiada a pessoas ou comissões com competência específica.

O último defeito apresentado por Bentham é de cunho político, no sentido de que não se apresenta possível, ao povo, o controle de produção do Direito, quando ele parte do juiz. Se, ao contrário, as leis fossem produzidas pelo Parlamento, haveria possibilidade de controle, e mais, que essas leis representariam a verdadeira expressão da vontade popular (BOBBIO, 1995, p. 99).

Esses são, assim, os motivos que impulsionavam o movimento iluminista a ir ao encontro do sistema então vigente e que se apresentavam como justificadores para a implementação de uma codificação.

Por fim, Bentham tinha como requisitos fundamentais para uma boa codificação sua utilidade: a maior felicidade para o maior número. Além disso, o Código também deveria ser completo, sem lacunas, caso contrário abriria espaço para o Direito judiciário e todos os seus inconvenientes. Era importante também sua cognoscibilidade. Sua redação deveria ser clara e precisa, de forma que seu conteúdo pudesse ser acessível a todos. Deveria fundar-se, além disso, em uma justificabilidade, motivando quais as finalidades que se propunha atingir com a codificação, já que somente quando os motivos são conhecidos uma lei se tornará compreensível.

Posteriormente a Bentham, surge outro autor, John Austin, cuja tentativa era mediar a Escola Histórica Alemã e o utilitarismo inglês. Com pensamentos próprios distinguia a jurisprudência da ciência da legislação (BOBBIO, 1995. p. 102).

Ao definir o positivismo jurídico, vale destacar que Austin utilizava o vocábulo *Law* para significar ao mesmo tempo, lei (como norma no sentido mais geral possível) e Direito (no sentido de norma jurídica específica). De outro lado, para referir-se à expressão lei, no sentido de Direito emanado do órgão Legislativo, usava o termo *Statute*. Existe, como se vê, uma dificuldade de natureza linguística entre lei e Direito.

Depois de definir a noção de lei, ele a distingue em duas categorias, tendo como base o sujeito da qual esses comandos provêm. São elas as leis divinas, quando postas por Deus, e as leis humanas quando derivam da vontade do homem, podendo se apresentar como leis positivas (*Law*) e moralidade positiva.

A diferença entre uma e outra é pontuada na forma como o Direito positivo é constituído, isto é, pelo comando emanado do soberano decorrente de uma sociedade política com independência. Para ele, o Direito positivo não é senão aquele decorrente do poder soberano, do Estado, enquanto sociedade política independente.

A politicidade para Austin é indicativo de uma sociedade composta por um número considerável de pessoas que se sujeitam a um superior comum. E independente, para exprimir sua autonomia e soberania, não se sujeitando ou dependendo de outras entidades sociais. Logo, possui estruturação hierárquica, com subordinação de seus membros a um superior soberano.

Daí porque a distinção entre leis positivas e a moralidade positiva. Esta não possui a qualidade de soberano para outros sujeitos humanos. É neste mesmo sentido que Austin ressalta que as leis que regulam as relações internacionais também não possuem caráter de leis positivas. Não têm, portanto, natureza jurídica, já que a comunidade internacional é baseada não numa relação de subordinação, mas de cooperação ou coordenação. Nela não há emanção de regras de um superior em relação ao seu súdito.

Há certa lógica no seu raciocínio, porém, aceitá-lo seria negar o caráter jurídico das regras internacionais emitidas por diversos entes soberanos.

Essa concepção estatal do Direito por Austin parece negar as fontes de Direito vigentes na Inglaterra, sobretudo porque a *Common Law* tem por base o Direito judiciário e não o Direito legislativo. Para não negar a existência da *Common Law* ou da sua própria concepção, ele recorre à autoridade subordinada. O Direito nasce, para ele, a partir da autoridade que lhe é delegada.

Se os juízes é que criam o Direito, também é verdade que assim eles agem por autorização da entidade política. Tais poderes lhes são delegados pelo soberano. Essa ideia faz com que permaneça o caráter estatal, já que o próprio Estado é quem confere tal autorização, de forma que fica esvaziada qualquer distinção entre Direito legislativo e Direito judiciário, Direito estatal e Direito não estatal. Ao menos, em relação às fontes, porque no que tange ao modo de produção, o Direito legislativo é responsável pela produção de um conjunto de normas gerais e abstratas, que não regulam um único caso, enquanto o Direito judiciário, ao contrário, é constituído e emitido para solução de um caso específico.

Isso faz com que o Direito legislativo seja visto como sendo superior ao Direito judiciário. Ademais, pelo modo do Direito legislativo, haveria maior facilidade de controle na sua produção. Outro aspecto ponderado é no sentido de que o Direito judiciário é arbitrário, criado pelos juízes sem nenhum critério, não se sujeitando a limites e controles. Mas esta ausência de limites e controles não significa ampla discricionariedade, porque estariam submetidos ao sistema dos precedentes de forma que, distanciando-se dele, poderiam ser afastados de suas funções pelo soberano.

Com todas essas críticas, Austin chega a uma conclusão: o Direito judiciário deve ser substituído pela codificação, vista como um Direito superior. Pondera, todavia, que o código não deve ser simplesmente um apanhado de leis já

existentes, mas uma reformulação do Direito vigente, formando unidade e coerência em seu texto legislativo. Logo, a inovação legislativa deve se referir à forma e não ao conteúdo, como instrumento de progresso puramente técnico-jurídico.

Esse pensamento é divergente ao de Bentham, cuja inovação deveria ser integral, tanto na forma quanto no conteúdo, e como instrumento de progresso político-social, e não puramente técnico-jurídico.

Austin também sofreu objeções, tal como a incompletude do código, por não poder dispor de todos os casos futuros, de forma que a codificação não atingiria sua finalidade primordial: a completude. Sua resposta entretanto, é no sentido de que, mesmo sendo o código incompleto, ele é menos lacunar que o Direito judiciário.

Outra das críticas sofridas se refere à inalterabilidade das normas esposadas num código, já que não podem ser objeto de transformações contínuas e que se adaptem às necessidades da sociedade. Sua argumentação para rebater essa teoria é que o Direito judiciário é muito mais rígido e inalterável que o código, exatamente porque fundado no sistema do precedente. Isso faz com que determinada regra fundamentada numa decisão dada em uma determinada época histórica continue a se repetir continuamente, mesmo que tais fatores já não sobrevivam mais, e isso acontece em razão da ausência da atividade criativa do juiz, cujo julgamento baseia-se apenas na analogia.

Ademais, o código traria vantagens como a segurança jurídica, já que menos maleável que o Direito judiciário. Também eliminaria equívocos ou ambiguidades, tornando difíceis ou impossíveis as controvérsias originadas simplesmente nas imprecisões interpretativas.

Por tais razões o projeto de código deveria ser redigido por uma só pessoa, porém, reexaminado por uma comissão, que providenciaria eventuais correções, entendimento este contrário ao de Bentham (BOBBIO, 1995, p. 117), que fundamentava a codificação como decorrente do trabalho de um único autor: no caso, ele mesmo.

Para Austin, a codificação deveria surgir de modo coerente, no sentido de que deve ele dizer respeito ao Estado, fundamentalmente, devendo ser unitário e, quanto à fonte, provir de quem exerce a soberania. É corolário do imperativo da norma. O titular da soberania é o órgão legislativo do Estado (BOBBIO, 1995, p. 117).

Austin finalmente defendia o ponto de vista de que o código deveria ser acessível somente aos juristas, enquanto que para Bentham essa acessibilidade deveria ocorrer para todos os cidadãos. Esta divergência entre ambos é porque Bentham era um filósofo radical, enquanto Austin, um jurista conservador, e via a acessibilidade ampla como algo ruim, uma vez que, se compreensível a todos, levaria o Direito a ser extremamente simplificado e constantemente submetido à discussão e novas reformas.

Como vimos, a Alemanha, dentre os três países, foi a que mais estudou e teorizou sobre o positivismo jurídico, cuja codificação foi alcançada somente no final do século XIX. O Direito público atravessa uma fase histórica em que se inicia na Alemanha e que, posteriormente, irá justificar a ordem e a autoridade do Estado. Durante essa construção do Estado e do Direito público, se percebe o distanciamento do continuísmo e do organicismo, características marcantes do Historicismo. O formalismo aflora visando constituir formas de categorias, conceitos e princípios.

O pensamento jurídico-político da contemporaneidade atribui ao Estado o papel de órgão ou entidade dominante, fazendo coincidir com o monopólio da força. A lei deve ser entendida como uma forma legislativa derivada do órgão competente. Somente é lei aquela que possui características de generalidade e abstração.

Para que se possa atribuir o selo de juridicidade da lei é necessário que ocorra o afastamento entre aspecto formal e aspecto substancial da lei. O que importa é que a lei tenha sido proferida obedecendo a certos procedimentos previstos na Constituição.

A fundação do Estado de Direito, logo, tem por natureza a despersonalização do poder, ou seja, a aspiração em ser governado pela lei e não pelos homens. Por isso se diz que o Estado positivo é aquele que estabelece seu Direito, se move dentro de seus limites predeterminados.

A ciência do Direito torna muito clara a noção de Direito e de Estado entre os séculos XIX e XX: o positivismo jurídico caracteriza-se como um comando soberano, produzido, posto. Ressalta-se seu caráter formal, o respeito às formas, indiferente ao conteúdo. É o rigor formal ou procedural que, de certa forma, limitava a discricionariedade dos juízes e funcionários administrativos (BOBBIO, 1995, p. 144-145).

As pretensões de justiça material, de atitudes ético-políticas, de conteúdo e substância estão, para o juspositivismo, separadas do objeto da ciência jurídica. O Direito positivo é definido pelo que ele é e não pelo que ele deve ser. Para ser Direito basta que ele seja posto pela autoridade competente.

Esse juspositivismo dos séculos XIX e XX é marcado por eliminar qualquer elemento externo ao Direito posto (Direito legal), o que mais adiante irá provocar o seu enfraquecimento. O Direito natural ingressa no Direito positivo, fazendo com que este último perca seu caráter formal predominante.

O retorno do jusnaturalismo tem por escopo, em alguns casos, recorrer a conceitos de racionalidade formal (procedural), mas que visem a um objetivo específico: um resultado substancial.

O Direito surge como forma, dotado de mecanismo e que, para garantir poder e força, devem traduzir-se em código normatizado.

E, quando falamos de Direito enquanto entidade institucional, George Wilhelm Friedrich Hegel foi o maior opositor à versão formalista na cultura filosófica alemã. Para ele o Direito é visto como instituição que possui a maturidade política e moral de um povo. Positividade do Direito significa racionalidade, pois Direito nada mais é do que a expressão do espírito de um povo (*Volksgeist*).

O antiformalismo se desenvolve entre o fim do século XIX e as três primeiras décadas do século XX. A grande insatisfação com o legalismo faz com que o jusnaturalismo surja como repúdio ao juspositivismo formalista ou científico e este sentimento encontra raízes no pós-guerra, como reação às aberrações que justificaram tamanha tragédia.

Nessa linha, a tendência é a de que o Direito natural venha a justificar o Direito positivo, no sentido de fazer justiça.

Ihering critica o Direito popular. Para ele isso seria irracionalismo e surge cada vez que se faz necessário justificar a arbitrariedade: é melhor o bom ditador a uma democracia desordenada (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 277).

Para Zaffaroni e Pierangeli, denomina-se positivismo jurídico-penal:

[...] a esta tendência ou atitude frente ao problema da criminalidade e de sua repressão. Assim, como o positivismo naturalista é o culto ao fato, o positivismo jurídico pode ser definido como o culto ao fato 'no jurídico', isto é, considerado que 'fato', no jurídico, são as leis (as leis positivas). O único direito e toda sua base de interpretação são as leis, a letra da lei (2004, p. 292-293).

Lembrando que, a partir do século XIX praticamente toda a Europa e América adotaram códigos penais:

Embora seja correto afirmar que o *Code Napoléon* conserva uma série de princípios racionais provenientes do pensamento da época, recepcionado pela revolução, não era o código da Revolução Francesa, e sim o código penal estatal de um império. Tem sido chamado de código de Napoleão e não de código da França (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 202-203).

De qualquer modo, embora Bentham, e até mesmo Austin tenham se mostrado favorável à codificação com apontamentos de suas vantagens, prevaleceu na Inglaterra a teoria da continuação do Direito judiciário, em que são os juízes que criam o Direito, de forma que atualmente, não houve implementação da codificação, vigendo ainda, o sistema da Common Law.

## **1.5 O POSITIVISMO NO BRASIL: PERÍODOS PRÉ-COLONIAL, COLONIAL, IMPERIAL E REPUBLICANO**

Abordando o positivismo jurídico, especificamente em relação ao movimento codificador e a justiça formal, que são objeto deste trabalho, podemos dizer que, no Brasil, o Direito Penal passou por diversos períodos e diversas leis, até termos um Código Penal.

Na era pré-colonial, antes, portanto, do domínio português, nosso território era habitado por primitivos e rudimentares agrupamentos. O Direito Penal dos povos indígenas, se é que assim podemos tratá-lo (século XVI), não era diferente. Baseava-se em costumes e crenças das tribos e fundava-se na vingança privada.

Mesmo antes do descobrimento do Brasil nossas terras já se encontravam habitadas por esses povos indígenas, que ainda não ostentavam um grau de desenvolvimento cultural análogo àqueles que habitavam o continente americano, tais como os astecas, os incas e os maias. Inexistia, à época, uma organização jurídico-social e as regras eram consuetudinárias.

Não obstante essa falta de certo grau de cultura (Idade da Pedra Lascada), nem por isso há que se falar em absoluta falta de legislação. Não se tratava assim, de um estado de completa barbárie, verdadeiros canibais, sem nenhum respaldo cultural (PRADO, 2004, p. 113-114).

Ao contrário, esses povos, embora primitivos, possuíam regras costumeiras que permitiam o mínimo convívio entre os povos, bem como punições para os possíveis infratores.

Dentre alguns crimes que eram punidos exemplarmente, pode-se citar o homicídio, as lesões corporais, o furto, o rapto, adultério da mulher e a deserção.

O rapto, por exemplo, quando ocorria entre povos de tribos diversas, além de constituir crime gravíssimo, dava ensejo a batalhas sangrentas, sobretudo, porque a ofensa não era considerada contra a donzela, mas contra a própria tribo à qual ela pertencia. Ocorrido, entretanto, por membro da mesma tribo, seu autor era implacavelmente condenado à pena capital.

O homicídio recebia o mesmo tratamento: se o delinquente fosse de tribo diversa, levaria à guerra tribal; se da mesma tribo, pena de morte para ele. Já as lesões corporais, as penas, também corporais, eram executadas pelos familiares do ofendido. Aqui já se observava, ainda que inconscientemente, a lei de Talião, o princípio da proporcionalidade, haja vista que o ofensor era submetido ao mesmo mal causado à vítima, na mesma região do corpo atingido pelo acusado (vingança compensatória).

Outro delito de suma gravidade era a deserção, tratado por alguns com a mesma igualdade da traição. Seu fundamento encontrava respaldo na situação de que, desde criança o menino era preparado para lutar, prática esta comum entre os nativos. Crescia sendo visto como um guerreiro, o que lhe dava certo *status*. Por conta disso, era natural de se esperar que o mesmo agisse em defesa de sua comunidade.

Quando isso não ocorria, ou seja, no caso de recusa em combater os inimigos, era ele visto como traidor. Esta regra hoje valeria como aquela prevista no Código Penal Militar.

Assim, apesar de primitivo, não se pode falar em completa e absoluta ausência do Direito Penal indígena no Brasil, embora, em nada tenha ele influenciado no que tange ao desenvolvimento do nosso Direito Penal, isso porque o Direito na colônia já se encontrava feito.

No século XVI, mais precisamente no ano de 1500, quando Cabral aportou na Bahia, já vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas

no ano de 1446, sob o reinado de D. Afonso V. Foram consideradas como sendo o primeiro código europeu completo.

Conforme ensina Toledo, “A verdadeira história do Direito penal brasileiro começa no período colonial, com as Ordenações Afonsinas, vigentes em Portugal à época do descobrimento, seguidas pelas Manuelinas e, por último, pelas Filipinas” (TOLEDO, 2000, p. 56).

Passamos, então, da era da vingança privada para a era da vingança pública. As Ordenações Afonsinas caracterizavam-se pela crueldade nas penas, ausência de Direito de defesa e inexistência do princípio da legalidade.

Divididas em cinco livros, o Livro V tratava do Direito Penal e Direito Processual Penal. As penas tinham finalidades eminentemente intimidatórias e eram desproporcionais à gravidade do delito. Havia ainda a previsão da pena de morte, as infamantes, o confisco e as galés.

No Brasil, as Ordenações Afonsinas, que vigoraram até 1521, tiveram pouca ou quase nenhuma aplicação, por falta de uma organização estatal. Não havia nenhuma cidade ou Estado formado, o que a inviabilizou, face à ausência de um núcleo colonizador aqui instalado.

Por determinação de D. Manuel I, em 1521, foram publicadas as Ordenações Manuelinas, em substituição às Afonsinas, permanecendo em vigor até 1603. Como ensina Teles, “Não há diferenças substanciais entre essas e as anteriores Ordenações. Ainda na fase da vingança pública, nenhuma evolução se verificou. Era um tempo em que os séculos transcorriam sem grandes transformações na esfera do pensamento” (TELES, 2004, p. 62).

Há divergência entre autores, quanto ao ano em que tiveram vigor. Para Luiz Flávio Gomes e Magalhães Noronha, 1512; Ney Moura Teles, 1514; Francisco de Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado, 1521.

Explicando a divergência, Pierangeli, citando Braga Cruz, em sua obra “História do Direito Português” esclarece:

Aqui levanta-se um problema curioso que é o seguinte: conhece-se um exemplar impresso do livro 1º das Ordenações com data de 1512 e outro do livro 2º com data de 1513, só se conhecendo porém exemplares completos dos 5 livros datados de 1514. É lícito, portanto, perguntar se já teria havido, antes de 1514, edições completas das Ordenações Manuelinas, de que os livros hoje conhecidos seriam meros fragmentos, ou, se, pelo contrário, esses dois livros teriam sido impressos isoladamente em 1512 e 1513, sendo de 1514 a primeira edição completa. Esta última hipótese é mais

verossímil. As coisas devem ter se passado desta maneira: Em 1512 foi impresso o 1º livro. Em 1513 o 2º livro e em 1514 foram impressos os restantes dos livros (3º, 4º e 5º) e aproveitou-se a ocasião para reimprimir o 1º e o 2º, apresentando-se assim ao público uma edição completa. É essa a razão por que se costuma apresentar o ano de 1514 com data da 1ª edição completa das Ordenações Manuelinas. Todavia, a reforma legislativa, realizada às pressas, não satisfez a expectativa de D. Manuel que, por tal razão, mandou inutilizar todos os exemplares, com exceção daquele encontrável na Torre do Tombo. Em seguida, o monarca nomeou nova comissão para a elaboração da coletânea. Embora se afirme ter essa comissão sido composta pelos desembargadores Cristóvão Esteves, João Cotrim e João de Faria, sob a presidência do primeiro, só o nome de Cristóvão Esteves não encontra qualquer resistência entre historiadores. Destarte, quando se fala nas Ordenações Manuelinas, está-se referindo às Ordenações publicadas a 11 de março de 1521, justamente aquelas que tiveram aplicação durante grande parte do século e que foram impressas por Jacobo Cromberger, o Alemão (CRUZ *apud* PIERANGELI, 2001, p. 54).

Essas Ordenações também foram de escassa aplicação, embora tivessem perdurado por quase um século. Vigoraram formalmente em nosso país até 1603, porém, no ano de 1569, passou também a ter validade a Compilação de Duarte Nunes Leão, por determinação do rei D. Sebastião. Daí receber a denominação de Ordenações Sebastiãoicas ou Código Sebastiãoico, que consistia em um conjunto de leis extravagantes.

Com a ascensão ao trono português, por D. Felipe II, este ordenou a reforma das Ordenações, quando então, foram editadas as Ordenações Filipinas, que começara a vigorar a partir de 11 de janeiro de 1603 (GOMES, 2004, p. 296).

A parte criminal perdurou até o Código Criminal do Império (1830) enquanto que o aspecto civil vigeu até 1916, com a edição do Código Civil de 1916.

Esse diploma legal não possuía técnica legislativa, sendo seus crimes definidos por longas orações. Travaram, entretanto, uma luta contra a justiça privada com o fortalecimento do poder real, buscando substituí-la pela justiça pública.

Ainda confundia-se o crime com o pecado e a ofensa moral, com severos castigos contra os hereges, feiticeiros, benzedores e apóstatas. Eram condutas criminosas a bênção de cães, a blasfêmia, bem como a relação sexual de cristão com infiel, além de outras.

As penas previstas eram totalmente desproporcionais e cruéis. Por seu conteúdo infamante eram consideradas como 'penas vis', tais como o açoite, o barão, o pregão, pena de multa, o degredo, o corte de membro, as galés e trabalhos públicos.

Para a maior gama de delitos era cominada a pena de morte, que poderia ser executada de quatro formas: morte cruel; morte atroz; morte simples e a morte civil. Suas finalidades: castigar severa, imoderada e cruelmente o delituoso e intimidar os demais componentes da sociedade.

No caso de morte cruel, a vida do criminoso era ceifada de forma lenta, em meio aos suplícios, cabendo, não raro, à livre escolha do juiz escolher a forma mais sofrível durante a execução da pena.

Para a morte atroz, acrescentava-se a ela ainda a pena de confisco de bens, a queima do cadáver, seu esquartejamento e também a proscricção de sua memória.

Menos sofrível era a pena capital simples, executada através de degolação ou enforcamento, reservando-se esta última para os casos de criminosos de classes mais humildes, dado o seu caráter infamante, conforme esclarece Pierangeli (2001, p. 57).

A morte civil, por seu turno, nada mais era do que a eliminação da vida civil do indivíduo, bem como de seus direitos de cidadania.

E, a despeito de combater a vingança privada, a admitia em dois momentos: no caso de morte da adúltera e ao seu parceiro e no caso da perda da paz.

Além disso, dada a vastidão do texto, as Ordenações Filipinas não apresentavam expressões claras, gerando, não raro, inúmeras contradições e discussões frequentes. Nelas também não vigorava o princípio da legalidade, daí porque, para alguns delitos serem cominada as penas denominadas “criminal arbitrária”, já que ficava ao livre arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável à espécie.

Mesmo com a proclamação da independência do Brasil, em 1822, as Ordenações Filipinas continuaram a vigorar, segundo Gomes, “com exceção das normas que previam a aplicação de castigos corporais, suplícios e penas cruéis e infamantes”. Foi o Código com maior tempo de vigência (1602 a 1830) (GOMES, 2004, p. 298).

O que se vê é que o Brasil colônia reviveu nesta fase os períodos mais violentos, obscuros e cruéis da História, o que não foi diferente em outros continentes.

Quando o Brasil conquistou sua independência em 07 de setembro de 1822, ainda vigiam as Ordenações Filipinas e, em lei datada de 20 de outubro de 1823, D. Pedro I determinou que tais Ordenações permanecessem em vigor, salvo naquilo que não estivessem revogadas, isso para permitir uma regulação dos negócios do interior do Império.

Mas, um mês antes da Independência, D. Pedro já havia determinado a abolição da tortura e de determinadas penas cruéis ou infamantes.

Aos 25 de março de 1824, tivemos nossa Primeira Constituição outorgada. Segundo Moraes, “A outorga é o estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente revolucionário, que autolimita seu poder” (MORAES, 1998, p. 49).

Essa Constituição incorporou grandes princípios tais como a irretroatividade da lei penal, a igualdade de todos perante a lei, estabeleceu que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente e determinou a abolição dos açoites, das torturas, das marcas de ferro quente e das penas cruéis. Também estabeleceu urgência na necessidade de elaboração do Código Criminal (art. 179, XVIII):

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros (*sic*). Que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

XVIII Organizar-se-á (*sic*) quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas bases sólidas da Justiça, e Equidade (LEGISLAÇÃO HISTÓRICA, 2011).

Mas nossa primeira Constituição não foi a única fonte inspiradora. Segundo Gomes, o Código Imperial baseou-se:

[...] também na melhor doutrina e mais atualizada legislação compendiadas nos Códigos Criminais do primeiro quartel do século XIX como os da Áustria (1803), França (1810), Baviera (1813), Parma (1820), Espanha (1822) e Louisiana (1825) (LEGISLAÇÃO HISTÓRICA, 2011).

Dentre eles, o Código da França é indicado e reconhecido como a fonte mais importante que teve o nosso Código Criminal de 1830, mas também foi influenciado pela teoria utilitária de Bentham.

Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Clemente Pereira foram incumbidos da elaboração do projeto, dando-se preferência àquele apresentado pelo primeiro, vez que segundo Galdino Siqueira:

[...] por ser aquele mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e eqüitativas (*sic*), e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com o menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor (SIQUEIRA, 1947, p. 69-70).

Em 20 de outubro de 1830, esse Projeto foi aprovado na Câmara, sendo remetido para o Senado quando então, em 16 de dezembro daquele ano, teve seu texto sancionado pelo Imperador D. Pedro I.

Foi assim que o primeiro Código Penal, genuinamente brasileiro se instalou, ou seja, sob a ótica das ideias iluministas, sem contar que suas linhas mestras estavam fixadas na Constituição.

A característica básica do Código Imperial, o primeiro da América Latina, foi a redução das sanções de pena de morte, a eliminação da crueldade na sua execução, além da supressão das penas infamantes, exceto os açoites cominados aos escravos.

Outro ponto marcante é que a pena de privação da liberdade transformava-se em uma pena autêntica, visando substituir as sanções corporais. Este mesmo Código também criou o sistema do dia-multa.

Nossa legislação de 1830 teve grande repercussão na Europa, mormente porque deixou de considerar como criminosa uma série de condutas que não atingiam bens alheios, vedando inclusive, a pena de morte para os crimes políticos.

Por se tratar de uma legislação independente e autônoma, sobretudo num país jovem, acabando de sair da colonização, teve influência na legislação espanhola e outros países latino-americanos, sendo que, na afirmação de Pierangeli, “Nenhum outro código desta parte do continente o sobrepujou” (PIERANGELI, 2001, p. 73).

Também era considerado um dos poucos Códigos de índole liberal daquele século, sendo o primeiro na América Latina, com independência e autonomia, acolhido com grande interesse na Europa e traduzido para o francês e

publicado em Paris no ano de 1834. Possuía 313 artigos, dividindo-se em quatro partes: a Parte I tratava “Dos Crimes e da Penas”; a Parte II, “Dos Crimes Públicos”; Parte III, “Dos Crimes Particulares”; e a Parte VI, “Dos Crimes Policiais”.

O Código Criminal desvinculou-se totalmente daquele sistema penal medieval contido nas Ordenações e significou verdadeira expressão das ideias liberais e humanistas advindas do Iluminismo. Foi um dos primeiros do mundo a adotar essas ideias, revelando-se como uma das maiores construções legislativas da qual, certamente, se orgulham os estudiosos brasileiros.

E, a despeito de possuir alguns resíduos da sociedade escravocrata, sua maior crítica à época não era essa, mas sim, de ser considerado extremamente liberal. A esse respeito, Garcia ensina:

Contra seu nítido liberalismo passou-se a opor alguma reação. Entendendo-se que a criminalidade aumentara depois de promulgado o Código, supôs-se que a razão do recrudescimento fossem as suas disposições benignas. Daí, a preocupação em reformá-lo (1968, p. 122).

Pondere-se que, diante da abolição da escravatura, pela Lei Áurea, datada de 13 de maio de 1888, foram necessárias várias alterações. Em face dessa nova realidade social, foi proposta a edição de um novo Código, que não se concretizou, haja vista que em 15 de novembro de 1889, foi proclamada a República, instalando-se com ela, uma nova ordem jurídico-penal.

Com a instalação do Governo Provisório, chefiado por Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, as atividades legislativas foram intensificadas com o intuito de reforma da legislação criminal.

O Conselheiro João Batista Pereira, que antes mesmo da Proclamação da República já estava encarregado para elaboração de um novo projeto de reforma de Código Penal, foi mantido na incumbência por Campos Sales, Ministro da Justiça do Governo Provisório.

Havia pressa desse novo governo, uma vez que com a abolição do regime escravista, além das inúmeras modificações da legislação penal, um novo código era inadiável.

Em 11 de outubro de 1890, com a aprovação do Decreto n. 847, o projeto é convertido em lei. Um grande avanço desse código foi a abolição da pena de morte, que era prevista em alguns casos no Código do Império.

Inspirado na Escola Clássica, e com texto liberal, o Código de 1890 estabeleceu o princípio da proporcionalidade entre o delito e a pena, excluiu o arbítrio judicial na fixação da pena, a responsabilidade penal passou a ter como pressuposto a culpabilidade do agente, fez distinção entre autor e cúmplice, bem como entre causa e condição e enumerou as circunstâncias atenuantes e agravantes de forma taxativa, resolvendo a princípio, o equilíbrio de sua influência sobre o *quantum* da pena e fixou em 30 anos o tempo da antiga prisão perpétua.

A despeito disso tudo, foi considerado o pior de nossa História, porque elaborado de forma apressada. Tal sua imprecisão que, tão logo ele nasceu, surgiu a ideia de reformá-lo, inclusive, com um projeto apresentado pelo deputado João Vieira de Araújo, em 1893.

Numa época em que o movimento positivista se destacava, e a República nasceu sob essa ideologia, o Código Republicano caminhava na contramão da direção, ignorando os grandes avanços doutrinários inspiradores do positivismo, o que justificou as severas críticas recebidas.

Mas não é só. Uma nova Constituição foi promulgada em 1891, portanto, no ano seguinte à vigência do Código de 1890, incorporando princípios fundamentais: “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada” (artigo 72, § 15); “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente” (artigo 72, § 19); “Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial” (artigo 72, § 20); “Fica igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra” (artigo 72, §21).

Tamanha eram suas imperfeições que para corrigir-lhe os erros e falhas foram necessárias sucessivas e numerosas leis extravagantes tendentes a completá-lo, transformando-o em verdadeira colcha de retalho.

A primeira delas aconteceu com João Vieira Araújo, em 1893, sem êxito, porém. Depois, em 1913, num projeto de Galdino Siqueira, cujo trabalho não chegou sequer a ser objeto de deliberação pelo legislativo. Em 1928, Virgílio de Sá Pereira publicou seu projeto completo de Código Penal, mas também não obteve êxito.

Embora inspirado nos princípios da Escola Clássica, foi em decorrência da ampla discussão acadêmica e doutrinária gerada por esta Escola e

pela Escola Positivista, segundo Gomes, “que estimulou o nascimento do movimento de reforma do CP de 1890” (GOMES, 2004, p. 301).

Em 14 de dezembro de 1932, pelo Decreto 22.213, torna-se oficial a Consolidação das Leis Penais, formulada pelo Desembargador Vicente Piragibe. Trata-se de um conjunto daquelas leis esparsas, agora reunidas e sistematizadas e que retificaram ou complementaram o Código. Foi publicado sob o título Código Penal Brasileiro.

Após o golpe de 10 de novembro de 1937, durante o Estado Novo, a Alcântara Machado é encarregado um Projeto de Código Penal, o que fez em 15.05.1938, contendo seu trabalho 132 artigos. Em agosto do mesmo ano ele apresenta o trabalho completo (Parte Geral e Parte Especial), com 390 artigos.

Submetido à comissão revisora e em decorrência também dos reparos feitos por esta comissão e das críticas provocadas pela primitiva redação, seu trabalho foi reformulado e entregue em definitivo ao Ministro Francisco Campos. Por meio do Decreto-lei nº 2.848, promulgado em 07.12.1940 e publicado em 31.12.1940 é sancionado o novo Código Penal, que entra em vigor somente em 01.01.1942, vigorando até hoje em nosso país.

Esse lapso que mediou entre a promulgação e a sua vigência (pouco mais de um ano) se deu não só pela necessidade em conhecê-lo, mas também para dar tempo suficiente para elaboração de um Código de Processo, que foi transformado em lei pelo Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Do Código de 1890 até o início de vigência do atual, nós experimentamos mais duas Constituições no ordenamento jurídico pátrio, a de 1934 (promulgada) e a de 1937 (outorgada). Depois disso, tivemos a de 1946 (promulgada), de 1967 e EC n. 01/1969 (outorgada) e a de 1988 (promulgada).

O Código de 1940, no dizer de Noronha, “Era e é um Código Penal eclético como se falou e declara na Exposição de Motivos. *Ascende uma vela a Carrara e outra a Ferri*. É, aliás, o caminho que tomam e devem tomar as legislações contemporâneas” (NORONHA, 2000, p. 62).

Para ilustrar, Carrara pertencia à “Escola Clássica” que recebeu esse nome dos positivistas, com conotação pejorativa. Classificava-se por sua linha filosófica, expressando seu caráter liberal e humanitário. Seus princípios fundamentais eram: a) o crime é um ente jurídico, ou seja, a violação de um Direito; b) a responsabilidade penal tinha por fundamento a liberdade do homem, só

podendo ser punido aquele que agisse livremente (livre arbítrio); c) a pena era a retribuição jurídica pelo mal causado, o que permitiria restabelecer a justiça, a ordem externa na sociedade, por isso a sanção penal deveria ser exemplar, pública, célere, e justa, vale dizer, proporcional ao crime.

Já a “Escola Positiva” ataca o pensamento clássico de combate ao crime, valendo-se de estudos antropológicos do criminoso delinquente e sociológicos do crime, fundando-se num sistema penal de prevenção especial. Seus princípios básicos eram: a) considerar o crime como um fenômeno natural e social; b) a periculosidade do delinquente como fundamento da responsabilidade penal, haja vista ser o homem um ser social; c) a pena se apresentava como medida defensiva da sociedade e seu escopo era recuperar o delinquente ou, então, no mínimo, neutralizá-lo; d) considerava o delinquente um ser psiquicamente anormal, podendo ser classificado em tipos. A esta Escola pertenciam Lombroso e Garofalo.

Embora sob o autoritarismo da Constituição então em vigor (1937) e contendo algumas imperfeições, o Código Penal foi dotado de boa técnica, sendo considerado uma obra harmônica. Com simplicidade na sua redação, permitiu se tornar uma lei de fácil manejo e conhecimento.

Foi influenciado pelo Código Italiano (Rocco, de 1930) e Suíço (1937), mas não adotou a pena de morte e de ergástulo (perpétua) como o fez o modelo italiano. Elege a privação da liberdade como pena principal, reservando a reclusão e a detenção para os crimes, e prisão simples para as contravenções penais e medida de segurança para os inimputáveis e perigosos.

Em relação ao Código anterior, as penas foram elevadas, sendo mantida a responsabilidade objetiva. Também adotou o sistema do duplo-binário (pena e medida de segurança) como resposta ao crime cometido, o que permitia, em certas situações, burlar a proibição da pena perpétua.

Autoritário, e com medidas de segurança indeterminadas, tal qual o Código Rocco, provoca a deterioração da segurança jurídica, sobretudo, pela insuficiência de estabelecimentos penais, restando apenas seu lado repressivo como instrumento de rotulagem e marginalização de grande massa, a ponto de haver uma tentativa frustrada de substituição do Código de 1940, como se verá a seguir.

Além da marginalização, da grande população carcerária e a falta de um tratamento penal adequado que transformavam a execução da pena em escolas

de delinquentes, outras mudanças ocorridas no quadro social, econômico e político brasileiro, na década de 50, incumbiram Nelson Hungria (em 1961) de elaborar um anteprojeto de Código Penal, cujo texto foi publicado em 1963 e, após submetido à revisão, veio a transformar-se no novo Código Penal, sancionado e promulgado pelo Dec. lei 1.004, de 21.10.1969 pelo Governo Militar, e que deveria entrar em vigor, inicialmente, em 01.01.1970.

Após severamente criticado, veio então a Lei n. 5.573, de 1º de dezembro de 1969, alterando o início de vigência do Código para 01.08.1970, enquanto que a Lei n. 5.597, de 13 de julho de 1970 prorrogava sua vigência para 01.01.1972. Posteriormente, a Lei n. 5.749, de 01 de dezembro de 1971 novamente adia seu início de vigência, determinando para sua entrada em vigor a data de 01.01.1973, até que surge outra lei, a de n. 5.857, de 07 de dezembro de 1972 determinando como sendo o dia 01.01.1974 a nova data. Mais uma vez, uma nova lei, de n. 6.063, de 27 de junho de 1974, dando solução diferente, determina que o Código Penal entre em vigor simultaneamente ao de Processo Penal. Finalmente, e no dizer de Régis Prado, “O Código Penal de 1969, como ficou conhecido, teve sua vigência sucessivamente prorrogada até que finalmente foi revogado pela Lei 6.578, de 10 de outubro de 1978”, sem nunca ter entrado em vigor (PRADO, 2004, p. 120).

Em 1980, o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel inicia estudos com o afã de reformar o Código Penal, na sua Parte Geral, assim, como de projetos para elaboração de um novo Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal e, por fim, da Parte Especial do Código Penal e Lei das Contravenções Penais.

Esse procedimento foi dividido em duas etapas, sendo que a última cuidaria apenas da Parte Especial do código que, no dizer de Toledo:

Essa divisão da reforma em duas fases distintas ensejaria antecipar-se a inadiável reformulação do anacrônico, deficiente e insuportável sistema penitenciário brasileiro, bem como encetar-se a tão reclamada atualização dos métodos e da própria estrutura da Justiça criminal de primeira instância (2000, p. 67).

Assim que, em 27.11.1980, através da Portaria 1.043, publicada no Diário Oficial da União, em 01.12.1980, fica constituída uma Comissão encarregada da elaboração do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal, composta por Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Hélio Fonseca, tendo

como presidente Assis Toledo e, constituindo a Comissão Revisora, ficaram encarregados Francisco de Assis Toledo (coordenador), Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Junior.

Esses trabalhos foram concluídos no ano de 1982 e encaminhados à Presidência, convertendo-se os anteprojetos de Código Penal (parte geral) e Lei de Execução Penal em leis, aprovadas pelo Congresso em 11.07.1984, sendo elas as Leis 7.209 nº e nº 7.210, respectivamente, com entrada em vigor em 13.01.1985.

No dizer de Zaffaroni e Pierangeli:

O texto que compõe a nova parte geral constitui uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo tecnocrático da frustrada tentativa de reforma de 1969, posto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos (2004, p. 215).

Um dos grandes avanços foi a retomada do Direito Penal da culpabilidade, quando erradicou as medidas de segurança do Código Rocco (pena e medida de segurança para os imputáveis), reservando a medida de segurança apenas para os inimputáveis.

Sobre as alterações do Código Penal de 1940, ocorridas em 1984, Assis Toledo tem o seguinte entendimento:

A reforma penal, presentemente, como em outras épocas, decorreu de uma exigência histórica. Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento. Isso é inadiável. E que a fisionomia da sociedade contemporânea não é a mesma daquela para a qual se editaram as leis penais até aqui vigentes, é coisa que não deixa margem de dúvidas. A inteligência do homem contemporâneo parece, cada vez mais, compreender que a sociedade humana não está implacavelmente dividida entre o bem e o mal, entre homens bons e maus, embora os haja. Mas sim parece estar predominantemente mesclada de pessoas que, por motivos vários, observam, com maior ou menor fidelidade, as regras estabelecidas por uma certa cultura, e de pessoas que, com maior ou menor frequência, contrariam essas mesmas regras. Não há dúvida, porém, que tanto os primeiros quanto os últimos fazem parte, dentro de uma visão mais ampla, de um certo modo de ser e viver prevalecente em determinada época, modo esse que talvez explique, senão todos, pelo menos um bom número de desvios de comportamento (2000, p. 69-70).

Não que isso signifique, todavia, que seja o Direito Penal o instrumento hábil a impedir todos os desvios de condutas. Também não é ele indicado para combater crimes. A proposta, logo, é a de sua mínima interferência,

para casos extremamente importantes e que exigem medidas e respostas mais enérgicas e, sobretudo, eficazes e justas.

Ademais, o tratamento penal deve obedecer aos preceitos constitucionais consagrados em 1988, atendendo principalmente aos princípios penais como o da legalidade, da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana.

Veja-se que após esse importante acontecimento histórico que foi a promulgação da Constituição de 1988, foram editadas diversas leis que se destacaram no cenário jurídico-penal.

A Lei n. 8.072/90, por exemplo, tratou dos crimes hediondos cujo grande destaque é o seu recrudesimento, dando um tratamento penal mais severo aos delitos ali tipificados, além de novas tipificações, redução de direitos e garantias fundamentais, desproporção nas sanções e, ainda, o endurecimento da execução penal, vedando, inclusive, a progressão de regime e que, após inúmeras discussões jurídicas, inclusive no STF, sofreu, em 2007, uma alteração pela Lei n. 11.464, permitindo, então, que apenas o início do cumprimento da pena se desse em regime fechado.

Ainda nessa linha de recrudesimento do sistema punitivo, seguiu a Lei de Combate ao Crime Organizado (9.034/95), prevendo, dentre outras medidas, a possibilidade de ação controlada pela autoridade policial, o acesso a dados e informações sigilosas, mediante autorização judicial, além da infiltração, por agentes da polícia, na organização, durante a investigação, com vedação de se apelar em liberdade e, depois a Lei n. 9.426/96, que criou tipos penais novos, exasperando, desproporcionalmente algumas penas.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal – 7.210/84 –, que é contemporânea à reforma ao Código Penal, Parte Geral, também foi objeto de inúmeras alterações, com a implantação, pela Lei n. 10.792/2003, do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, que previu, além de outras medidas, a criação de uma Comissão Técnica de Classificação responsável pela elaboração de um programa individualizador da pena privativa de liberdade para adequação tanto do preso condenado quanto do provisório.

O artigo 44 e seguintes, do Código Penal, alterado pela Lei n. 9.714/98, melhor contemplou as penas substitutivas, elevando o direito à benesse para os delitos cuja pena privativa de liberdade fosse inferior a um ano para pena

não superior a quatro anos, ampliando o leque de despenalização, deixando a aplicação da pena privativa de liberdade somente para casos mais graves.

As recentes alterações no Código de Processo Penal trazidas pela Lei n. 12.403/2011, regulando a prisão domiciliar e prevendo outras medidas cautelares diversas da prisão, deixando o cerceamento da liberdade de locomoção somente para os casos mais extremos, também pode ser considerado um grande avanço na legislação, demonstrando preocupação com a aplicação desnecessária que um tratamento mais severo, como medida repressiva e inibitória possa causar no indivíduo, marginalizando-o ainda mais, por delitos de pequena ou média gravidade.

Apesar disso, o modelo político criminal brasileiro, especialmente a partir de 1990, caracterizou-se pela sua tendência repressiva, albergando o interesse estatal da pretensão de punir, o que gerou grande demanda na tomada de políticas criminais mais severas.

Não se olvide, outrossim, da Lei n. 9.605/98 que estabeleceu as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, bem como da Lei n. 11.343/06, que revogou a Lei n. 6.368/76 (Lei de Tóxicos), dando tratamento diferenciado ao usuário de drogas, ou àquele que a cultiva para uso próprio, submetendo-o, doravante, à pena de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Com um Código de Processo Penal de mais de cinquenta anos, havia, no dizer de Mirabete, a “[...] necessidade de uma reforma nas leis processuais com o fim de atualizar aqueles pontos em que a legislação se tornou disfuncional e ultrapassada, [...]”, referindo-se, ainda, ao estabelecimento de ritos mais céleres para apuração de delitos de menor gravidade, mas que ainda se submetiam a um processo arcaico, formalista e burocratizante (2002, p.23).

Sob esse pensamento, foi editada a Lei n. 9.099/95, cujo intuito era dar à sociedade um instrumento mais rápido e eficaz, por conta das severas críticas sofridas pelo Judiciário, muitas vezes tachado de lento. e que, com isso, levava, não raro, à impunidade dos infratores.

Havia, enfim, um grande descrédito quanto à administração da Justiça Penal. Daí a afirmação no sentido de que:

Tudo isso, em última análise, inseria-se nas poderosas tendências rumo à desformalização do processo – tornando-o mais simples, mais rápido, mais eficiente, mais democrático, mais próximo da sociedade – e à desformalização das controvérsias, tratando-as, sempre que possível, pelos meios alternativos que permitem evitar ou encurtar o processo, como a conciliação (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, p. 36).

Pode-se dizer que o legislador sabiamente conseguiu romper com a dogmática, com o sistema clássico do Direito Penal e Processual Pena, tornando a Justiça menos repressiva, harmonizando os interesses do Estado e da sociedade. Essa lei, que posteriormente sofreu um alargamento no conceito de infração de menor potencial ofensivo pela Lei dos Juizados Especiais Federais – 10.259/2001 –, além de abranger, ainda, os crimes sujeitos a procedimentos especiais não contemplados pela Lei n. 9.099/95, possivelmente foi um grande passo para aceitação da aplicação do princípio da insignificância no âmbito criminal, que será abordado mais adiante

## CAPÍTULO II

### A CONSTITUIÇÃO E ALGUNS PRINCÍPIOS PENAIS

#### 2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A RESERVA LEGAL E A ANTERIORIDADE

Autores como Nucci e Greco, atribuem a raiz histórica do princípio da legalidade à *Magna Charta Libertatum* da Inglaterra, em 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra. Seu artigo 39 rezava que “Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos nem faremos por a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do país”:

No free man shall be saized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, exepted by the lawful judgement of his equals or by the law of the land. (CARTA MAGNA, 1965).<sup>1</sup>

Nenhum homem, portanto, poderia ser submetido à qualquer tipo de pena a não ser que o fato estivesse previsto na lei local. Mais do que proibir a utilização da analogia em Direito Penal para definir crimes e cominar as respectivas penas, o artigo 39 se apresentou como início de limitação do Estado, valorizando a liberdade individual que, mais adiante, seria alvo das nações civilizadas.

Há de se ponderar, no entanto que, para o Direito anglo-saxão, a “lei da terra” tinha uma conotação diferente, haja vista que as regras eram fundadas no Direito Natural, de forma que essas leis predominavam sobre o Direito escrito, vale dizer, sobre as leis criadas pelo próprio Parlamento.

A cláusula encontrada na Magna Carta, assim denominada *law of the land*, evidenciou um outro princípio e que estava diretamente ligado ao julgamento legal, nos termos do costume da terra.

Logo, ela tem a ver com outro princípio, de caráter processual: o do devido processo legal, conhecido entre nós por *due process of law*. É ali no artigo 39

---

<sup>1</sup> MAGNA Carta. In: Salisbury.Lord Denning Master of the Rolls, 1965.

então que surge a primeira garantia processual e que tinha como destinatários apenas os homens livres.

Giacomolli, para quem as primeiras manifestações acerca do princípio da legalidade penal nasceram com a Revolução Francesa esclarece:

As origens histórica e política do princípio da legalidade estão nos ideais da Revolução Francesa, onde triunfou o liberalismo político, época do denominado “movimento ilustrado”, como medida para combater o absolutismo (CALEGARI; MAROTO Y VILLAREJO; STRECK, MELIÀ; GIACOMOLLI, 2007, p. 152).

É com Rousseau e sua Teoria do Contrato Social que o princípio da legalidade ganha impulso e relevância. As pessoas somente aceitariam abrir mão do seu estado natural desde que houvesse um pacto que os garantisse fora do arbítrio, vale dizer, somente seriam punidas nas hipóteses elencadas previamente.

No dizer de Prado:

A partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade – verdadeira pedra angular do Estado de Direito – converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito (2004, p. 133).

A Revolução Francesa, consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) também constou em seu artigo XI o princípio da legalidade:

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao delituoso (GOMES, 2010, p. 29).

De igual modo a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 9º trata do princípio da legalidade e da retroatividade nos seguintes termos:

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se (GOMES, 2010, p. 734).

Montesquieu, com sua Teoria da Separação dos Poderes, ao preconizar que somente haveria liberdade se o Poder de Julgar estivesse separado do Legislativo e do Executivo, contribuiu de forma decisiva para impedir que o juiz pudesse usurpar da função própria do Legislativo, caso considerasse como criminosas condutas não contempladas assim pelo legislador.

Influenciado por Rousseau e Montesquieu, Beccaria escreveu em sua obra sobre as consequências desse princípio que: “[...] apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social” (BECCARIA, 1983, p. 15-16).

Segundo Greco (2004, p. 106), é com Paul Johann Anselm von Feuerbach que se atribui a fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, através de seu Tratado de Direito Penal, de 1801, porém, não exatamente da forma como escrita. Citando o autor, informa Batista:

Ao contrário do que se difunde freqüentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla “*nullum crimen nulla poena sine lege*”; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas “*nulla poena sine lege*”, “*nullum crimen sine poena legali*” e “*nulla poena (legalis) sine crimine*” (2007, p. 66).

E, no entender de Teles, o princípio da legalidade, nada obstante apresentar-se em latim, não encontra origem no Direito romano:

[...] apesar de expressar-se, comumente, na fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, não tem, como muitos pensam, sua origem no Direito Romano. Aí, apesar da existência de definições de crimes e penas, a punição sem lei anterior era permitida, a não ser num pequeno tempo, o de Silla e com a *ordo judiciorum publicorum*, em que a analogia passou a ser proibida. No mais, todo o Direito Romano aceitou a aplicação de penas sem prévia definição legal de crimes (TELES, 2004, p. 72).

Durante o período medieval do Direito Romano era comum o castigo de acordo com os costumes, o que permitia o império do arbítrio judicial, razão pela qual não pode ser a ele atribuída a qualidade de postulado típico, alheio que foi à época do Império Romano.

No Brasil, o princípio da legalidade se fez presente em todas as Constituições. A do Império, de 1824 (art. 179, § 11); a de 1891 (art. 72, § 15); a de 1934 (art. 113, § 26); a de 1937 (art. 122); a de 1946 (art. 141, § 27); a de 1967 (art. 153, § 16) e, atualmente, no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de

1988, cuja redação é a seguinte: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (GOMES, 2010, p. 29).

Também constou nos dois Códigos Penais Brasileiros que precederam ao atual. No Código Criminal do Império (1830) em seu artigo 1º: “Não haverá crime ou delito sem uma lei anterior que o qualifique” e também no artigo 33: “Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio” (PIERANGELI, 2001, p. 237 e 241).

O Código Penal Republicano de 1890 assim consignava em seu artigo 1º:

Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não sejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas (PIERANGELI, 2001, p. 273).

Constitui-se o princípio da legalidade estrutura fundamental do próprio estado de Direito e verdadeira viga-mestra da ordem jurídico-penal. É portanto, garantia constitucional fundamental de todo homem. Trata-se de instrumento indispensável para segurança jurídica do cidadão, pois, através dele assegura-se a todos não sujeitar-se às punições, salvo se houver previsão legal neste sentido.

Volta-se contra qualquer invasão arbitrária por parte do Estado, resguardando aos membros da coletividade o Direito à liberdade, bem como a de somente se submeter a uma sanção se o fato por ele praticado estiver anteriormente previsto em lei como crime.

Com ele, o poder absoluto que se encontrava nas mãos do soberano já não mais se sustenta, ficando o Estado cerceado de praticar qualquer tipo de arbitrariedade contra os cidadãos. Doravante todos, indistintamente, devem obediência à lei, inclusive o próprio Estado.

Qualquer inflição de pena deve pressupor, destarte, não só uma lei preexistente ao fato, mas também que a pena esteja previamente delimitada.

Daí porque o princípio da legalidade erradiar dois outros princípios: o da reserva legal e o da anterioridade.

Pelo princípio da reserva legal, ou, no dizer de Prado, da “intervenção legalizada” (2004, p. 132), somente a lei, em sentido estrito, deve ser capaz de definir crimes e cominar penas. Essa legitimidade de disciplinar leis penais decorre da manifestação da vontade popular, encontrando guarida na própria Constituição que atribui somente ao Poder Legislativo a incumbência desta tarefa.

Assim, somente a lei em sentido formal, vale dizer, emanada do Poder Legislativo e respeitando o procedimento previsto na Constituição, será apta a fazer com que um diploma legal possa vir a fazer parte do nosso ordenamento jurídico-penal. Não tem o Executivo legitimidade para editar leis penais, sob pena de violação do princípio da legalidade formal e consequente inconstitucionalidade.

Nas lições de Pedroso ele assevera que:

Fato algum poderá receber o rótulo de *crime*, com as devidas implicações jurídicas, se a lei penal não se houver antecipado à sua ocorrência. Qualquer episódio unicamente terá ensanchas à sua consideração como delito se lei anterior o previu e descreveu com esta natureza. Crime, por conseguinte, somente é o fato que obteve anterior consagração legal (1993, p. 12).

Essa obediência aos trâmites previstos constitucionalmente para edição de determinado diploma legal ou, como se refere o próprio texto constitucional, espécies normativas, entretanto, não devem ser, por si só, considerado como suficiente para criação de leis penais, sobretudo porque hoje vivemos em um Estado Democrático de Direito que prima também pela pretensão da adoção de um modelo penal garantista, ultrapassando as fronteiras da mera legalidade formal.

É, portanto, importante atentar-se para o fato de que a mera lei aprovada pelo Parlamento, em matéria de incriminação, deve também observar aquilo que se denomina de legalidade material, vale dizer, seu conteúdo, proibições e imposições para garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Como veremos no capítulo que tratará do princípio da insignificância, a lei penal deverá ter por objeto a proteção de bens jurídicos valiosos, ou seja, somente poderá incriminar aquelas condutas que ofendam concretamente um valor ou um bem, que produza um resultado juridicamente relevante. Daí porque o Direito Penal não se prestar para defesa de valores morais.

Tratando da tipicidade penal, Gomes disserta:

Em consequência do exposto (e diferentemente do que nos ensinou grande parte da clássica doutrina penal do século XX) o juízo de tipicidade penal não se esgota na constatação da mera subsunção (formal) do fato à letra da lei. Essa subsunção é (absolutamente) necessária, porém, não suficiente (2004, p. 150).

Esse entendimento reforça a ideia de que o legislador deve estar atento não somente aos aspectos procedimentais na elaboração de uma lei penal, senão também quanto aos seus valores, aquilo que ela almeja proteger.

O princípio da legalidade não exerce função apenas constitutiva, no sentido de se estabelecer “positividade jurídico-penal”, no dizer de Batista (2007, p. 68), embora seja sua principal característica. Através da lei não se conhece apenas aquilo que é proibido, mas sabe-se também aquilo que é permitido.

Por isso é que a lei penal deve ser irretroativa, para valer somente após o fato e nunca antes dele. Trata-se de verdadeira reação contra as leis *ex post facto*, postulado garantidor da segurança jurídica.

Este é corolário do princípio da legalidade. Nele se expressa, assim, a exigência da atualidade da lei, vale dizer, é imprescindível que ela alcance somente os fatos cometidos depois de ter ela iniciado sua vigência, não alcançando fatos anteriores.

A lei penal nunca deverá retroagir para prejudicar o réu, seja criminalizando condutas anteriormente consideradas lícitas, seja piorando a situação da pena ou de sua execução.

O artigo 5º, XL, da Constituição Federal, reforçando o princípio da legalidade (inciso XXXIX) assim assegura: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (GOMES, 2010, p. 29).

No dizer de Greco, quando trata da irretroatividade da lei penal maléfica ele assevera:

Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei incriminando-o (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*) (2004, p. 107).

Logo, somente a lei é que pode dar a certeza da proibição. E mais, deve ser sempre anterior ao fato. Este é, portanto, regido pela lei do seu tempo (*tempus regit actum*).

Nenhuma lei que incrimine determinada conduta ou agrave sua pena poderá ter efeitos pretéritos. Isso causaria inequívoca violação ao princípio da reserva legal. Seu escopo é oferecer, à sociedade, parâmetros necessários que orientem o comportamento do grupo social.

Disso surge outro consectário: toda lei penal deverá ser escrita, isto é, elaborada e promulgada de acordo com o devido processo legal constitucional, tanto na criação de crimes quanto na cominação ou majoração das penas, fixando-lhe os limites mínimo e máximo.

Desta forma não cumpre ao costume exercer esta tarefa. Inviável a invocação do Direito consuetudinário para fundamentar a incriminação de uma conduta ou agravar-lhe a pena prevista.

É que Direito brasileiro não é criado com base nos costumes (*Common Law*), pertencendo ele à *Civil Law* (Direito escrito).

Não quer significar isso que os costumes devam ser rechaçados por completo do âmbito penal, haja vista irradiarem eles grande relevância para explicação e justificação da proibição de determinado comportamento. Acreditamos que não podem nem devem ser suficientes para criminalizar certas condutas, embora seja verdadeira fonte de Direito penal, haja vista refletir os valores de uma sociedade em dada época histórica. Ademais, podem eles ser válidos também na interpretação desta mesma lei penal, atuando em alguns casos, como causa supralegal de exclusão da ilicitude, explicitando porque aquele comportamento não ofende mais o corpo social.

Como ensina Batista: “Podemos, assim, concluir que o princípio da legalidade proíbe a intervenção dos costumes apenas – porém incondicional e totalizantemente – no que concerne à criação (definição ou agravamento) de crimes e penas” (BATISTA, 2007, p. 71).

E, para que uma lei tenha vigência, ela necessita ser aprovada, promulgada e devidamente publicada, vale dizer, circular através da imprensa oficial e sem nenhum vício, o que não se pode fazer com as regras costumeiras. Daí porque só poder considerar válida a lei escrita (*lex scripta*) como instrumento apto a criminalizar crimes a fixar-lhes as respectivas penas.

Outro corolário do princípio da reserva legal é o da taxatividade que é a certeza da lei. Quando esta cria o tipo penal, deve dizer com toda sua clareza em seus termos quais determinadas condutas ela está criminalizando.

Não pode uma lei usar de expressões equívocas, deixando margem a dúvidas, devendo evitar ao máximo o emprego de tipos incriminadores genéricos ou vagos.

A descrição lacunosa viola o princípio da segurança jurídica, que exige precisão na redação do texto legal. Do contrário, ficaria nas mãos dos juízes a função de definir se a conduta praticada pelo agente é ou não delituosa.

Sendo ela acessível a todos e não só ao jurista, desempenhará a lei também com sua função pedagógica, já que permite à comunidade valorar o comportamento humano, ideal este que infelizmente, parece estar cada vez mais distante no estágio atual.

A lei penal, sobretudo a incriminadora, deve ser dotada de clareza, precisão e determinação quanto ao seu conteúdo, bem como quanto às suas consequências. Este princípio, que é dirigido ao legislador, como técnica na elaboração das leis, se estende de igual forma aos órgãos jurisdicionais e ao intérprete do Direito para que possam compreender o substrato dessas normas.

Um fato só poderá ser criminoso se corresponder perfeitamente àquilo que a norma o descreve. Condutas assemelhadas ao que está descrito na lei não são crimes. É indispensável a subsunção entre o fato e a lei, daí porque a vedação da criação de tipos penais vagos ou imprecisos.

Discorrendo acerca do princípio da taxatividade, Prado esclarece:

[...] significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. A exigência de determinação se refere não só à descrição das condutas delitivas, mas também na fixação dos marcos ou margens penais, que, quando excessivamente amplos, colidem com o princípio da legalidade (2003, p. 23).

O princípio da taxatividade limita, portanto, não só o arbítrio do legislador como também o do judiciário. De nada adiantaria o princípio da legalidade se a lei penal não estivesse dotada de clareza na criação dos tipos penais, pois permitiria que o subjetivismo dos juízes ofuscasse a clareza da lei impedindo que esta alcançasse seu objetivo.

É garantia do cidadão contra o arbítrio judicial. Neste sentido vem a lição de Costa:

A exigência de lei para criação das normas penais seria inútil, se não fosse completada pela determinação de descrição específica do comportamento proibido e da delimitação da sanção penal cominada à conduta vedada, que se completam para realização da vedação do arbítrio e da discricionariedade estatal (2007, p. 67).

Como se vê, não é apenas a descrição exata do tipo penal incriminador que integra o princípio da taxatividade. A quantificação abstrata da pena, prevendo seu mínimo e máximo atende também a proibição de incriminações vagas e indeterminadas e isso também vale para as medidas de segurança.

Essa quantificação deve existir para permitir a graduação da fixação da pena considerando a gravidade da conduta e do resultado por ela provocado. Logo, se estabelece uma escala de merecimento a ser avaliada pelo juiz que, só depois disso, poderá escolher qual pena irá infligir ao réu, atendo-se aos estritos termos da lei, vale dizer, entre o mínimo e o máximo abstratamente fixados.

Toda essa ponderação para fixação da reprimenda penal nada mais é do que senão a individualização da pena, prevista no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

A clareza da pena impede qualquer arbítrio ou violação tanto na fixação da pena quanto na sua execução. E, entre nós, é vedada aquilo que Liszt chama de sentença indeterminada, ou seja, aquela que “(...) a sentença judiciária não fixe a pena: a pena imposta – talvez nos limites de um máximo e de um mínimo – deve ser afinal graduada, tendo-se por base a verificação ulterior e exata do carácter (*sic*) do delinquente” (LISZT, 2006, p. 118).

É que este tipo de fixação da pena em momento posterior e não previamente determinado gera insegurança e permite ao julgador que fixe a pena ao seu livre arbítrio, sem se preocupar com parâmetros razoáveis, dando margem à ilegalidade e muitas vezes fixando penas abusivas, desnecessárias ou desproporcionais.

Outro importante princípio irradiado pelo da legalidade é o da anterioridade.

Já dissemos que a lei penal deve ser anterior ao fato praticado, e que ela não deve retroagir para prejudicar, seja incriminando determinada conduta anteriormente considerada lícita, seja agravando a pena do agente.

A retroação da lei para alcançar o *ante factum* impunível afrontaria as garantias constitucionais salvaguardadas na nossa Constituição, sobremaneira, a da segurança jurídica, da legalidade e a individualização da pena.

A lei penal, assim, é editada sempre para valer para o futuro, só podendo alcançar o passado se for para beneficiar o réu, seja minorando suas consequências penais, seja descriminalizando certos delitos. Isso vale também para as medidas de segurança.

Admitir-se o contrário equivaleria abrir as portas às incontáveis arbitrariedades estatais e renegando qualquer garantia de que nenhum cidadão possa ser incriminado, salvo por fato previamente descrito na lei como crime e que, da noite para o dia ninguém seja surpreendido sob a acusação de um delito inexistente à época do fato.

E, como assevera Toledo, “Fiquemos, pois, com o princípio da reserva legal em suas linhas tradicionais. Disso não teremos que nos penitenciar, um dia, como ocorreu em alguns países da Europa, em épocas de triste memória” (2000, p. 25).

## 2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Historicamente, o Código de Hamurabi é indicado como sendo a primeira redação unificada em um corpo de leis, de concepção racional e humana. Isso ocorreu no 18º século A.C., quando “[...] a Babilônia teve um rei, Khammu-rabi, conhecido entre nós como Hamurabi” (PRADO, 2004, p. 3). Esse documento legal atualmente se encontra no museu de Louvre, em Paris, e foi transcrito em “uma pedra de dois metros e vinte e cinco centímetros de altura” (ROSA, 2001, p. 26), datado de 1965 a.C.

Seu reinado durou de 1792 a 1750 A.C. Não se pode olvidar, outrossim, nessa época, da existência da Lei do Talião, que apareceu inclusive, no próprio Código de Hamurabi.

O *talião* (de talis – tal) surge com o escopo de eliminar os excessos limitando a ofensa a um mal idêntico ao perpetrado (olho por olho, dente por dente, sangue por sangue). Esse teria sido o maior exemplo de aplicação do princípio da isonomia, já que permitia tratamento igualitário entre vítima a infrator.

Ressalte-se que, possivelmente, tenha sido este o primeiro ensaio, a primeira tentativa de humanizar a sanção criminal, traduzindo-se num grande avanço na história do Direito.

O Código de Hamurabi trazia várias regras. Por certo havia várias disposições que ainda não guardavam o princípio da proporcionalidade, como exemplificativamente o do art. 204 daquele Código, já que as dez seguintes gerações pagavam pelo delito cometido pelos seus antepassados.

Todavia, no Capítulo 12, quando trata dos delitos e das penas (art. 196 e seguintes) vê-se claramente a aplicação do “olho por olho, dente por dente”.

Entre nós, a proporcionalidade é também conhecida como razoabilidade ou proibição de excesso, princípio este típico de um Estado Democrático de Direito e que se coaduna com um de seus fundamentos, como o respeito à dignidade humana (art. 1º), e também quanto aos seus objetivos fundamentais como a construção de uma sociedade livre e justa (art. 3º), todas consagradas na Constituição.

Seu escopo é a vedação de intervenções penais estatais desnecessárias ou mesmo excessivas e é endereçado tanto ao Legislativo quanto ao juiz. Assim, sempre que o legislador não cumprir seu papel ajustando-se a este princípio, isto é, sempre que ele elaborar leis cujas ingerências sejam absolutamente desnecessárias, inidôneas e desproporcionais para consecução de seus fins, caberá ao judiciário adequá-lo mediante juízo de ponderação.

Fazendo alusão à atividade legiferante, Bianchini tece as seguintes considerações:

O ato de criação normativa deve, portanto, medir os interesses colidentes, considerando em seu cálculo a função dos valores subjacentes a cada um deles e buscar, com desforço, conciliá-los e, somente em não logrando sucesso, optar pelo sacrifício de um em benefício de outro. O princípio da proporcionalidade auxilia nesta escolha (2002, p. 85).

A resposta penal deve então, ser dada na medida exata: nem mais nem menos, sob pena de não cumprir seu papel ao qual está destinada. A gravidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do fato e do resultado dele decorrente.

Para Silva (2010b, p. 128), “[...] não se justifica que uma lei constrictiva incida sobre os direitos fundamentais individuais de forma desproporcional ao grau de agressão e importância do bem jurídico afetado”.

A pena, por afetar diretamente a restrição da liberdade deve ser absolutamente necessária para alcançar seu objetivo. Essa reação penal há de ser também de tal modo que onere o quanto menos possível o indivíduo, de forma que, havendo alternativa entre uma medida privativa de liberdade e uma medida restritiva de direitos, deverá o juiz avaliar qual delas é a resposta na medida certa. Trata-se, portanto, de adequação dos meios para realização do interesse público.

Neste caso, repita-se, é a ponderação que irá servir de parâmetro na escolha da cominação legal, estando vedada, destarte, a pena exemplar, vale dizer, aquela que não cumpre seu fim social, exercendo função meramente repressiva e ilustrativa.

Se o resultado obtido com a intervenção estatal não for proporcional à carga coativa, se o sacrifício de bens for maior que os males a evitar, falecerá justeza na medida e, certamente, estará ocorrendo violação ao princípio da proporcionalidade.

É preciso que se escolha dentre os meios disponíveis, qual deles irá se adequar da forma menos onerosa possível para o indivíduo, visando sempre sopesar quais as vantagens do meio em relação as vantagens do fim pretendido.

Se uma reprimenda se mostra, desde o início, incontestavelmente desproporcional, deve ser ela corrigida, seja afastando-a por completo, seja minimizando-a para que suas consequências não sejam piores e mais graves do que o próprio fato em si, e isso é perfeitamente possível numa legislação como a nossa que permite a comparação diante das diversas alternativas postas pelo legislador infraconstitucional.

Esta atividade, quando exercida pelo juiz, adequando a pena à gravidade do delito e aos princípios constitucionais, está em perfeita consonância com o da divisão dos poderes, exatamente por valorizar a harmonia e a independência entre eles.

O princípio da proporcionalidade existe para desengessar a carga exagerada trazida pelo positivismo jurídico no decorrer da História e que acabou afastando das discussões jurídicas as questões concretas e relevantes para a sociedade.

A título de exemplo, citamos o furto simples e o qualificado (artigo 155 e § 4º). O primeiro é apenado com reclusão de um a quatro anos e multa, podendo iniciar o cumprimento da pena em regime aberto se não for reincidente, ou

ainda ter sua pena comutada por uma restritiva de direitos ou multa. Se o furto é qualificado, a pena eleva-se para o patamar de dois a oito anos de reclusão, podendo iniciar o cumprimento da pena em regime aberto ou semi-aberto, neste último caso, sendo fixada a pena superior a quatro anos. Também não terá Direito à substituição da pena como no caso do furto simples.

Até aqui, tudo normal. Agora, imagine-se um caso real em que o indivíduo subtraia para si um veículo. Ele estaria cometendo um furto simples com todas as vantagens acima expostas. Todavia, se este mesmo indivíduo, ao invés de subtrair o veículo com tudo que lhe acompanha, apenas quebre o vidro ou use uma micha para abrir a porta do carro e se apoderar de uma camiseta que se encontra dentro do seu interior. Neste caso, estará ele cometendo furto qualificado com penas extremamente mais graves do que se tivesse levado o veículo.

Ao se deparar com situações como essas, caberá ao magistrado sopesar diversos fatores como a conduta do agente, o mal causado, vale dizer, o prejuízo suportado pela vítima de modo que, quebrando paradigmas, fixe equitativamente, a pena mais justa, com olhares à concretização de uma justiça material.

Essa atividade judicial em busca da pena adequada é possível porque é regra em nosso Direito, a fixação em abstrato de um grau mínimo e um grau máximo de pena e que pode variar quando de sua análise e aplicação, observando-se ainda, a gravidade daquilo que foi produzido pelo agente em consequência da infração penal por ele perpetrada.

Por isso é que este caminho que o juiz percorre, desde a observação da conduta e do resultado até a fixação da pena, é denominado de processo de individualização da pena, princípio este que também vem assegurado no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Por tais razões é que o Código Penal (artigo 59) estabelece ao juiz a análise dos diversos aspectos, tais como a culpabilidade, a conduta social do agente, seus antecedentes, sua personalidade, motivos e circunstâncias do crime, além do comportamento da vítima, para, só então, estabelecer dentre as penas previstas, àquela necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Tudo isso denota que o Direito Penal não pode infligir sanções gratuitas ou desnecessárias. Deve ele atender a tais requisitos para que possa bem cumprir seu papel na sociedade.

O Direito Penal não serve para combater crimes. Essa função deve ficar a cargo da implementação de políticas públicas, sérias e eficazes. A pena exerce outro papel, de resposta, mas também de prevenção à prática de futuras infrações penais. E, como veremos em outro capítulo, ao tratar da intervenção minimalista do Direito Penal, abordaremos melhor a questão da prevenção, a qual vem sendo utilizada de forma equívoca pelo legislador.

Como se vê, a pena exerce função relevante na sociedade e, para que ela seja eficaz, deve guardar absoluta proporcionalidade, sob pena de contrastar com seu fim utilitarista.

No dizer de Greco, “As penas devem ser, portanto, *qualitativa e quantitativamente*, necessárias e suficientes à reprovação e prevenção de crimes” (GRECO, 2010, p. 104).

Não é, destarte, livre arbítrio do julgador escolher qual pena mais lhe agrada. Existem critérios predeterminados pela própria lei que lhe permitirá sopesar dentre as modalidades à sua disposição, qual delas se adaptará ao caso concreto, seja ela uma pena privativa de liberdade, seja restritiva de direitos ou simplesmente uma multa.

A proporcionalidade lhe indicará que não poderá ir além ou aquém do necessário. Logo, toda vez que entre o bem lesionado ou posto em perigo concreto, e o bem do qual poderá alguém ser privado houver um claro desequilíbrio, ou seja, sempre que a gravidade do fato não corresponder com a gravidade da pena, estará havendo ofensa a este princípio.

Diante disso pergunta-se: e quando as soluções apresentáveis redundarem em conflitos de direitos ou entre um e outro interesse, o que fazer?

A resposta está com Barros:

Na solução do conflito, é preciso desvendar o seguinte paradigma: se quaisquer das soluções afrontarão direitos, qual a solução menos injusta, ou seja, qual a solução que, dentro das desvantagens, apresentará mais vantagem à solução do litígio, de modo a dar-se a solução concreta mais justa? (2003, p. 19).

Assim é que, através de uma minuciosa valoração desses interesses é que o magistrado decidirá qual das medidas deve prevalecer entre um e outro interesse, infligindo sempre as restrições apenas e absolutamente necessárias à

garantia de outros bens jurídicos. Neste sentido, afirmamos que a proporcionalidade é dar a cada delinqüente a devida pena, ou seja, o justo merecimento.

### 2.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma das raízes da dignidade da pessoa humana, segundo Greco, pode ser encontrada no cristianismo (verdadeiro), que também cita a igualdade e o respeito entre homens e mulheres, livres ou escravos, cujo exemplo está personificado na pessoa de Jesus (GRECO, 2010, p. 55).

Séculos adiante, o Iluminismo, tido como o período das luzes, também foi de suma importância para o reconhecimento e a consolidação desse princípio, defendendo tratar-se de um valor a ser observado e respeitado por todos.

A dignidade não é senão um valor interno, de ordem moral e espiritual existente em cada pessoa, em maior ou menor grau, revelando-se por intermédio da autodeterminação, da responsabilidade e do respeito com relação aos demais membros da sociedade, e até consigo mesmo, de forma a não menosprezar todas as outras pessoas enquanto seres humanos.

Esse princípio de base sólida possui duplo entendimento: o primeiro deles consiste na proteção individual, vale dizer, garante que nem o Estado, nem as demais pessoas perpetrem arbitrariedades contra a pessoa. O segundo, é que assegura o dever de tratamento equitativo, igualitário dos seus semelhantes.

É, por corolário, um verdadeiro dever fundamental, dever este que, no entender de Moraes (2000, p. 61), “[...] resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido)”.

Outro aspecto relevante para a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana reside no fato de que, ao estudá-lo, se deve observar outros aspectos como o momento histórico, a cultura regional que impera entre determinada sociedade de forma que, o que para uns possa parecer aviltante, para outros encontra-se dentro do padrão de normalidade, e que portanto, não viola a dignidade humana.

A este princípio é atribuído o caráter inalienável e irrenunciável. Todos são portadores desse valor, inclusive o mais vil criminoso, isso porque se trata de qualidade inerente ao próprio ser humano, não podendo ser suprimido.

Logo, torna toda pessoa merecedora de respeito por todos, inclusive, pelo Estado. Esse valor, que vem positivado no artigo 1º, inciso III, da nossa Constituição de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, já havia sido corporificado no preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada do ano de 1789, como sendo direitos inalienáveis e sagrados do homem, e cujo escopo era, também a conservação da Constituição, visando ainda à felicidade geral.

Já durante o século XX, segundo Greco:

[...] principalmente após as atrocidades cometidas pelo nazismo, presenciou o crescimento do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como sua formalização nos textos das Constituições, principalmente as democráticas. Merecem ser registradas as considerações que levaram à proclamação da Declaração Universal dos direitos Humanos, de 1948 [...] (2010, p. 57).

Portanto, esse princípio funda-se no repúdio e desprezo ao desrespeito aos direitos humanos, objetivando evitar qualquer ato ultrajante à dignidade das pessoas e cabendo ao Estado primar por esta proteção.

Dado o seu alto grau de generalidade e abstração, deve ser observado como um vetor de todos os demais princípios fundamentais, aplicável em todas as ciências do Direito, inclusive a penal.

Tão importante é ele, que o próprio legislador constituinte entendeu necessário torná-lo expreso no texto constitucional, conferindo-lhe supremacia para orientação de outros princípios dele decorrentes. E, sendo o Estado o máximo guardião deste princípio, não pode ele negligenciar, sob pena de grave atentado contra o Estado Democrático de Direito, embora isso ocorra amiúde.

Ainda, nas lições de Greco (2010, p. 61), ele assevera que “O Estado, como sempre, parece não andar com a velocidade necessária [...]”, referindo-se ao fator negligência-ineficiência, pois parece nunca conseguir implementar tais direitos dada a tamanha burocracia e morosidade que o próprio sistema lhe proporciona.

Isso, quando não é ele mesmo que, mediante ação pratica violência contra essa garantia. Basta lembrar o episódio recentemente ocorrido contra uma escritã investigada de corrupção e que teve suas vestes arrancadas à força pelas autoridades legalmente constituídas, demonstrando um exemplo típico de violação da dignidade da pessoa humana.

Nada obstante a ampla abrangência deste princípio, já que a dignidade da pessoa humana pressupõe diversos outros fatores como moradia, saúde, lazer, segurança, trabalho, entre outros aspectos, abordaremos aqui apenas seu viés penal, no afã de demonstrar que o homem não pode ser transformado em mero objeto ou instrumento, haja vista que estes valores lhes são intrínsecos.

É neste sentido que o poder estatal sofre limitação (material), ou seja, impede o Estado de fixar discricionariamente, sem critérios claros e precisos, penas absolutamente severas a quem as sofre. O princípio da dignidade da pessoa humana tem por escopo esta proteção, sendo que seus destinatários são não só o Estado, mas, também, a coletividade.

Desta forma, a pena só há de ser infligida ao indivíduo delinquente na medida em que não exista outra possibilidade de retribuir-lhe, balizadamente, os malefícios causados por sua conduta. É exatamente esse limite que o legislador não pode ultrapassar. Ela há de ser, portanto, intransponível, sob pena de o próprio Estado transformar-se de estado de Direito para estado autoritário, deslegitimando o Direito, transformando-o em mera força, em Direito Penal do terror.

Por isso a dignidade da pessoa humana há de ser sempre respeitada e tal somente se realizará em sua plenitude quando houver um reconhecimento de sua importância e essencialidade tanto para o indivíduo quanto para a comunidade da qual integra.

Daí porque quando se fala que a dignidade exerce seu papel limitador à atuação estatal, Bianchini esclarece:

[...] deve prevalecer o entendimento de que a idéia de dignidade encerra a de um direito a ser oposto ao Estado, nunca de uma obrigação a ser desempenhada. A questão a ser discutida, portanto, refere-se à extensão da liberdade que o Estado outorga ao particular, ou que reconhece no particular, para determinar, ou aceitar, o sentido e o conteúdo de sua dignidade (2002, p. 114).

Não pode, por isso, o juiz aplicar qualquer tipo de pena vexatória, degradante ou humilhante considerando ainda, a situação de cada condenado, de forma que, enquanto que para alguns possa parecer normal o cumprimento de prestação de serviços à comunidade, como por exemplo varrer uma calçada, para outros pode soar como uma ofensa à dignidade humana.

Imagine-se uma situação na qual tenhamos dois condenados pelo mesmo delito: um desempregado, outro médico. A pena aplicada para ambos é exatamente a mesma. Todavia, há de considerar que o ato de varrer uma rua ou calçada embora não seja humilhante ou degradante por si só, quando se apresente como uma resposta penal, pode soar como vexatória pelo papel social desempenhado pelo médico, enquanto que para o desempregado não.

Tanto que a própria Lei de Execução Penal determina que seja observada a condição e a situação de cada condenado.

Outro ponto importante é que o princípio da dignidade da pessoa humana pode sofrer relativização, não tendo, portanto, sempre caráter absoluto.

Tomemos por base o exemplo de um indivíduo que tenha praticado um delito de alta gravidade ou repercussão social, um roubo, por exemplo. Neste caso, teremos dois valores para serem balanceados: o Direito à liberdade do delinquente (dignidade) e a proteção de outros bens jurídicos integrantes da sociedade (segurança).

Aqui, teremos um caso típico de um valor individual (liberdade) e um valor coletivo (segurança). Neste caso, é através do critério de ponderação que o juiz irá aferir se, concedendo a liberdade, estará colocando em risco a vida e a segurança das demais pessoas. Se a resposta for positiva, então será lícito ele privar, ainda que cautelarmente, a liberdade do criminoso para proteção de uma pluralidade de bens ou interesses legitimamente tutelados pelo Direito.

Ressalte-se, entretanto, que tal fato não dá direito ao Estado-juiz de permitir que essa privação da liberdade seja cumprida em lugar ou de forma degradante ou humilhante.

Também não é possível que se permita a tortura ou outro meio que possa comprometer a dignidade da pessoa humana, sob o pretexto de conseguir dela sua confissão, sob pena de surgir uma nova figura: o Estado criminoso.

Assim, mesmo que existam dois interesses incompatíveis entre si, o juiz, através do critério de ponderação, deverá harmonizá-los de forma a preservar sempre a dignidade e buscando se aproximar, ao máximo, do conceito de justiça material.

Por tais razões, a dignidade da pessoa humana há de ser considerada como fim, aquilo que se persegue, daí porque rechaçar qualquer ideia de coisificar ou instrumentalizar o ser humano. Este, em virtude de sua condição

humana, já nasce como titular de direitos e deveres, atributos estes que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes.

Por isso ela (dignidade) é irrenunciável. É ela que qualifica o ser humano, que lhe faz merecedor de apreço, qualidade esta que não lhe pode ser retirada, devendo sempre ser respeitada, protegida e promovida, sobretudo, pelo Estado.

E, quando nos referimos à proibição de instrumentalização do homem, o fazemos no sentido de que é vedada a utilização de pessoas para alcançar um fim já que, como dissemos alhures, a dignidade deve ser o próprio fim e não o meio, para que ela não seja descaracterizada.

É com todos esses atributos que Sarlet qualifica este princípio:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2004, p. 59-60).

Tão importante é ela que não só foi positivada no nosso ordenamento jurídico, como também foi erigida à categoria de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inaugurando, a seguir ao preâmbulo, o texto constitucional, deixando o nosso constituinte originário transparecer inequivocamente a qualidade de estrutura na formação das demais normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

E, nada obstante deite raízes no cristianismo, fato é que sua posituação é recente, ocorrendo ao longo do século XX, sobretudo, a partir da Segunda Guerra Mundial e os horrores proporcionados pelo nazismo de Hitler.

Atônitos, a sociedade passa a reconhecer a necessidade de o ser humano ser tratado condignamente, refletindo esta atitude no reconhecimento expresso nas Constituições, aliás, princípio este já reconhecido anteriormente - ao

trágico episódio que marcou história na humanidade - na própria Constituição Alemã de 1919 (art. 151, I).<sup>2</sup>

A dignidade da pessoa humana também foi reconhecida e consagrada pela Declaração Universal da ONU (1948).

Assim, qualquer excesso irrazoável cometido pelo Estado pode tornar evidente o desprezo estatal, frustrando um direito básico que assiste a qualquer cidadão. Isso agride frontalmente o postulado da dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor-fonte do ordenamento constitucional vigente e que consagra um dos fundamentos da ordem republicana e democrática.

Ofensas como tais não passam de mera vingança, retratando a impotência na resolução dos problemas que lhes são afetos, revelando-se verdadeiro abuso incompatível com o Estado moderno, já que se trata de inequívoca ofensa intolerável.

Enfim, é no dizer de Nunes (2002, p. 46), “freio da bestialidade possível da ação humana”, a base sólida que fundamenta todo o sistema constitucional, aquele que irá trazer equilíbrio e harmonia entre sociedade, indivíduo e Estado, não se perquirindo se aquele ser humano é, por natureza, bom ou mau, se fez por merecer.

Como esclarece Perelman:

Se é o respeito pela dignidade da pessoa que fundamenta uma doutrina dos direitos humanos, esta pode, da mesma maneira, ser considerada uma doutrina das obrigações humanas, pois cada um deles tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano, em sua própria pessoa bem como nas das outras. Assim também é o Estado, incumbido de proteger esses direitos e de fazer que se respeitem as obrigações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva de manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania (2005, p. 401).

Logo, por se tratar de uma conquista, ela é inata, faz parte de todo o ser, desde o seu nascimento e independe de classe social, sendo, portanto,

---

<sup>2</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]  
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

verdadeira garantia, atributo este indelével à condição humana e responsável pelo equilíbrio da ordem jurídica.

E, na interpretação de todas as demais normas jurídicas, deve sempre repousar a dignidade da pessoa humana, que as iluminará quando da ponderação do caso concreto, sendo dever de todos os operadores do Direito implementá-la, tornando-a concreta e eficaz, permitindo uma atuação equilibrada do Direito Penal.

## CAPÍTULO III

### POLÍTICA CRIMINAL

#### 3.1 LINEAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS PARA CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO SOBRE BEM JURÍDICO

Ultimamente, o Poder Executivo nacional, com apoio incondicionado do Legislativo, tem nos demonstrado que estamos caminhando na contramão da direção, propondo criação de leis quando, então, deveria investir em políticas públicas de segurança.

As batalhas sangrentas que marcaram o passado, as mortes atrozes perpetradas pela Igreja, os horrores proporcionados pelo holocausto, enfim, nada disso parece ter despertado nossos governantes para o fato de que toda essa barbárie vivenciada pela humanidade é que impulsionou a sociedade, de um modo geral, para o reconhecimento e a necessidade da valorização da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o regime de repressão militar foi responsável pela prisão e banimento de muitos sob o pretexto de subversão da ordem. E o que os protestantes queriam? O fim da repressão, um regime democrático que pudesse representar a vontade popular, a busca por uma sociedade mais fraterna, justa e solidária.

A tão sonhada democracia, enfim, brotou. Pudemos escolher nossos representantes para o exercício dos Poderes do Estado. Muitos deles “vítimas” da repressão militar, os quais um dia foram banidos por terem lutado por um mundo melhor, e que puderam regressar ao país após longos anos de exílio.

Então não se justifica, hoje, que essas mesmas pessoas descurem dos valores sociais que promovem o bem estar das pessoas, tais como escolas de bom nível, boa saúde, habitação e emprego, elementos básicos para dignificar o homem garantindo-lhe a inclusão no meio social.

O Estado mostra-se impotente e indiferente às questões de segurança. Não desempenha seu principal papel, sendo omissos em relação à implementação de políticas públicas. Está sempre procurando eximir-se de responsabilidades imputando seu fracasso ao Poder Judiciário, o que faz através de

uma inflação legiferante e do recrudescimento penal, colocando o indivíduo cada vez mais à margem da sociedade e reduzindo seu grau de dignidade enquanto ser humano, parecendo não querer enxergar os problemas sociais.

Ao seu lado, encontra-se outro grande apoiador: os meios de comunicação que estimulam a ira da população, vendendo a falsa impressão de que a criação de mais leis penais e o aumento das penas irão contribuir para a redução da violência no país, o que não é verdade.

O Direito Penal é uma ciência e, como tal, merece um profundo estudo, não se justificando a elaboração de leis às pressas, sem que se investiguem seus verdadeiros objetivos e conseqüências no contexto social.

Vivenciamos uma falsa percepção da realidade e que deve o quanto antes, ser corrigida, porquanto, como afirmado anteriormente, a missão do Direito Penal não é combater o crime. Isso deve ficar a cargo de implementações de políticas públicas que visem à inclusão social. Os fins do Direito Penal são a prevenção e a repressão.

A pena deve ser estritamente necessária enquanto resposta penal àquele delito, de forma a não ferir o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Mas para isso, é necessária a atuação do Estado mediante a incrementação de estabelecimentos prisionais, o que na prática não acontece.

Por isso, é de grande importância o estudo da Política Criminal, que no dizer de Garcia:

[...] é conceituada, por muitos autores, como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos de que o Estado, no seu tríplice papel de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Como ciência, a Política Criminal afirma princípios e, como arte, aplica-os (1968, p. 37).

Não podemos, hoje, afirmar que o conteúdo e os fins do Direito Penal devem ser estudados fora do âmbito jurídico, porque esse pensamento remonta à ideia trazida por Litz no sentido de que o campo de atuação do Direito Penal está restrito ao combate à criminalidade, conforme esclarece D'ÁVILA (2009, p. 18-19).

Como pudemos ver no Capítulo I deste trabalho, o positivismo traz insito em si grande carga formalista para o Direito, de forma que o delito não é concebido senão como pura classificação formal.

Neste ponto, a Política Criminal traz um diálogo entre essa teoria jurídico-penal e a realidade, apurando se a legislação vigente está realmente alcançando sua finalidade e propondo as reformas necessárias.

Não se trata, portanto, pura e simplesmente de uma mera proposta de reforma. Antes de tudo ela é uma ciência, e como tal faz críticas objetivas à legislação vigente, buscando sempre adequá-las aos atuais valores que vivencia uma sociedade. Logo, seu papel é também tecer críticas em busca de novas concepções que mais se amoldem à realidade social, às vezes propondo um moderno Direito. Busca a Política Criminal trazer equilíbrio ao Direito Penal, impedindo que o Estado intervenha onde não deve, evitando com isso a desordem, o emprego exagerado do Direito Penal e limitando a tutela somente para os casos imprescindíveis.

Não se trata então de mera técnica, já que estuda e raciocina o Direito de um modo crítico em relação ao Direito posto, e expõe seus vícios, a criação de novos institutos jurídicos. Ressaltamos, entretanto, que a Política Criminal não ocorre somente por ocasião da aplicação da lei, senão também no momento de sua criação.

Sua tarefa é combater o excesso de tecnicismo, do qual se encontra impregnado o Direito Penal. Ora, se, enquanto sociedade passamos por um processo incessante de mudança, com novos avanços e descobertas, todavia, por seu lado, esses fatores influenciam fortemente na construção, reforma ou transformação da legislação criminal, bem como dos órgãos incumbidos de sua aplicação.

Todas essas interferências devem guiar a criação ou alteração da legislação penal e que segundo Batista, “A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*” (2007, p. 34).

Ela tem por escopo disseminar a ideia de que a tutela penal somente se legitima quando afetam interesses essenciais para a vida e para a saúde do corpo social. A pena, como observamos, há muito tempo é um grande fracasso, não conseguindo desempenhar seu papel principal que é a promoção da reinserção do condenado na comunidade. Apenas distancia-o cada vez mais dela.

Ainda, aliado a este fenômeno, a proposta da Política Criminal é a de descriminalizar essas condutas, substituindo o Direito Penal por outras formas de controle menos estigmatizantes, como é o caso de sanções civis e administrativas.

A privação da liberdade deve ser entendida apenas como última razão. Se assim verificarmos que o caso mereça a aplicação do Direito Penal, é preciso visualizar, ainda, se outros tipos de penas alternativas cumprirão com o seu papel, e somente em caso negativo é que se justificará o cerceamento da liberdade do condenado.

Não se trata, vale dizer, de defender aqui a ampla liberdade, a anarquia. Ao contrário, apenas pensamos que a utilização mais racional do Direito Penal influenciaria mais positivamente a sociedade do que da forma como vem sendo deliberadamente empregado.

Hoje, se quisermos ver um judiciário efetivo, devemos promover, com responsabilidade, a desjudicialização de certas querelas, bem como a descriminalização de condutas que não afetem bens essenciais à existência do indivíduo ou corpo social.

Por isso é que Fragoso assim esclarece:

[...] uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair o máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais (1985, p. 17).

Outro fator que fortaleceu a Política Criminal é sua preocupação com processos psicológicos e ideológicos que se desenvolvem por conta de uma opinião pública irresponsável, cujo único objeto é enfraquecer a democracia através da ilusão de que o recrudescimento do Direito Penal, de sua ampla “legitimação” fará com que, através da indução dos incautos, ele se torne ao mesmo tempo antídoto e veneno para a resolução dos problemas sociais.

Não se pode permitir que o Estado interfira de modo indesejado e exagerado (através do Direito Penal) de forma a criar, no dizer de Rosa, uma “[...] imagem draconiana, intervindo onde não deve” (2001, p. 15).

Se bem observarmos, veremos que ela (Política Criminal) contrapõe-se à imagem nociva do que é hoje visto como ciência, como mero simbolismo, aos discursos mais efusivos que propugnam por uma desordenada e descomedida penalização, sob o falso pretexto de uma premente necessidade de salvaguardar bens e interesses não muito esclarecidos.

Por isso reafirmamos que seu verdadeiro papel é de delimitação do Direito Penal atuando sempre com coerência, mediante análise do próprio sistema penal (coerência infra-sistêmica, estudando Direito Penal, Processo Penal e Sistema Penitenciário) de forma integrada.

Todos esses conhecimentos buscam um objetivo determinado: orientar o legislador e também o judiciário para a obtenção de uma melhor atuação e bons resultados práticos.

Se vivenciamos um momento de grande inflação de leis penais, seja criando novos tipos, seja modificando-os, a Política Criminal vem para questionar acerca da necessidade do império da lei penal ante seus fins, caminho este que deve orientar o Legislativo e toda a ciência penal moderna.

Também é ela uma verdadeira reação à vontade estatal de ampliar, sem freios, a tipificação penal, explicitando sua real utilidade e nocividade social ante os princípios norteadores do Direito Penal, conforme vimos no capítulo anterior.

Mas a partir do século XIX é que se constrói a doutrina do bem jurídico cujo objetivo é circunscrever a busca de fatos mercedores de sanção penal, tendo o claro objetivo de delimitar a atividade do legislador penal para que somente ocorra a sujeição penal àqueles fatos que efetivamente sejam danosos à coexistência social, impondo-se, ao mesmo tempo, como um dos pilares da teoria do delito.

Otto (*apud* PRADO, 2003, p. 32) relata que, em 1843, Birnbaum introduziu o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de Direito subjetivo, observando ser decisivo para a tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva.

O movimento positivista faz radicar o conceito puramente formal da noção de bem jurídico, o que faz de forma avalorativa, deixando de ser instrumentos de tutela e liberdade para transformar-se num fim em si mesmo e que, no dizer de Gomes (2002, p. 76) “[...] isso significou uma maior intervenção do Estado, com a possibilidade de criminalizar tudo o que considere adequado colocar sob sua sanção.”

Surgem duas distintas correntes metodológicas positivistas: a de Binding e a de Von Liszt.

Para Binding, o conceito de bem jurídico é puramente jurídico, ou seja, trata-se de uma criação livre feita pelo legislador, o que até certo ponto ainda hoje está presente entre nós, cuja concepção não deixa de ser um tanto abstrata e com tendências autoritárias (GOMES, 2002, p. 77-78).

Von Liszt, por sua vez, entendia que essa liberdade absoluta na criação de bem jurídico não existiria, por considerar que os interesses que o Estado transformava em bem jurídico decorriam das relações dos indivíduos entre si e para com o próprio Estado e a sociedade. Dizia ele:

Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico (LISZT, 2006, p. 93-94).

Assim, o que faz a norma é apenas elevar o bem da vida à condição de bem jurídico, de forma que, mesmo obliquamente, o objeto de proteção do Direito Penal passa a ser, objetivamente, o mesmo de Binding: o do arbítrio absoluto do legislador na regulação das condutas para a conceituação e proteção de bem jurídico.

Para Toledo, “bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (2000, p. 16).

Ocorre que, nem todos os bens podem ser considerados bens jurídicos e, como tal, não se submetem ou não deveriam se submeter à tutela do Direito Penal, dado o seu caráter limitado.

Por isso, bem jurídico é aquele bem relevante, vital para a sociedade, e cuja agressão seja intolerável, ensejando daí, uma proteção especial oriunda das normas penais, já que houve uma prévia verificação de insuficiência no que tange às garantias oferecidas por outros ramos extrapenais do Direito.

Para fins de proteção penal, então, só nos interessam aquelas ações cujos resultados causem grande perturbação à vida em comunidade. Não se pode, como no dizer de Baratta (2002, p. 20), dar “[...] muito valor a infrações que causam menos dano social, tais como delitos contra o patrimônio, especialmente aqueles em que o autor da infração é originário das camadas mais pobres e estigmatizadas da sociedade”.

Quando se constatar a ocorrência de uma agressão aos bens mais valiosos para a convivência, quando esse ataque for considerado dos mais intoleráveis e quando não puder ser salvaguardado por outros meios eficazes do Direito de natureza não penal, poderá esse bem ser considerado um bem jurídico merecedor de tutela no âmbito penal, instrumento último e legítimo para atuação no cerco social. Por isso ter ele caráter subsidiário.

Enquanto outras medidas forem suficientes para reprovação da conduta, nada justificará a intervenção penal porque esta se mostrará totalmente inócua ao fim no qual ela se presta.

### **3.2 O PAPEL DA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AO DISCURSO SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL**

Tudo isso nos mostra a preocupação que devemos ter com o simbolismo penal, vale dizer, o ardil empregado pelos meios de comunicação de que a única solução possível é a repressão a qualquer custo, a única e viável para combater a criminalidade, simbolismo muito presente nos movimentos de Lei e Ordem, como veremos adiante.

Silveira, fazendo uma crítica sobre o simbolismo, comenta que a:

[...] abordagem exploratória por parte da mídia, incrementou a valorização do sistema punitivo-repressivo. Alegando seus defensores que a violência e a criminalidade somente podem ser bem combatidas com um recrudescimento da lei penal, forma-se verdadeiro movimento social de falaciosa nomenclatura de “Lei e Ordem” (2003, p. 169).

Não é esta, portanto, a solução para os problemas da criminalidade. É contraproducente a construção de novos tipos penais ou mesmo o enrijecimento das penas, porque tudo isso apenas proporcionará uma mera ilusão de que os problemas sociais e, sobretudo, criminais, estarão resolvidos. Ao contrário, não resolve e também desvirtua nosso sistema penal, colocando em xeque os princípios e as garantias asseguradas pelo Estado Democrático de Direito, até então conquistado.

Cabe frisar, que a Política Criminal busca preservar a função de garantia, isto é, que somente os bens jurídicos mais relevantes e que sofrem

concretamente uma lesão ou são fortemente ameaçados, é que merecem ser erigidos à categoria de bem jurídico e, portanto, de proteção penal.

Gomes, neste sentido, entende o delito como uma:

[...] lesão ou colocação em perigo concreto de um bem jurídico, cobra pleno sentido pretender que o poder punitivo estatal só pode castigar a conduta que realiza a referida lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico socialmente relevante (2002, p. 139).

Essa tarefa de garantia do bem jurídico há de ser comedida dentro dos parâmetros ou princípios orientadores dos delitos e das penas para que também não se despreteja esses bens mais importantes.

Com isso, sempre que o legislador não individualizar corretamente um bem jurídico ou mesmo quando o proteger de forma equivocada, não cumprindo seu papel, caberá ao intérprete da lei mediante análise ponderada, verificar se existe verdadeiramente ou não a tutela de um bem jurídico pela norma.

Roxin é enfático na sua afirmação quando ensina que:

[...] fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência listiziana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese [...] uma ordem sem justiça social não é um Estado de Direito Material [...] (2002, p. 20).

Observe-se que entre Política Criminal e Direito Penal deve haver uma sistematização de forma a permitir a mais completa e correta possível construção da teoria do delito. Não é porque tivemos e ainda temos um sistema fechado que devemos permitir que as decisões político-criminais permaneçam isoladas da realidade social.

Neste sentido as ponderações de interesses em situações conflitantes e os fins das penas vão delinear, através da Política Criminal, a noção de bem jurídico e o conceito de delito, tudo para uma melhor busca do que seja socialmente correto.

Por isso defendemos que a criminalização de um dado comportamento humano não pode ter por base a simples discricionariedade do legislador infraconstitucional. É preciso mais que isso. Que a criação de um novo

tipo penal se legitime através do estudo da exata noção de bem jurídico. Só então poderemos falar na possibilidade de intervenção jurídico-penal. Do contrário, estaremos praticando um grande retrocesso.

Esta é a verdadeira função social do Direito Penal: apenas intervir na liberdade de atuação quando um determinado comportamento humano puder ameaçar gravemente um bem jurídico.

Se certa conduta, ainda que possa parecer imoral ou anormal, não ofenda ou coloque em perigo determinado bem ou interesse, ou se a ofensa seja tolerável de forma a permitir uma convivência pacífica, ou ainda se o evento danoso puder ser reparado por outra medida social menos gravosa que a restrição à liberdade ou qualquer outra pena criminal, não será necessária a intervenção penal.

Por isso, no dizer de Roxin:

[...] o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração da justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor (2009, p. 17-18).

Sustentamos, portanto, o conceito crítico do que seja bem jurídico, afastando, desde logo, o metodismo que o definia, ou seja, que ele era unicamente o fim das normas, uma proteção cega, acrítica e desvinculada da realidade, cujo paradigma era tão somente seu formalismo, sua estrita subsunção, sem critérios e limites.

Não se pode admitir, com isso, a existência de normas jurídico-penais motivadas unicamente por questões ideológicas, porque atentam fortemente os direitos fundamentais.

Divorciar-se desse entendimento poderá resultar naquilo que conhecemos por leis penais simbólicas, isto é, aquelas leis que não buscam senão a promoção pessoal do legislador, absolutamente desnecessárias e que perseguem fins diversos e contrários ao Direito Penal. São leis inidôneas porque não buscam a proteção de um bem jurídico concreto.

Logo, se não protege um determinado bem jurídico, ela se revela ilegítima e ineficaz, permitindo uma intervenção excessiva na liberdade do cidadão, demonstrando-se, inclusive, desproporcional.

Portanto, devemos observar que a existência de um elo entre Direito Penal e Política Criminal representa um enorme avanço para a modernização da nossa ciência, deixando evidenciar que o Direito Penal não pode limitar-se simplesmente à dogmática, necessitando se interessar também por suas consequências.

O forte apego a essa dogmática e, sobretudo ao empirismo, torna o conceito de criminalidade um conceito não científico, mas apenas político e, de fato, estamos vendo que quando aumenta a criminalidade, a postura adotada frente a este aspecto social é sempre orientada por ideais puramente políticos.

Essa postura adotada pelo legislador, e muitas vezes também pelo judiciário, é que faz questionar: essa atitude atinge ou não o alvo a que se destina? Na verdade pensamos que ela causa uma verdadeira paralisação estatal, em que grande parte da máquina estatal não funciona, nem as fiscalizações, nem políticas sociais, nem o legislativo e o judiciário. Não é outra coisa senão mera reação simbólica por parte do legislador em relação ao que Hassemer adverte:

Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de ‘reação simbólica’ que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma ‘reação puramente simbólica’, que acaba refletindo no próprio direito Penal como meio de controle social (1994, p. 43).

Tudo não passa de uma política desonesta com toques de reação eminentemente simbólica, mormente porque não podemos olvidar que Direito Penal e Política Criminal possuem um aspecto normativo, vale dizer, o aspecto da justiça, do equilíbrio, da proteção aos atingidos pelo processo.

Outro grande perigo que a ausência de uma adequada e séria Política Criminal causa é a agressão a certos princípios do Direito Penal, princípios esses irrenunciáveis, sob pena de grave risco para esta ciência, dentre eles, o da

individualização da pena, que vai delimitar a pena adequada para quem violou a ordem jurídica.

Ora, se o legislador se utiliza de conceitos abstratos e vagos de delitos, se a conduta do agente não causa um dano sério à vítima que a coloque em perigo concreto, qualquer reprimenda na seara penal redundaria, inexoravelmente, na ofensa a tal princípio por conta da injustiça da pena. Daí porque necessitarmos apenas do Direito Penal como uma intervenção oportuna, para delitos mais graves.

Pensamos que antes de tudo, se tente aplicar o Direito de intervenção, ou seja, que outras áreas do Direito como o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Tributário atuem em toda sua integralidade e, somente ao final, se vislumbrarmos sua ineficiência, é que estudaremos sobre a possibilidade de uma reação penal como *ultima ratio*.

Todavia, da forma como hoje se apresenta, ele se aproxima muito das tarefas desempenhadas pelo Direito Civil ou Administrativo, de forma que o Direito Penal não pode se resumir simplesmente a uma função puramente simbólica.

Sabemos que Direito Penal é uma ciência barata do ponto de vista político e econômico, e que atualmente de nada ou quase nada serve, em razão de seus deficits de execução. Na explicação de Hassemer:

*Deficits de execução não significam apenas que as leis infelizmente não funcionam do modo como elas deveriam, mas significam também que as leis e suas aplicações conduzem a consequências desproporcionais e injustas (2007, p. 2010).*

O Direito Penal se desenvolveu até certo ponto, tornando-se, posteriormente, anacrônico, improdutivo e isso porque além de não acompanhar o desenvolvimento da sociedade, não vem ultimamente delineando muito bem seus fins perseguidos, suas limitações e consequências.

Falta clareza em sua determinação, ou seja, a exigência de que o legislador penal indique de forma mais clara e precisa possível, quais comportamentos deverão ser passíveis de reprimenda e por quais formas.

E esta falta de determinabilidade traz consigo a possibilidade de violação das liberdades e garantias de um verdadeiro contrato social, hoje sinônimo de um Estado Democrático de Direito. Daí porque uma incriminação só se legitimará

quando se puder aferir de forma mais límpida porque tal conduta estará violando de forma concreta aquele bem jurídico.

O Direito Penal que se apresenta, está sendo utilizado por interesses preventivos, com o aumento dramático das medidas coativas, querendo com isso, justificar seus meios. Não podemos admitir sua aplicação como instrumento pedagógico, no sentido de sensibilizar as pessoas, sem estudar se as medidas propostas são justas ou injustas, eficazes ou não.

Não é tarefa do Direito Penal o simples chamar a atenção da população, permitindo sua aplicação sempre como *prima* e não como *ultima ratio*, tal como deveria ser. As reformas a serem propostas não são no sentido de ampliação da criminalização ou aumento das penas, mas de retirada dessas ameaças.

Relembramos que a proposta deste trabalho não é a ampla e irrestrita descriminalização ou total desconsideração à vítima. Importa-nos apurar o que deve ser merecedor de proteção penal e, ao mesmo tempo, dar garantias à vítima de que as consequências sofridas por ela serão reparadas.

De qualquer forma, esta incumbência não é tarefa do Direito Penal. Pelo menos, não neste trabalho. Basta pensarmos que o recrudescimento das penas, realçando seu caráter de prevenção geral intimidatória, se esquecendo de seu papel de reinserção social do condenado, até agora em nada contribuiu para a melhora ou atenuação da criminalidade.

Eventuais indenizações dos prejuízos suportados pela vítima são consequências da responsabilidade civil, e não penal.

Para Muñoz Conde e Hassemer:

A satisfação dos direitos das vítimas não pode, conseqüentemente, supor nenhuma limitação a estes direitos do imputado, primeiro, e do condenado, por exemplo, a uma pena privativa de liberdade. Tampouco o excessivo interesse em proteger os direitos da vítima deve conduzir a uma ampliação desmesurada do Direito Penal, penalizando condutas ainda muito distantes da efetiva lesão de bens jurídicos, ou não muito bem definidas, ou impor penas draconianas ou desproporcionais, buscando por esta via uma dissuasão intimidatória que é muito mais de caráter vingativo simbólico que uma autêntica solução para o problema da vítima ( 2008, p. 154).

O que defendemos é a elaboração de uma Política Criminal crítica, partindo de uma radical análise dos mecanismos e funções do Direito Penal, deixando de lado o simbolismo que vem dominando a ciência.

A Política Criminal que queremos aqui é aquela que indique o que há de errado e nos mostre alternativas de estratégia de medidas que substituam adequadamente o Direito Penal por outros meios de intervenção menos gravosos e mais adequados aos fins pretendidos.

Neste aspecto, pensamos que a despenalização deve significar a substituição das sanções penais por formas não estigmatizantes de controle social e que, por corolário, significará também maior aceitação ou tolerância social do desvio.

Discorrendo sobre as estratégias de uma Política Criminal, Baratta considera de suma importância a referência “a uma obra radical e corajosa de despenalização, de contração ao máximo do sistema punitivo, com a exclusão, total ou parcial, de inumeráveis setores que enchem os códigos [...]” (2002, p. 202), o que pode perfeitamente ser substituído por sanções civis ou administrativas, ou ambas.

Por isso mesmo não concordamos, *data maxima venia*, com o posicionamento doutrinário de Santoro Filho, sustentando que:

[...] a política criminal não pode ser caracterizada como uma ciência, pois apesar de valer-se, em muitas oportunidades, de dados científicos, estes, em verdade, pertencem a outros ramos do saber – ciências -, no mais das vezes à própria ciência jurídica. Além disso, o aperfeiçoamento da legislação penal e suas conseqüentes modificações, visados pela política criminal, estão, em muitas proposições, carregados por componentes ideológicos, que não podem ser considerados substratos científicos (2000, p. 128).

Ora, não é porque o órgão incumbido da realização da legislação pratica, no mais das vezes, como é sabido, a construção de conceitos impregnados por razões puramente ideológicas que deveremos retirar-lhe o caráter científico.

Uma utilização errônea da ciência não pode ser o motivo único e suficiente para descaracterizar-lhe, assim como a má utilização do Direito Penal, e, por isso, atualmente ele não funciona.

Basta pensarmos que a Política Criminal é a conjugação do estudo do Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penitenciário, das suas implicações sociais e conseqüências no mundo físico, as limitações às garantias constitucionais que já permitirão, de logo, sustentar sua natureza científica.

De qualquer forma, necessitamos da atuação da Política Criminal como um legítimo e eficaz argumento jurídico que, de forma coerente, possa trazer as modificações inadiáveis para o sistema penal vigente, proporcionando exercer

seu verdadeiro papel no corpo social, despreocupando-se, principalmente, se as medidas adotadas irão trazer ou não prestígio político.

Não queremos mais aquele Direito Penal simbólico, impulsionado pela onda propagandística a qual se desvia a atenção dos graves problemas sociais, camuflando os verdadeiros fenômenos que causam maior preocupação social e que, verdadeiramente, apenas aumentam a angústia e o desespero do tecido social, vendendo-lhe uma falsa imagem de que a criminalidade é um fenômeno incontrolável e que, nem mesmo o próprio Direito Penal pode lhe impor freios.

Veja-se que uma norma jurídica surge de uma decisão política, o que não significa que essa norma se subordine sempre e cegamente a ela. Daí a relevância de que todo bem jurídico tutelado, enquanto escolha política, observar o princípio da legalidade, porque a Política Criminal irá contribuir racionalmente para erigi-lo à categoria de bem jurídico.

Por isso a definição de Zaffaroni e Pierangeli de que:

[...] a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos (2004, p. 129).

E, se nem sempre ou quase nunca a Política Criminal consegue interferir nas decisões políticas, vale dizer, no momento da elaboração das leis penais, será então, na apreciação casuística que ela poderá dar os contornos necessários para aferir se aquela norma padece ou não de validade material no mundo jurídico.

Por isso, o aplicador do direito deve estar atento quando da interpretação das leis, valendo-se dos princípios da legalidade, proporcionalidade, do estudo da Política Criminal e da insignificância e intervenção mínima que, como veremos adiante, irá plasmar as novas tendências de um Direito Penal mínimo e equilibrado.

## CAPÍTULO IV

### PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

#### 4.1 ORIGEM E CONCEITO

O princípio da insignificância é um instrumento de interpretação que, juntamente com outros princípios aqui abordados, como o da proporcionalidade e o da legalidade, auxiliará na atividade exegética para uma correta aplicação do tipo penal que, numa visão minimalista, dele retirará no plano concreto, bens de pouquíssima relevância a justificar a ingerência penal.

Importante aqui, falarmos previamente de outro princípio: o da adequação social, formulado por Welzel. Por ele, na qualidade de pesquisador, o legislador se vê impedido de selecionar condutas ofensivas a bens jurídicos menos importantes e que não afetem o convívio social.

Se determinadas condutas já são perfeitamente toleradas pela sociedade, despicienda seria uma lei penal, porque nela não se revelará atitudes inadequadas. Ao contrário, criará um problema, pois, se a sociedade já está acostumada a praticar determinada conduta e esta é erigida à categoria de delito, certamente se verá um grande número de pessoas sendo incriminadas e isto porque a forma de proceder dessas pessoas já está inserida no seu dia a dia.

Por esta razão, a criação irrestrita de tipos penais leva a lei a conflitar-se com os costumes já consolidados naquele tecido social, já que este mesmo costume traduz o comportamento de uma sociedade, em dada época e local onde vivem.

Assim, na interpretação, o exegeta deverá atentar para o fato de que tais condutas aparentemente vedadas pela lei estejam em consonância com o sentimento social no sentido de que, se houver ampla aceitação pela comunidade, não se poderá falar em delito.

Além da importância desta atividade exegética, a adequação social também poderá levar o legislador a descriminalizar condutas que, no passado, se mostravam socialmente inadequadas, mas que hoje são perfeitamente toleráveis e praticadas pela sociedade. Exemplo típico é a contravenção do jogo do bicho.

Como esclarece Greco:

Dessa forma, o princípio da adequação social, conjugado com os princípios da intervenção mínima e da lesividade, abre a possibilidade ao legislador da criação da figura típica, do mesmo modo que também, como o reverso de uma mesma moeda, o alerta para necessidade de revogação dos tipos penais que não mais prevêem comportamentos inadequados socialmente, servindo, ainda, como importante instrumento de análise e interpretação das figuras típicas (2010, p. 86).

Destarte, importa dizer que, se uma determinada ação é realizada dentro do âmbito de normalidade social, ou seja, se é aceita e tolerada por todos, será ela excluída do tipo legal que a qualifica. Passará a ser, então, uma conduta atípica.

Todavia, Toledo fazendo alusão ao pensamento de Welzel, que considerava o princípio da adequação social o bastante para excluir certas lesões insignificantes, coloca em dúvida o pensamento do alemão afirmando:

Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância (TOLEDO, 2000, p. 133).

De qualquer forma, este princípio orienta no sentido de que, embora determinados comportamentos sejam considerados típicos no plano formal do Direito, se carecerem de relevância no plano social, por serem correntes, tais condutas deixarão de ser consideradas materialmente típicas, no plano da justiça material, haja vista o enorme descompasso entre as normas incriminadoras e o que é socialmente permitido ou tolerado.

Ora, se certa conduta é considerada irrelevante, se a lesão ao bem jurídico protegido é ínfima, não se justifica a inflicção de uma sanção penal e, de consequência, há que ser reconhecida sua atipicidade em razão da pouca monta dos danos causados, já que tais condutas são consideradas socialmente adequadas.

Isso não significa, todavia, dizer de antemão, que a exclusão da tipicidade da conduta se opera automaticamente. Como vimos, uma das funções do princípio da adequação social é a de restringir o âmbito de abrangência dos tipos penais de forma que, através da limitação interpretativa dele se possa excluir condutas socialmente toleráveis.

Também serve como critério orientador ao legislador no momento em que ele irá eleger determinado bem jurídico à categoria de proteção penal, de forma a proibir condutas que protejam os bens considerados mais importantes, não podendo reprimir condutas atualmente adequadas para aquele momento.

Outra função deste princípio, ainda no plano legislativo, é influenciar o legislador a tecer novas considerações acerca de tipos penais já existentes, retirando-os do ordenamento jurídico-penal se verificar que certos bens ainda se encontram sob a égide penal, mas se cujas condutas estão perfeitamente adaptadas ao novo modelo social.

Entretanto, veja que o princípio da adequação, por si só, não é suficiente para revogar uma lei. Daí a lição de Greco no sentido de que:

Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente (2004, p. 61).

É que, como sabemos, uma lei somente pode ser revogada por outra lei. Por esta razão é que o princípio da adequação social deverá ser arguido também perante o judiciário que, aferindo os argumentos interpretativos, irá ou não reconhecer se aquela conduta está adaptada à sociedade, podendo, destarte, excluir sua tipicidade por considerá-la um consenso social.

Ao lado da adequação social, está o princípio da insignificância, e que se expressava inicialmente através da máxima do brocardo *minima non curat pretor* e que vigorava no Direito Romano. Todavia não pode a este ter sua origem atribuída, haja vista que este Direito se desenvolveu sob a ótica do Direito Privado e não do Direito Público.

A insignificância era utilizada pelo pretor (magistrado) que se abstinha de ocupar-se com casos insignificantes, desprezando-os, e com o intuito de ocupar-se com questões mais relevantes e inadiáveis. Seu campo de atuação era tipicamente o Direito Civil.

Para Lopes:

O princípio da insignificância, ou, como preferem os alemães, a “criminalidade de bagatela” – *Bagatelledelikte*, surge na Europa com problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial. Ao terminar esta, e em maior medida ao final do segundo

confronto bélico mundial, produziu-se, em virtude de circunstâncias socioeconômicas sobejamente conhecidas, um notável aumento de delitos de caráter patrimonial e econômico e, facilmente demonstrável pela própria devastação sofrida pelo continente, quase todos eles marcados pela característica singular de consistirem em subtrações de pequena relevância, daí a primeira nomenclatura doutrinária de “criminalidade de bagatela”. (LOPES, 1997, p. 38-39).

Mas, é com Claus Roxin (1964), professor alemão, que o princípio da insignificância é desenvolvido e formulado com validade para a determinação do injusto.

Tiedeman também fez referência ao princípio da insignificância, porém denominando-o de “princípio de bagatela” (*Bagatellprinzip*), e procurando fundamentá-lo no princípio da proporcionalidade, exigência irrefutável a vigorar entre o delito e a gravidade da intervenção penal.

E conquanto o princípio da insignificância esteja impregnado pelo caráter da patrimonialidade, ressalvamos que este não é o seu único destino. É que este princípio não é uma regra de cunho patrimonial, mas um princípio do Direito Penal, de forma que ele deve influenciar e direcionar todas as normas penais e seus conteúdos.

Como regra interpretativa, deve recair sobre todas aquelas condutas definidas como crime, sejam elas de caráter patrimonial ou não. Temos como exemplo a contravenção penal de vias de fato, ou uma lesão corporal culposa, com danos levíssimos à integridade corporal ou à saúde de outrem. O uso ilegítimo de uniforme ou distintivo ou mesmo o crime de fabricação de açúcar em casa. Aqui também é perfeitamente aplicável o princípio em tela para excluir a ilicitude do comportamento humano.

São condutas absolutamente insignificantes, algumas afetando bens jurídicos tão infimamente e outras, nem sequer atingindo-os. Pouco importa: patrimonial ou não patrimonial, tais ofensas deverão ser, necessariamente, interpretadas à luz do princípio da insignificância de modo a aferir a legitimidade ou não da interferência da lei no âmbito penal.

Veja-se que é possível um bem jurídico possuir dignidade, tendo sua relevância reconhecida fenomenicamente sem, contudo, estar acobertado pela proteção penal, em razão da reduzida intensidade da lesão por ele sofrida.

Basta, assim, averiguar se uma conduta foi suficientemente intensa, ofendendo o bem jurídico de forma a fazer com que ela mereça uma pena. Essa aferição cabe tanto ao legislativo quanto ao judiciário.

Neste último caso, a despeito de o comportamento apresentar todos os requisitos formais do tipo, caberá ao juiz ainda fazer outro questionamento: o fato pode ser concretamente considerado ofensivo ao bem jurídico tutelado pela norma?

Sendo negativa a resposta, o único caminho possível deverá seguir pela exclusão da tipicidade, corolário que é do seu caráter fragmentário. Diz-se fragmentário porque o Direito Penal cuida de partes, de fragmentos de uma realidade social e que devem incidir, inequivocamente, sobre bens jurídicos mais relevantes e cuja proteção penal seja considerada indispensável.

Para Bianchini: “Não há dúvida de que o Direito Penal não outorga proteção à totalidade dos bens jurídicos. Ele constitui um sistema descontínuo, protegendo apenas aqueles mais fundamentais, e somente em face de violação intolerável” (BIANCHINI, 2002, p. 53).

A reprimenda penal não pode ser uma resposta a uma ação que não afeta o Direito de ninguém, sob pena de convolar-se em uma verdadeira aberração.

Daí o adágio *nullum crimen sine injuria* (não há crime sem lesão) constituir-se em um verdadeiro compromisso do legislador, para não tipificar condutas que nem sequer lesionem ou coloquem em perigo os mais autênticos bens jurídicos, e ao judiciário para que percebendo o desequilíbrio entre a pena e a irrelevante lesão ou perigo causado, afaste a aplicação do Direito Penal por não estar legitimado para o caso, haja vista que a escassa gravidade é perfeitamente tolerada.

Não basta, então, que um bem jurídico tutelado possua dignidade penal. É imprescindível que se afira se a conduta que se está criminalizando ou punindo é efetivamente danosa para a sociedade a justificar a intervenção penal.

Com estas premissas, passaremos a abordar a conceituação do que venha a ser o princípio da insignificância. Antes, porém, vale lembrar que sustentamos aqui a qualidade desse princípio como causa de exclusão da tipicidade, que por sua vez, encontra-se dentro do conceito de crime, com as ressalvas a seguir.

A doutrina classifica o crime sob dois enfoques: do plano de vista formal e do plano de vista material. Formalmente, o crime é definido como um fato

típico e ilícito (antijurídico) e que, no pensamento positivista nada mais é do que senão um comportamento humano proibido pela norma penal ou, simplesmente sua violação. Ou, no dizer de Teles (2004, p. 152), “Crime, é simplesmente, aquilo que a lei considera crime”.

Para os formalistas, crime não passa senão de uma mera subsunção do fato à norma, e sob ameaça de pena, não tendo nenhuma importância seu conteúdo, o que o torna insuficiente para o estudo do Direito Penal. Esse conceito foi adotado pelo nosso Código Penal, após a reforma de 1984.

Por isso é importante a conceituação material de crime, sendo definido como toda ação ou omissão contrastante com os interesses ou valores do tecido social, de modo a exigir-lhe proibição sob pena de ameaça.

Nele, a conduta do agente deve ser capaz de produzir uma lesão ao bem jurídico tutelado, de forma a afetar gravemente o convívio pacífico de uma sociedade.

Assim, sempre que um fato humano seja praticado propositadamente ou descuidadamente, mas que venha lesar ou expor a grave perigo bens jurídicos fundamentais para a coletividade, inclusive interferindo na sua existência, estaremos diante de um conceito material de crime.

Esse novo conceito deve ser considerado suficiente para superar o modelo Estado e de Direito Penal do positivismo jurídico, a fim de conter a onipotência do legislador.

A partir dessa definição de crime, é que nos permitirá a aproximação sobre o que seja o princípio da insignificância.

Vimos que o Direito Penal possui natureza fragmentária, ocupando-se somente de fragmentos do Direito, ou seja, somente deverá atuar até onde seja estritamente necessário para proteção do bem jurídico, não devendo se ocupar com bagatelas.

Isso não significa dizer, embora do ponto de vista do Direito Penal, que certo fato tenha excluído sua tipicidade, e que ele estará totalmente desprotegido no mundo jurídico, haja vista que, não raro, ele pode constituir-se em ilícito civil ou administrativo.

Destarte, a insignificância é um princípio penal que norteia a comparação entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado ou a ameaça dele decorrente. Se no cotejo verificar-se a mínima ou nenhuma agressividade que

mereça ser reprimida no âmbito penal, o juiz deverá reconhecer a sua atipicidade. Está consagrada, portanto, a proibição de excesso praticado pelo Estado, não só através do legislativo como também e principalmente do judiciário.

O princípio da insignificância deverá revelar a respostas às seguintes indagações: a) mesmo que não aprovada socialmente a conduta do agente, ela é tolerada por escassa gravidade? b) não apresentou ele, agente, periculosidade social? c) sua conduta é minimamente ofensiva? d) a lesão jurídica provocada é inexpressiva? Se as respostas a estas indagações forem positivas, há que se reconhecer a desnecessidade de intervenção penal e afastar a tipicidade material do fato, embora sob a ótica formal (e hoje insuficiente), sua conduta preencha todos os requisitos necessários a configurar o tipo penal descrito na letra fria da lei.

Por meio do *Habeas Corpus* n. 84.412, de relatoria do Ministro Celso Mello, na data de 19.10.2004, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os parâmetros necessários para excluir a tipicidade penal:

**E M E N T A:** PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.

- 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. Doutrina. 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 função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA É A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “*DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR*”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em

lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Também é neste sentido o entendimento esposado pelo Ministro Joaquim Barbosa, ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 106510:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO SIMPLES, EM SUA MODALIDADE TENTADA (CP, ART. 155, "CAPUT", C/C O ART. 14, II) – "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 70,00 – DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - 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. Doutrina. 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 função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. (HC 106510, JOAQUIM BARBOSA, STF, DJE, 13.06.2011.).

No mesmo entendimento se pronunciou a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTO. UMA GARRAFA DE BEBIDA. BEM RECUPERADO. VALOR: R\$ 19,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. EXISTÊNCIA DE REINCIDÊNCIA. CONDIÇÃO PESSOAL DESFAVORÁVEL. EMPECILHO. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Consoante entendimento jurisprudencial, 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 função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 2. No caso, tentou-se subtrair uma garrafa de bebida pertencente a um supermercado, tendo sido a res recuperada, sem prejuízo material para a vítima. Reconhece-se, então, o caráter bagatelar do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio. 3. Não é empecilho à aplicação do princípio da insignificância a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência, no caso concreto, ações penais em curso ou mesmo o fato de o furto ser qualificado (concurso de agentes), a teor de pronunciamentos das duas Turmas componentes da Terceira Seção. 4. Ordem concedida para, reconhecendo a atipicidade material, cassar o édito condenatório. (HC 201001694703, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:17/12/2010.).

Essas infrações bagatelares ou delitos de ninharia se apresentam na doutrina em duas espécies: infração bagatelar própria e imprópria.

A infração bagatelar própria é aquela que se apresenta, desde o início, sem nenhuma relevância para o Direito Penal, seja por não haver um desvalor da ação ou um desvalor do resultado ou ambos ao mesmo tempo.

Há o desvalor da ação quando a conduta do agente se mostra perigosa, reprovável, apta e idônea o suficiente para ser capaz de ofender um bem jurídico.

Alguém, por exemplo, que brincando com seu filho lhe causa culposamente um pequeno arranhão ou, então, aquele que arremessa uma bolinha de borracha na lateral de um transporte coletivo em movimento, por essa teoria, não estariam praticando os delitos de lesões corporais culposas (art. 129, § 6º) e arremesso de projétil (art. 264), porque o desvalor da ação não é relevante.

Em sede de Recurso de *Habeas Corpus*, da lavra do Ministro Aldir Passarinho, o Supremo Tribunal Federal decidiu que quando a lesão corporal decorre de acidente de trânsito, causando pequena equimose, é de se aplicar o princípio da insignificância.

ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA,

INUTILMENTE SOBRECARRREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS. (RHC 66869, ALDIR PASSARINHO, STF).

Todavia, mesmo que o desvalor da ação seja relevante, é preciso analisar, num segundo momento, se o desvalor do resultado também é juridicamente relevante dentro do âmbito penal. Há o desvalor do resultado quando ele ataca gravemente um bem jurídico de forma significativa e que justifique a incidência do Direito Penal.

Quem efetua a subtração de um quilo de farinha de um grande mercado, em tese está praticando uma conduta desvalorada. Nada obstante, o resultado jurídico produzido é ínfimo, não havendo que se falar de ataque intolerável ao bem jurídico por sua pequena expressividade.

Às vezes pode acontecer a combinação tanto da irrelevância do desvalor da ação quanto do resultado. A conclusão será a mesma: o fato deixa de ser materialmente típico.

É o caso do motorista que, atuando de forma culposa em um acidente causa lesões insignificantes na vítima. Outra situação em que o desvalor do resultado é inexpressivo ocorre em relação aos créditos tributários da Fazenda Nacional, com valores consolidados iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Nestas hipóteses, e também nos delitos de apropriação indébita previdenciária, e que foram incluídos pela Lei n. 11.457/07 na dívida ativa da União, considerando o disposto no artigo 20, da Lei n. 10.522/2002 com a nova redação dada pelo artigo 21, da Lei n. 11.033/2004, pode o titular com crédito requerer o arquivamento dos autos, com fundamento na pouca expressividade do crédito tributário.

Com base nisso, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido, no âmbito criminal, o princípio da insignificância, ora determinando o arquivamento dos autos, ora o trancamento da ação penal, em razão da pequena lesividade.

No dizer de Gomes, comentando sobre o princípio da insignificância ou da infração bagatela própria, especialmente em relação ao desvalor da conduta e do resultado, adverte que: “para todas as situações de infração bagatela própria, o princípio a ser aplicado é o da insignificância ou de bagatela (que tem o efeito de excluir a tipicidade penal, mais precisamente a tipicidade material)” (GOMES, 2010, p. 23).

Assim vê-se que a insignificância pode ser tanto da conduta quanto do resultado, podendo uma e outra ser reconhecida isoladamente e cuja consequência já vimos acima, é a exclusão da tipicidade material.

Temos também a infração bagatelar imprópria. Neste caso, o fato já nasce relevante para o Direito Penal. Há um relevante desvalor da ação e um relevante desvalor do resultado afastando assim, a aplicação do princípio da insignificância para excluir sua tipicidade material. Ocorre que, no curso do processo irão se demonstrar situações que façam com que a aplicação da pena se apresente absolutamente desnecessária, naquilo que Gomes (2010, p. 29), denomina como princípio da irrelevância penal do fato (e não do resultado).

Essas circunstâncias que irão justificar a desnecessidade da pena podem ter se verificado no momento do delito ou posterior a ele. Tomemos como exemplo o crime de peculato culposo em que o agente, antes da sentença irrecorrível, repara o dano, causa esta que extingue a punibilidade do agente. Também esse entendimento é corrente no delito de estelionato praticado por meio de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundo em que, com a reparação do dano anteriormente ao oferecimento da denúncia, se extingue a punibilidade do agente.

Nestas hipóteses, embora haja o desvalor da ação e do resultado, a pena mostra-se desnecessária e desproporcional. Ora, então de onde surge esse princípio? Ele pode ser extraído da sua base constitucional (princípio da proporcionalidade) e legal (artigo 59, C.P.). Neste último caso, a lei indica uma série de situações a serem analisadas pelo juiz para, ao final, aferir sobre a necessidade da pena, bem como sua intensidade, de forma que não vislumbrando os efeitos positivos que a pena possa causar, deixará o juiz de aplicá-la.

Importante aqui ressaltar a localização que um e outro ocupam dentro do Direito Penal, pois enquanto o princípio da insignificância, que afeta a tipicidade penal (material), está dentro da teoria do delito, o princípio da irrelevância penal do fato (que diz respeito à punibilidade do agente – desnecessidade da pena) está dentro da teoria da pena.

Assim, sintetizando, a infração bagatelar própria afeta a tipicidade penal, tendo incidência na teoria do delito, enquanto que a infração bagatelar imprópria diz respeito à necessidade da aplicação da pena, incidindo sobre a teoria da pena.

Em pesquisa realizada junto ao Ministério Público Federal, Procuradoria da República com atuação na circunscrição de Ourinhos-SP, obtivemos informações para o ano de 2009, acerca da quantidade de requerimento de arquivamento pelo princípio da insignificância. No total foram 205 requerimentos, sendo 198 para o delito de contrabando ou descaminho (art. 334, CP), 1 para o estelionato cometido em detrimento de entidade de Direito público (art. 171, § 3º, CP) e 6 pelo delito de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP), conforme consta do anexo.

Quanto ao delito de descaminho, o próprio Supremo Tribunal Federal já manifestou entendimento de afastar a tipicidade penal pelo princípio da insignificância, assim decidindo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. CRITÉRIOS DE ORDEM OBJETIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 2. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. Assim, somente é possível cogitar de tipicidade penal quando forem reunidas a tipicidade formal (a adequação perfeita da conduta do agente com a descrição na norma penal), a tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido) e a antinormatividade (a noção de contrariedade da conduta à norma penal, e não estimulada por ela). 3. A lesão se revelou tão insignificante que sequer houve instauração de algum procedimento fiscal. Realmente, foi mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Trata-se de conduta atípica e, como tal, irrelevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta a concessão, de ofício, da ordem para o fim de restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia. 4. A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos relacionados, pois, à pessoa do recorrente. 5. Recurso extraordinário improvido. Ordem de habeas corpus, de ofício, concedida. (RE 536486, ELLEN GRACIE, STF, DJE, 10.09.2008).

O Superior Tribunal de Justiça, se valendo de uma mecanismo criado em 2008 para reduzir o número de recursos destinados à referida Corte, julgou, em sede de Recurso Especial Repetitivo representativo de controvérsia, o REsp n. 1112748, entendendo aplicável o princípio da insignificância para os delitos

de contrabando e descaminho cujo os débitos tributários não ultrapassem o valor de R\$ 10.000,00, conforme segue:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02. II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido. (RESP 200900566326, FELIX FISCHER, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:13/10/2009 LEXSTJ VOL.:00243 PG:00350.)

Também em relação ao delito de apropriação indébita de contribuição previdenciária, foi proferido o seguinte julgado, porém, de forma não repetitiva:

PREVIDENCIÁRIAS (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ART. 20 DA LEI 10.522/2002. APLICABILIDADE. 1. Com o julgamento pela Terceira Seção do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.112.748/TO (Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 5/10/2009), restou pacificado nesta Corte o entendimento de que o princípio da insignificância no crime de descaminho incide quando o débito tributário não ultrapasse o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), consoante o disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002. 2. A Lei nº 11.457/2007 que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil considerou como dívida ativa da União os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias. Diante disso, entende-se viável, sempre que o valor do débito não for superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a aplicação do princípio da insignificância também no crime de apropriação indébita previdenciária. 3. In casu, verifica-se que o valor da contribuição previdenciária não recolhida é de R\$ 1.799,87 (um mil, setecentos e noventa e nove reais e oitenta e sete centavos), razão pela qual está caracterizado na esfera penal a irrelevância da conduta. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (RESP 200900970925, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:17/12/2010.)

Outro dado importante é que para se aferir a insignificância de um fato, utiliza-se apenas critérios objetivos, é dizer, o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Não cabe aqui neste princípio apurar critérios subjetivos como culpabilidade, vida pregressa do autor, se ostenta antecedentes criminais ou se responde criminalmente por fato análogo, se é reincidente ou não.

Esses dados, segundo o artigo 59 do Código Penal devem ser apurados quando da fixação da pena, marcando o grau de reprovabilidade para se chegar a um *quantum* razoável, proporcional.

Por isso o princípio da insignificância não admite critérios de subjetivação. São critérios pessoais, que não devem interferir no seu reconhecimento. Pune-se o agente pelo que ele fez e não pelo que ele queria, de forma que de nenhuma importância tem neste momento a intenção do agente, até porque, neste aspecto, o *iter criminis* ainda se encontra na fase interna, apenas de cogitação do agente que não pode ser punido por pensar.

O nosso Direito Penal é Direito do fato e não do autor. Por isso, o indivíduo deve ser punido apenas por aquilo que ele praticou objetivamente, na medida da afetação do bem jurídico protegido e não por aquilo que ele é ou pensou.

Especificamente em relação à reincidência, nossos tribunais têm vacilado em reconhecer o princípio da insignificância, apontando como obstáculo o fato de ter o agente sido condenado anteriormente por sentença já transitada em julgado. E, como vimos, por se tratar de um critério subjetivo, não pode ser levado em consideração.

Observe-se que, para o reconhecimento da insignificância, é muito importante o estudo do caso concreto. Neste aspecto é que o delito deve ser considerado em razão da conduta objetivamente praticada pelo sujeito, e não pelo que ele ostenta, de forma que, tanto a reincidência quanto os antecedentes, nada importam. Estes dois últimos critérios tem a ver com a irrelevância penal do fato e assim, devem ser analisados quando da aplicação da pena.

Daí, não se poder, como acontece em alguns casos, confundir teoria do delito com teoria da pena. Por isso, a reincidência não pode surgir como um obstáculo para que se admita e reconheça a insignificância.

Ora, esse entendimento poderia causar não só estranheza, como também estímulos para prática de delitos de pequena monta, se afastada a verificação da reincidência ou dos antecedentes. Neste caso, caberia ao legislador criar um mecanismo, tal qual o já existente no Estatuto da Criança e do Adolescente, em que há uma admoestação verbal e que bem poderia ser realizado pela própria autoridade policial, afastando, assim, a incidência do Direito Penal em face da escassa gravidade.

Da lavra do Ministro Joaquim Barbosa, ao analisar o Recurso Extraordinário de n. 514531, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou que não se deve levar em consideração circunstâncias de caráter subjetivo.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM E NÃO APLICADO PELA CONTUMÁCIA DO RÉU. ARTIGO 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. 1. Não se admite Recurso Extraordinário em que a questão constitucional cuja ofensa se alega não tenha sido debatida no acórdão recorrido e nem tenha sido objeto de Embargos de Declaração no momento oportuno. 2. Recorrente condenado pela infração do artigo 334, caput, do Código Penal (descaminho). Princípio da insignificância reconhecido pelo Tribunal de origem, em razão da pouca expressão econômica do valor dos tributos iludidos, mas não aplicado ao caso em exame porque o réu, ora apelante, possuía registro de antecedentes criminais. 3. Habeas corpus de ofício. Para a incidência do princípio da insignificância só devem ser considerados aspectos objetivos da infração praticada. Reconhecer a existência de bagatela no fato praticado significa dizer que o fato não tem relevância para o Direito Penal. Circunstâncias de ordem subjetiva, como a existência de registro de antecedentes criminais, não podem obstar ao julgador a aplicação do instituto. 4. Concessão de habeas corpus, de ofício, para reconhecer a atipicidade do fato narrado na denúncia, cassar o decreto condenatório expedido pelo Tribunal Regional Federal e determinar o trancamento da ação penal existente contra o recorrente. (RE 514531, JOAQUIM BARBOSA, STF, DJE, 06.03.2009).

Para GOMES, a questão sobre réu reincidente e a reiteração da sua conduta deve ser distinguida das seguintes três formas: 1) multirreincidência ou reiteração cumulativa; 2) multirreincidência ou reiteração não cumulativa e 3) fato único cometido por agente reincidente. Na sua definição, a primeira hipótese ocorre quando o agente pratica diversas condutas de forma reiteradas, podendo transformar o que em princípio era algo irrelevante em um fato cujo resultado pode ser significativo. Como exemplo, cita o gerente de um banco que furta R\$ 1,00 de cada conta corrente. Nessa situação, em que se conduz à produção de um resultado significativo, não merece aplicação o princípio da insignificância. A segunda hipótese consiste na prática de várias condutas insignificantes que não seja contra a mesma vítima nem de forma cumulativa, e cita como exemplo o caso do indivíduo que subtrai uma caneta esferográfica hoje e, no mês seguinte, um DVD. Considera que são fatos desconexos no tempo e, por isso, não há impedimento em se reconhecer a incidência do princípio da insignificância. Por último, trata do fato único insignificante praticado por réu reincidente e, neste caso, é de inteira aplicação o princípio da

insignificância, haja vista este ser regido apenas por critérios objetivos, vale dizer, não se consideram as condições de caráter pessoal do agente (2010, p. 111-114).

Em que pese, *data vênia*, sua abalizada definição, pensamos que o caso da multirreincidência ou reiteração cumulativa, da forma como exposta, se aproxima mais do concurso material de crimes em que o agente, mediante duas ou mais ações, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (homogêneo ou heterogêneo) ou, ainda, concurso formal imperfeito, quando mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, mas desde que haja desígnios autônomos. E, nestes casos, não nos parece também se tratar de reincidência, já que esta pressupõe condenação anterior com trânsito em julgado, algo praticamente impossível de acontecer em tão curto espaço de tempo.

De qualquer forma, havendo concurso material de crimes, ou concurso formal imperfeito, se dessa atuação resultar a produção de um resultado desvalorado – relevante, significativo –, deve ser afastado o princípio da insignificância.

Para os casos de multirreincidência ou reiteração não cumulada, há também que ser ponderada uma questão: se entre a prática de um e outro delito não decorrer prazo superior a trinta dias, estaremos diante da regra do concurso material ou formal. Se superar esse período (que não é um critério legal, mas doutrinário), pode surgir a figura do crime continuado. Assim, se o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução ou outras semelhantes, devem os atos subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, estaremos diante da figura do delito continuado.

Logo, se houver elo ou continuidade, o caso será de continuidade delitiva. Caso contrário, ocorrerá o concurso material. Pode ser que também nos deparemos com uma situação de delito habitual. Neste caso, sua caracterização pressupõe uma reiteração de atos, citando como exemplo delito de rufianismo (art. 230, CP) ou curandeirismo (art. 284). Assim, uma única conduta não constitui crime, sendo, portanto, necessário uma pluralidade de condutas, caso em que também estaremos diante de um crime único. Isso ocorrendo, bastará que o operador do Direito averigue se o ato praticado pelo agente pode ser considerado uma ação desvalorada (relevante) ou se produziu um resultado desvalorado para saber se incide ou não o princípio da insignificância.

Cabe, por derradeiro, falar sobre a habitualidade criminosa. Ela ocorre quando o agente faz do crime seu modo de viver, não se confundindo, portanto, com as espécies de concurso de crimes ou mesmo com o crime habitual. Na habitualidade criminosa, o indivíduo vive do crime e, por isso, deve ser ponderado com maior prudência se sua conduta, além de socialmente reprovável, é desvalorada a ponto de impedir que sobre ela incida o princípio da insignificância. No delito habitual, cada conduta isoladamente não é considerada crime, enquanto que na habitualidade criminosa e no crime continuado, cada conduta isolada é considerada crime.

E, mesmo não tendo este princípio previsão expressa no nosso Direito Penal comum, podemos encontrá-lo, todavia, em duas disposições do Código Penal Militar (artigos 209, § 6º e 240, § 1º). O próprio STF também já se pronunciou, decidindo que no momento em que se vai aferir a irrelevância material da conduta, é necessária a análise dos requisitos supra (HC 89.104-7 – Rel. Min. Celso de Mello). Será ele o parâmetro norteador para uma interpretação restritiva do tipo penal, apurando tanto qualitativa quanto quantitativamente o grau de lesividade da conduta do agente, excluindo assim a incidência penal de fatos sem nenhum poder ofensivo.

Para Costa:

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, quando a lesão torna-se imperceptível, não será possível proceder ao seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado (2007, p. 137).

Ataques ínfimos, irrisórios, devem ser regidos pelo princípio da insignificância. Veja-se, a título de exemplo, o delito de dano (art. 163, CP). Imagine que alguém, deliberadamente provoque a danificação de uma vidraça. Ou, então, se durante a constância do casamento um dos cônjuges mantém relações extraconjugais (antigo art. 240, CP). Em que o Direito Penal ajudaria nestas duas circunstâncias? Ajudaria ele a restaurar a vidraça ou desfazer a infidelidade de um dos cônjuges? Qual seria a finalidade da pena para esses casos, já que de escassa (para o primeiro) ou nenhuma danosidade social (para o segundo)?

O delito de adultério foi sabiamente revogado pelo legislador. Para esses casos, o princípio da insignificância permite excluir de plano, as lesões ditas

de bagatela, o que também reforça o entendimento de que tal princípio não tem aplicação exclusiva para delitos patrimoniais.

Ademais, nestes casos em que a função legítima do Direito Penal reconhecidamente não surtirá qualquer eficácia, recomenda-se sua renúncia, haja vista que o bem jurídico enfraqueceu ou perdeu seu valor. Então, somente a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico justificará a proteção penal.

No dizer de Roxin:

[...] o poder estatal de intervenção e a liberdade civil devem ser levados a um equilíbrio, de modo que garanta ao indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, assim como também tanta liberdade individual quanto seja possível (2009, p. 39).

Quando o ataque praticado pelo agente é de tal forma perturbador aos direitos de terceiros (ninguém deverá ser punido quando ataca direitos próprios), demonstrando não somente o desvalor da ação, mas também, e principalmente, o desvalor do resultado jurídico penalmente relevante, pode-se concluir pela existência de um delito.

Ao contrário, se esses bens jurídicos não chegam sequer a ingressar no raio de ação criadora do perigo ou do risco, sendo incapaz de gerar uma concreta lesão ou um sério perigo, não se pode, destarte, falar em infração penal, senão apenas em um ilícito civil ou administrativo. Isto não quer significar a premiação do autor do crime com sua impunidade, apenas que há uma forma mais racional de aplicação das normas jurídicas.

Como temos mencionado, a missão do Direito Penal é repreender com sanções notadamente proporcionais a ameaças ou violações mais sérias. O homicídio tentado, por exemplo, é um caso de intensa ameaça a um bem jurídico relevante e merecedor de proteção penal.

Ora, é preciso ter sempre em mente o que é mais drástico: a gravidade da conduta que se pretende punir ou a intervenção estatal, com ameaça de pena? Qual das duas será considerada mais nociva: uma leve ofensa ou ameaça tolerada pela sociedade ou a arbitrariedade do Estado que, às vezes, tacanhamente inflige uma reprimenda desnecessária e desproporcional?

Alguém que dirigindo um veículo causa, culposamente, um leve arranhão na perna de outrem não deve merecer punição penal porque esta medida

extremamente danosa só vai estigmatizar ainda mais essa pessoa que, sem nenhuma pretensão e longe de ser uma ameaça à sociedade, provocou um quase que imperceptível arranhão.

Com razão está Vico Mañas (2011) quando diz que:

Não é o direito penal o caminho para a solução de todos os males da sociedade. Já é chegada a hora de dar vida à exata proporcionalidade entre a pena criminal e a significância do bem jurídico vilipendiado. E, nos casos em que a afetação deste for de grandeza diminuta, sem conseqüências maiores para a ordem social estabelecida, deve-se entender ausente a razão para a imposição de reprimenda penal, diante da pequenez da significação social do fato cometido.

É pela inexpressividade do fato, desprovida de reprovabilidade que se constitui em ação de bagatela, cujo resultado provocado é de extrema escassez, de forma a não merecer a valoração da norma penal que se pode infirmar a tipicidade pelo princípio da insignificância, por lhe faltar juízo de censura penal.

Também, não confundir, por fim, princípio da insignificância ou da bagatela com criminalidade de bagatela, porquanto, no primeiro, há exclusão da tipicidade e, no segundo, são aquelas infrações penais que ultrapassam a fase formal e material do delito e que, por disposição legal e atendendo ao disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal, são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Imagine-se alguém que saia à rua portando consigo uma faca na cintura. Andar armado é um fato significativo, passível, portanto, de reprovabilidade social, é dizer que existe um consenso de que uma arma pode revelar-se uma ameaça ao convívio social. Todavia, neste caso, embora o bem jurídico possa estar sob risco de ameaça, essa conduta é considerada como de menor potencial ofensivo, o que somente através da avaliação do caso concreto será possível verificar eventual existência de ofensa ou ameaça.

#### **4.1.1 Reconhecimento Legal e Constitucional**

Parte da doutrina ainda é recalcitrante quanto à aplicação do princípio da insignificância, por entender ser ele inaplicável em razão de não possuir nenhuma previsão no ordenamento jurídico, seja legal ou constitucional. Para seus seguidores, sem essa contemplação pelo legislador, é inviável a utilização deste

princípio, podendo, inclusive, comprometer outro princípio: o da segurança jurídica, em razão de sua imprecisão e vagueza.

Em que pese tais objeções, não se pode crer que apenas o texto escrito seja capaz e suficiente para exaurir o ordenamento jurídico, cabendo ao operador do Direito explicitar as demais normas subjacentes e que também o integram.

Já vimos que as normas jurídicas não são capazes de prever proteções a todos os bens existentes no mundo físico e por isso, algumas delas são mais abrangentes. Assim é que as construções teóricas irão permitir o real alcance da norma jurídica, sem que se possa falar em ferimento constitucional.

É cediço que a Constituição erradia princípios expressos e que, por estarem carregados de generalidade e abstração, podem ser aplicados às normas infraconstitucionais como uma forma de interpretação e limitação. Ocorre que, juntamente com estes princípios explicitados, existem outros princípios que podem ser extraídos do próprio modelo de Estado Democrático de Direito.

A título de exemplo, citemos a vedação da edição em matéria penal por meio de medida provisória. Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 32/2001 que alterou o texto constitucional vedando, agora de forma expressa, a possibilidade de esta medida de relevância e urgência poder veicular matéria de Direito Penal, já era consenso na doutrina e jurisprudência que este tipo de medida não se coadunava com o *status libertatis* do cidadão, mesmo porque, a lei penal não poderia, nem pode, ser feita às pressas, sem que haja um estudo profundo sobre suas consequências e finalidades.

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal não deixa dúvidas quanto à existência desses princípios implícitos. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (GOMES, 2010, p. 32).

E não é só. Ao analisarmos o princípio da legalidade, veremos que nele está inserta a definição de bem jurídico que, por seu turno, irá indicar se a ofensa por ele sofrida é merecedora de proteção penal.

O adágio *nullum crimen sine lege* revela hoje não só o conceito meramente formal de delito, mas também uma visão mais contemporânea do conceito material de crime, de forma que, sem que exista uma lesão significativa

direcionado ao bem jurídico protegido, não há que se falar em fato típico e em legalidade penal.

Outro importante princípio, o da proporcionalidade, também vai permitir averiguar se a aplicação do Direito Penal é razoável em face do caso concreto, através da dosimetria da pena. Por isso existe uma fixação de determinados critérios, os quais irão justificar ou não, a infligência de uma reprimenda no campo penal.

É também destes princípios que se extrai o conteúdo do princípio da insignificância. Logo, há necessidade de uma atividade interpretativa para que se resgate, da norma ou do texto constitucional, os princípios implícitos, a fim de dar-lhe efetiva concretude.

Por isso é de se concluir que o princípio da insignificância decorre do próprio modelo de Direito Penal, procurando se ajustar à estrutura garantística do Estado Democrático de Direito.

Ademais, o princípio em comento também constitui um dos objetivos fundamentais da República que propõe a construção de uma sociedade livre e justa.

Caso não existisse o princípio da insignificância, não haveria motivo para tentar inseri-lo no cenário jurídico penal, tal qual faz a proposta referida no PL. nº 6.667/2006, de autoria do Deputado Carlos Souza, que tenta incluir o artigo 22-A no Decreto-Lei 2.848/40 (Código Penal), cuja redação é a seguinte: “Salvo os casos de reincidência, ameaça ou coação, não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante”.

Sem se discutir aqui o mérito do projeto, deixa o legislador evidente o seu reconhecimento (ao menos por um pequeno segmento) reforçando o entendimento de que, embora implícito, ele existe. Não fosse assim, a nossa Corte Constitucional sobre ele não se pronunciaria, aplicando-o nos casos em que a ela é provocada a decidir.

Para Bianchini, não há dúvidas de que:

É da Constituição que se retiram, de forma explícita ou implícita, os valores (aqui abrangendo a categoria de bem jurídico) que merecem proteção por meio da via penal, o que não significa, entretanto, que todas as condutas atentatórias a eles serão criminalizadas (2002, p. 58).

Também é a Constituição que determina os limites materiais ao Direito Penal, sobretudo, na construção dos tipos penais, impedindo-o que, no dizer de Feldens (2008, p. 34), “[...] tutele penalmente um interesse constitucionalmente proibido ou socialmente irrelevante”. Daí a necessidade de que a conduta ofenda um bem jurídico de terceiro de forma a adquirir dignidade penal, vale dizer, sair da esfera do individual e afetar gravemente bens de outrem.

Ora, já que a Constituição alberga bens jurídicos e interesses mais relevantes para a sociedade, é neste assento constitucional que a lei busca o fundamento para sua intervenção punitiva. É a Constituição atuando como fundamentação e legitimidade das normas penais em conformidade com os ideais de justiça. Ela é fonte do Direito Penal, mas ao mesmo tempo também atua como redutora material e formal do Direito Penal, o que lhe empresta, portanto, o caráter de constitucionalidade.

Não obstante seu reconhecimento constitucional, o princípio da insignificância ainda não foi expressado positivamente no nosso Direito comum, no entanto, em pelo menos dois dispositivos do Código Penal Militar ele consta expressamente.

O primeiro deles é no caso de lesões corporais levíssimas, situação em que o juiz poderá considerar o crime como infração meramente disciplinar (art. 209, § 6º, C.P.M.), e o segundo, ocorre na hipótese de furto, em que a coisa subtraída seja de pequeno valor, hipótese em que o juiz também poderá considerar o fato como infração apenas disciplinar (art. 240, § 1º, C.P.M.).

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 95445, e que teve como relator o Ministro Eros Grau, se posicionou pelo trancamento da ação penal, por considerar aplicável o princípio da insignificância na justiça castrense.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE [ARTIGO 209, § 4º, DO CPM]. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. O princípio da insignificância é aplicável no âmbito da Justiça Militar de forma criteriosa e casuística. Precedentes. 2. Lesão corporal leve, consistente em único soco desferido pelo paciente contra outro militar, após injusta provocação deste. O direito penal não há de estar voltado à punição de condutas que não provoquem lesão significativa a bens jurídicos relevantes, prejuízos relevantes ao titular do bem tutelado ou, ainda, à integridade da ordem social. Ordem deferida. (HC 95445, EROS GRAU, STF, DJE, 14.08.2009).

Também é neste sentido o entendimento afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o voto do Ministro Celso de Mello, com relação à posse de entorpecente por militar.

CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - POSSE (OU PORTE) DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - PEDIDO DEFERIDO. - Aplica-se, ao delito castrense de posse (ou porte) de substância entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes. (HC 101759, CELSO DE MELHO, STF, DJE, 27.08.2010).

Ciente de sua existência, o princípio da insignificância é também corolário do princípio da intervenção mínima, o qual será abordado no próximo capítulo.

#### **4.1.2 Natureza Jurídica e Limites**

Há pouco vimos que a insignificância é um princípio implícito e que encontra seu fundamento de validade retirado da própria Constituição. E é princípio do Direito Penal porque irá interferir de alguma forma, sobre o aspecto existencial do delito.

Na abordagem do princípio da insignificância, pudemos observar a necessidade do estudo, além do bem jurídico, do fato praticado pelo agente, mais especificamente, o desvalor da conduta e do resultado dele decorrente.

Assim, é possível que o desvalor da conduta possa ser relevante, porém só essa apuração é insuficiente, devendo-se averiguar, num segundo momento, se o desvalor do resultado é ou não relevante, a ponto de ofender ou colocar o bem jurídico protegido em risco.

Com a reforma do nosso Código Penal em 1984, adotamos a teoria finalista da ação, do alemão Welzel. Para ele, crime é toda conduta humana dirigida a uma finalidade. Também para esta doutrina formalista, o crime passa a ser um fato

típico e ilícito, de forma que basta que a conduta do agente esteja prevista em um tipo penal que, se e quando praticada, constituirá inexoravelmente um forma delitiva.

Mas é com a desatrelação, o desapego a esse formalismo legal que surge espaço para a doutrina penal constitucionalista, retirando do magistrado o mero juízo de subsunção para fazer com que este, doravante, se aproxime ao máximo da justiça material. Por isso o modelo do finalismo está sendo gradualmente reinterpretado.

Ultrapassando o aspecto naturalístico do delito, em que para sua consumação bastava ou bastaria um juízo lógico formal, agora, com a teoria constitucionalista, para caracterização do delito não é suficiente apenas o desvalor da ação que é a criação de um risco proibido, mas também e principalmente, o desvalor do resultado jurídico penalmente relevante.

Por isso Gomes, esclarece:

A tipicidade, por seu turno, passa a ser entendida em sentido material (fato materialmente típico), porque foi enriquecida pelo sentido e conceito material da antijuridicidade (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido). Mas essa ofensa (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) já não é valorada diretamente dentro da antijuridicidade, mas, sim, no (próprio) seio da tipicidade (material) (2004, p. 90).

Para argumentar, o artigo 32, da Lei das Contravenções Penais punia com pena de multa quem viesse a dirigir, em via pública, veículo, sem que estivesse portando habilitação. Pouco importava se a condução se desenvolvia dentro de uma normalidade. Bastava o desvalor da ação, ou seja, a prática de um ato cuja lei o descrevia como delito.

Com a teoria constitucionalista, é necessário um resultado jurídico, ou seja, uma lesão ou perigo de lesão. Com a nova Lei de Trânsito (9.503/97), seu artigo 309 prevê como criminosa a conduta daquele que dirige em via pública, veículo automotor, sem permissão ou autorização, ou quando o seu direito de dirigir está cassado e, desde que gere perigo de dano.

Agora sim, com a nova sistemática, não basta que o agente simplesmente dirija sem autorização ou habilitação. É preciso que sua conduta provoque um perigo de dano, de forma que, sem a existência desse perigo, o fato caracterizará mera infração administrativa.

Neste sentido, Capez e Gonçalves (1998, p. 57), alertam que “[...] se a conduta gera perigo de dano, há crime, mas, se não gera, há mera infração administrativa”.

Como se vê, é pelo desvalor do resultado que o princípio da insignificância interfere no tipo penal, dele retirando sua tipicidade material. Não é mais suficiente a mera subsunção formal, sendo preciso que exista efetiva lesão ou risco ao bem jurídico.

Não é na culpabilidade que está localizado o princípio da insignificância, pois ela é pressuposto para aplicação da pena, é dizer, é necessário que exista o reconhecimento da existência formal e material do delito, que não existam causas de excludentes da ilicitude para, só então, chegar-se à fase da culpabilidade para justificar a fixação da pena em determinado patamar.

A culpabilidade pressupõe a reprovabilidade de uma conduta reconhecida como significativa para o mundo jurídico. Assim, ela irá avaliar a conduta social do agente (já tida como relevante), seus antecedentes, sua personalidade e motivos do crime, as circunstâncias, além do comportamento da vítima, estabelecendo o necessário para que a pena fixada seja suficiente para reprovação e prevenção do crime, à luz do que dispõe o artigo 59 do Código Penal.

De igual forma, não confundir o princípio da insignificância com excludentes da ilicitude, como é o caso do furto famélico, corriqueiramente mais confundido. Neste caso, o fato típico também está preenchido formal e materialmente, porém, a própria lei trata de causas autorizadas da conduta do agente e que excluem a ilicitude do fato típico. É a hipótese em que o sujeito age em estado de necessidade para saciar sua fome.

Em recentes decisões, para casos análogos, o STF deu mostras do quanto ainda não está bem compreendido este princípio. Ao analisar o HC 99054, em que uma pessoa foi acusada de furtar água da Companhia Riograndense de Saneamento – Corsan, em razão de ligação clandestina, causando prejuízo de R\$ 96,33 obteve o paciente uma decisão liminar para trancar a ação penal, por reconhecida ausência de lesão ao bem jurídico tutelado, já que não teria sido capaz de atingir de forma relevante a esfera de proteção tutelada pelo Direito Penal.

A esse respeito, veja-se o teor da decisão proferida, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e publicado no DJE de 20.05.2009:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de GILSON SANDRO JANSEN, contra ato do Superior Tribunal de Justiça. Extrai-se da inicial que o paciente foi denunciado pelo furto água potável mediante ligação clandestina. A Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN avaliou a água subtraída em R\$ 96,33 (noventa e seis reais e trinta e três centavos). Em primeira instância o paciente foi absolvido, sob o argumento da atipicidade da conduta, em virtude da aplicação do princípio da insignificância. O *Parquet* estadual apelou dessa decisão, contudo, sem êxito, pois a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo mesmo fundamento. Seguiu-se ao respectivo acórdão recurso especial, o qual foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça, nestes termos: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BEM DE PEQUENO VALOR. FURTO PRIVILEGIADO.

1. Para a incidência do princípio da insignificância, necessários se fazem a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF.

2. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal.3. Recurso provido” (fl. 13).Esse o motivo da presente impetração. A Defensoria Pública da União, em suma, sustenta ser aplicável ao caso o princípio da bagatela, ou da insignificância. Ao final, requer a concessão de medida liminar para suspender o trâmite da ação penal a que responde o Sr. GILSON SANDRO JANSEN, até decisão final desta Suprema Corte. É o breve relatório. Decido. O caso é de concessão de liminar. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido ser aplicável o princípio da insignificância ou da bagatela, em casos que se revestem de pouca ou nenhuma relevância para o Direito Penal. Ou seja, situações em que não há lesão significativa ao bem jurídico tutelado.Nesse sentido cito, dentre outros: HC 94.502/RS, Rel. Min. Menezes Direito, HC 95.749/PR, Rel. Min. Eros Grau, HC 94.770/RS, Rel. para o acórdão Min. Eros Grau, HC 92.740/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, HC 92.411/RS, Rel. Min. Carlos Britto. Pois bem. Na espécie ora em exame, e considerando a análise perfunctória que se faz possível nesta fase processual, tudo leva a crer que os fatos apresentados na inicial se enquadram na orientação acima descrita. É dizer, o furto de água no valor reconhecido de R\$ 96,33 (noventa e seis reais e trinta e três centavos), nas condições narradas na denúncia do Ministério Público gaúcho, não se mostra, em tese, capaz de atingir de modo relevante a esfera de proteção do Direito Penal. Isso posto, defiro a liminar para suspender o trâmite da Apelação 70015495658 até julgamento definitivo do presente writ.Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.Bem instruído os autos, ouça-se o Procurador-Geral da República.

Consultando, por outro lado, o HC 98944 em que uma paciente também era acusada de furtar gomas de mascar, no importe de R\$ 98,80, ela teve seu pedido liminar indeferido haja vista que, segundo a decisão proferida, embora o prejuízo causado pelo furto cometido fosse de pequeno valor, não se tratava de furto

famélico.<sup>3</sup> Segue abaixo o teor da decisão proferida, publicada em 18.05.2009, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

DECISÃO. CONDENAÇÃO PENAL – FURTO – CRIME DE BAGATELA – ANTECEDENTES – SUSPENSÃO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – *HABEAS CORPUS* – CONSIDERAÇÕES – LIMINAR INDEFERIDA. 1. A Assessoria assim retratou as balizas desta impetração: A paciente foi denunciada por infração do disposto no artigo 155 do Código Penal (furto) porque, em 12 de junho de 2007, teria subtraído caixas de goma de mascar, avaliadas em R\$ 98,80 (folhas 8 e 9). Concluída a instrução processual, foi ela condenada à pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e multa à razão de 1/30 do salário mínimo, vigente na data do crime (folha 14 a 16). O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proveu parcialmente a apelação interposta em favor da paciente. Refutou a tese da atipicidade da conduta tendo em conta o princípio da insignificância e acolheu a argumentação da defesa no ponto em que impugnada a dosimetria da pena, no que concerne ao artigo 59 do Código Penal, por não ser admissível, no caso, falar em culpabilidade intensa, motivo, conduta social e personalidade desfavorável à apelante. A pena-base foi reduzida para 1 ano e 3 meses de reclusão e 20 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, proporcional ao quanto estabelecido como pena privativa de liberdade (folha 31 a 41). Contra o acórdão, foi impetrado *habeas* perante o Superior Tribunal de Justiça – o de nº 122.306, distribuído ao Ministro Felix Fischer. A Quinta Turma daquela Corte indeferiu a ordem, refutando a tese de atipicidade da conduta em razão do princípio da insignificância (folha 53 a 59). Nesta impetração, voltada contra o referido acórdão, a Defensoria Pública da União reitera a tese da atipicidade da conduta, à vista da insignificância do bem subtraído e considerando a desnecessidade e a desproporcionalidade da aplicação do Direito Penal ao caso. Menciona precedente do Supremo: *Habeas Corpus* nº 92.463, relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 31 de outubro de 2007. Pede a concessão de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida no Processo-Crime nº 1.0672.07.252573-2/001, que teve curso no Juízo da 2ª Vara Criminal de Sete Lagoas, Estado de Minas Gerais, e, conseqüentemente, a suspensão da execução da pena, até o julgamento do *habeas*. No mérito, pleiteia a declaração de atipicidade da conduta da paciente, à vista do princípio da insignificância, absolvendo-a da imputação. 2. De início, seria dado acolher o pedido de suspensão do que decidido no processo-crime instaurado contra a paciente. Realmente, o prejuízo advindo do furto foi de pequena monta – caixas de goma de mascar avaliadas em R\$ 98,80 –, mas, além de não se tratar do denominado furto famélico, nota-se que a paciente já havia incursionado em tal campo, surgindo condenação penal. Em síntese, voltou a claudicar na arte de proceder em sociedade, não cabendo, ao menos nesta fase preliminar, acionar o instituto da bagatela e suspender a eficácia do título executivo judicial condenatório. 3. Indefiro a liminar. 4. Estando no processo as peças indispensáveis à compreensão da matéria, colham o parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Publiquem.

Ora, se a culpabilidade pressupõe a consideração como conduta relevante, ou seja, o enquadramento formal e material a reconhecer a existência do

---

<sup>3</sup> Um peso, duas medidas. Site Migalhas.

delito, a excludente de igual modo a pressupõe também, com a diferença de que esta última reconhecendo as duas tipicidades (material e formal), acaba por considerá-las autorizadas pela própria lei. Assim, embora típico o fato, ele deixará de ser ilícito.

Diferentemente é o princípio da insignificância que, *a priori*, ao analisar perfunctoriamente os componentes que envolvem os fatos, reconhecerá ou não se aquela conduta pode ser considerada socialmente reprovável, e mais, se houve efetiva lesão ou séria exposição a perigo do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Reconhecida nesta fase sua insignificância, nem sequer poderá se falar em existência de crime, por não terem sido preenchidos os requisitos materiais, passíveis de classificar o fato como delituoso.

A lição de Vico Mañas (*apud* SILVA, 2010, p. 94), é neste sentido:

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

Ora, diante das diretrizes traçadas pelos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do poder estatal em matéria penal, a aplicação do princípio da insignificância não é outra coisa senão corolário de que dever haver uma contribuição para que se diminua a incidência do Direito Penal, alertando-se ainda para a observância de outros postulados como o da proporcionalidade entre a cominação da pena e o valor do bem jurídico violado.

Se com essa principiologia se verificar que o delito não traz consequências desastrosas para o convívio social, não há motivos legítimos para movimentação do judiciário para a condenação de alguém com a indevida imposição de uma reprimenda neste campo do Direito.

Por isso o princípio da insignificância irá contribuir como instrumento de interpretação restritiva, afastando o grande formalismo, fruto da adoção da teoria finalista da ação adotada pela doutrina, a partir da reforma de 1984.

O Direito Penal não pode ser o primeiro ou o único caminho a se percorrer para solucionar todos os desvios de condutas de uma sociedade. Não é essa sua missão. Por isso, é preciso a análise criteriosa entre o mal causado, a

proporcionalidade entre a pena que se quer impor e o grau de relevância sofrido pelo bem jurídico protegido.

Se verificado que a agressão foi de diminuta ofensa, que não trouxe maiores consequências para a ordem social, se deve entender que não há razões para interferência penal ante o fato social praticado.

#### **4.1.3 Fator de Justiça Social ou Propagação da Impunidade?**

A partir deste entendimento, questionam alguns doutrinadores se a aplicação do princípio da insignificância, por ser dotado de vagueza e imprecisão, além de afetar a segurança jurídica não seria também um estímulo para prática de pequenos delitos ou mesmo para premiar o autor do delito com a impunidade.

Não pensamos que assim seja. Quanto à questão da segurança jurídica e sua imprecisão, já vimos que o princípio da insignificância, embora não positivado no nosso ordenamento jurídico comum, busca seu fundamento de validade no próprio princípio da legalidade, da proporcionalidade, da fragmentariedade, ofensividade e intervenção mínima, além, é claro, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com esses alicerces sólidos, fica afastada a tese de que a não incidência no campo penal vá promover a anarquia estimulando a prática delitiva no corpo social.

Ao contrário. O escopo do princípio da insignificância, bem como o da intervenção mínima, é promover o indivíduo na sociedade, tirando-o da margem e aproximando-o do convívio social, isso porque o simples fato de alguém já ser objeto de investigação, lhe traz sérios prejuízos em relação à sua colocação no mercado de trabalho.

E mais. Na maioria das vezes, em casos de pequenos furtos, a reprimenda penal acaba sendo mais injusta e mais severa do que a própria conduta por ele praticada. O Estado se transforma, então, num delinquente maior que o próprio delinquente, ao tentar justificar uma pena desproporcional.

Quando se trata de ciência penal, não é possível querer substituir a cultura popular pela cultura jurídica. O Direito Penal não existe para punir pequenos delitos. Por ser medida extrema, sua aplicação só se justificará se a sanção se mostrar razoável e proporcional ao fato praticado.

O interesse deste princípio não é premiar o autor do crime com a impunidade, mas apenas permitir sua aplicação, quando extremamente necessário e imprescindível para restauração da ordem social, diante de ataques intoleráveis aos bens jurídicos.

Por isso, a ideia é transferir para outros ramos do Direito (Civil, Administrativo, Trabalhista, Tributário) a tarefa de repreender com sanções de outra natureza e que se mostrem mais adequadas do que a repressão penal.

Essa só deve atuar em situações absolutamente extremas e intolerantes. Do contrário, o que veremos é o aumento da desigualdade, de pessoas colocadas à margem da sociedade por fatos que sequer representam ameaça ao ente coletivo, tudo isso para satisfazer interesses não muito claros, embalados pela doutrina do simbolismo penal que quer, a qualquer custo, demonstrar à sociedade que não estão inertes, nem alheios à realidade social, construindo, com isto, uma sociedade mais injusta e menos solidária com o próximo.

É transferir para o judiciário a responsabilidade pela inércia estatal, fazendo com que a população enxergue, de forma deturpada, a verdadeira missão do judiciário e, sobretudo, do Direito Penal.

Ora, se como vimos, o princípio da insignificância está intimamente ligado à moderna teoria do delito, à atual posição do juiz que, de coadjuvante, de um mero executor bitolado aos parâmetros formalistas e abstratos da lei, então qual seria a justificativa da sua não aplicação no cenário jurídico penal?

Pensamos que o juiz ainda é um positivista jurídico legalista, que busca na forma e no positivismo, é dizer somente naquilo que está escrito, o seu porto seguro, sua fonte irrepreensível de decidir, sem se preocupar em interpretar a lei e os princípios balizadores, o que pode conduzi-lo, não raro, a incontáveis aberrações.

É preciso que ele se desvincule de todo esse apego ao formalismo, como se o processo penal bastasse em si e não como fonte inspiradora, que lhe proporcionasse fazer justiça naquele caso concreto. Procura justificar suas decisões no acúmulo de demandas e que, entre “perder tempo interpretando as leis” para decidir um único caso e resolver várias lides em um menor tempo possível, ele ainda prefere este último.

Hoje esse silogismo não é mais sustentável. O juiz deve atuar com equilíbrio, julgando dentro de suas razões, com absoluta prudência, mostrando

sensibilidade e respeito consigo e com a sociedade, agindo racionalmente, suprindo as deficiências legislativas, valendo-se desse novo instrumento para, em nome de um Direito Penal equilibrado e buscando sempre uma justiça material, quebrar com esses paradigmas formalistas. Fazendo isso, estaria ele dando uma grandiosa contribuição para reduzir a criminalidade e as desigualdades de nosso país, evitando ainda o pesado fardo de um processo penal na vida de um cidadão por fato de tamanha pequenez.

## CAPÍTULO V

### O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

#### 5.1 ORIGEM E CARACTERÍSTICAS: FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE ENQUANTO DIREITO PENAL EQUILIBRADO

O princípio da intervenção mínima também é outro consectário da Política Criminal e que, como veremos a seguir, implica uma prévia limitação do legislador na elaboração de leis penais.

A fim de que se possa evitar ao máximo, a criação de delitos iníquos, cominação de penas desnecessárias ou vexatórias que atentem contra a dignidade da pessoa humana, a intervenção mínima desponta como um dos princípios para restringir essa inadequada atividade legislativa, freando ao mesmo tempo, o arbítrio do legislador.

É com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 8º que, estabelecendo penas estritas e evidentemente necessárias, surge o princípio orientador e limitador do poder criativo de crime: a intervenção mínima, que no dizer de Luisi:

Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. [...] Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima (2003, p. 39).

Logo, editada como decorrência da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão vinculada ao pensamento iluminista, consagrou em seu texto o princípio da intervenção mínima, cuja pretensão era reduzir a legislação em geral que se desenvolveu a partir da segunda década do século XIX.

Na contemporaneidade, os legisladores têm exagerado nas suas atividades típicas, abusando tanto da criminalização quanto da penalização, atentando claramente contra o princípio em comento, já provocando sintomas aparentes. Um deles é o descrédito do Direito Penal, que perde a cada dia sua força intimidatória diante daquilo que se denomina *inflação legislativa*.

Por isso, como características do Direito Penal equilibrado, temos a fragmentariedade e a subsidiariedade que, junto com o princípio da intervenção mínima, vão procurar limitar o arbítrio do legislador não só na edição de leis penais como também na sua penalização.

O caráter fragmentário se traduz no entendimento de que o Direito Penal não deve se ocupar de todo o Direito, mas apenas de uma parcela sua, de forma que não deve criminalizar todas as condutas que lesem ou exponham a perigo os bens jurídicos, mas apenas aquelas condutas mais graves e intolerantes, praticadas contra os bens mais relevantes para o convívio pacífico em sociedade.

Por isso, nem todas as ações que lesionarem bens jurídicos devem ser proibidas pelo Direito Penal, mesmo porque, nem todos os bens jurídicos são protegidos por ele. Assim, só os ataques a bens mais importantes serão merecedores da intervenção estatal por meio do Direito Penal.

Pela fragmentariedade então, não deve o Direito Penal disciplinar todas as formas de condutas com sua forte carga de repressão, mas apenas aquelas que, por serem mais graves e intoleráveis para uma sociedade, mereçam um tratamento mais severo e estigmatizante.

Logo, não se pode falar em lacunosidade quanto à tutela de determinados bens ou valores. Ao contrário, é instrumento necessário e limitador do totalitarismo da proteção penal, no sentido de que este ramo do Direito não deve ser utilizado para proteção de todos os bens jurídicos, senão se ocupando, destarte, da parte mais importante, dos bens ou interesses mais valiosos, de forma que se a conduta praticada pelo agente não chega sequer a perturbar o convívio social, não será ela passível de tutela penal.

Outra importante característica, numa visão minimalista do Direito Penal, é a sua subsidiariedade. Desta forma, não basta apenas que ele se ocupe de uma pequena parcela do Direito (fragmentariedade). É preciso averiguar também se, mesmo a despeito disso, os outros ramos do Direito não foram suficientemente capazes de proteger esses bens jurídicos (caráter subsidiário).

Por isso é que se diz que o Direito Penal deve ser aplicado de forma subsidiária. Para se evitar que, com todas as suas medidas drásticas interfiram desde o início na proteção de bens jurídicos, demonstrando assim sua preocupação e respeito com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa forma de intervenção do Estado não deve, portanto, atuar com primazia. Ao contrário, ela deve vir sempre como *ultima ratio*, isto é, como a extrema e última medida a ser utilizada pelo Direito.

É preciso então, fazer a seguinte análise: se temos um desvio de conduta, devemos perquirir se outros ramos do Direito podem, com eficiência, se encarregar da proteção desse bem. Se a resposta for positiva, esta área do Direito cuja proteção se mostrar mais eficaz terá preferência sobre o Direito Penal.

Todavia, essa eficiência a que nos referimos não se restringe apenas ao campo formal de atuação, vale dizer, aquilo que está disposto em determinada legislação ou mesmo na Constituição. Há uma premente necessidade de que essa tentativa de proteção seja efetiva no plano real, a fim de que se possa aferir, verdadeiramente, a sua eficácia. Do contrário, não passaríamos senão de uma mera contemplação positivista-formalista, com uma Carta Constitucional de Intenção.

Daí porque, somente depois de ultrapassados todos os princípios informadores para criação dos tipos penais e vencidas todas as barreiras predispostas para proteção do bem jurídico (e contempladas por outros ramos do Direito) é que se abrirá oportunidade para interferência e proteção do Direito Penal. Por isso ele é subsidiário, ou seja, só tem lugar quando os demais ramos não puderem solucionar, de forma satisfatória, aquele conflito. É, então, Direito de *ultima ratio*.

Neste cenário, caminham os trabalhos da comissão de juristas encarregados de elaborar um novo Código Penal Brasileiro. Instalada, recentemente (18.10.2011), essa comissão será presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, tendo como integrantes do grupo ainda a ministra do STJ Maria Thereza de Assis Moura e os especialistas Antonio Nabor Areias Bulhões, Emanuel Messias de Oliveira Cacho, Gamil Föppel El Hireche, José Muiños Piñeiro Filho (desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro), Juliana Garcia Belloque, Luiza Nagib Eluf, Marcelo André de Azevedo, Marcelo Leal Lima Oliveira, Marcelo Leonardo, René Ariel Dotti, Técio Lins e Silva e Luiz Carlos Gonçalves, que é o relator.

De acordo com o veiculado pelo Superior Tribunal de Justiça, Sala de Notícias,

haverá uma tendência de valorização das penas alternativas e de retirada de condutas que atualmente não são mais penalmente relevantes e que podem ser tratadas com penalidades administrativas, civis e tributárias. “Temos que selecionar quais os bens jurídicos que merecem a efetiva proteção do direito penal”, afirmou Dipp.

A ideia é que, se para se restabelecer a ordem jurídica violada se apresentar medidas civis ou administrativas (fiscalizatórias, por exemplo), estas é que devem ser empregadas e não as de natureza penal. Este, como dito, deve interferir o menos possível, sendo solicitado a agir somente quando esses outros setores do Direito, comprovadamente, não se prestarem a tal finalidade. É a última medida protetora a ser adotada.

### 5.1.1 Reconhecimento Constitucional e Definição Jurídica

Assim como o princípio da insignificância, o da intervenção mínima não consta expressamente no Código Penal nem está inscrito no texto constitucional. Mesmo assim, por integrar a Política Criminal, ele é merecedor de reconhecimento constitucional e tal decorre de uma interpretação e compatibilização com outros princípios jurídico-penais, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, pressuposto de um Estado Democrático de Direito, exigência necessária para que possamos avançar do plano de uma justiça formal para a distribuição mais equitativa de uma justiça material.

O princípio da legalidade, instrumento limitador do arbítrio judicial e respaldado na dignidade da pessoa humana contempla igualmente a intervenção mínima emprestando-lhe reconhecimento constitucional. Da mesma forma atuam os princípios da ofensividade, da necessidade e da proporcionalidade e que, na visão de Costa também se assenta no devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da C.F.). (COSTA, 2007, p. 124).

Para Prado, a intervenção mínima, enquanto princípio de Direito Penal, é corolário da Política Criminal, como elemento restritivo do direito de punir do Estado:

[...] o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos por outra forma. Aparece ele como uma orientação de Política Criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito

Penal e da concepção material de Estado de Direito. (PRADOa, 2003, p. 68).

Desta forma, ainda que não se possa emprestar a qualidade de princípio explícito, tanto ele quanto os demais princípios expressos e implícitos surgem como obstáculos a serem transpostos pelo legislador ordinário no momento em que este irá inovar o ordenamento jurídico penal, seja criminalizando novos tipos penais, seja revogando-os, ou ainda exacerbando-lhe as penas já existentes. São eles, portanto, conseqüências de um Direito Penal garantista.

Visto tratar-se de princípio erigido à categoria de constitucional, cumpre-nos defini-lo juridicamente, dentro de uma visão minimalista e orientada pela Política Criminal. Esta se destaca como diferença de potencial entre dois pontos, posto que não há apenas a corrente minimalista do Direito Penal. Existe também os defensores do maximalismo, é dizer, os que sustentam um Direito Penal máximo, com aplicação *prima ratio*, de intervenção exacerbada e a todo custo, formando um verdadeiro campo de tensão entre um e outro idealistas.

Não é porque vivemos em uma sociedade mutante, cujos valores, até então desconhecidos, não possam futuramente apresentar-se em um dado momento histórico-cultural, como pedra fundamental. Às vezes, embora um bem não tenha sido contemplado, seja pelo legislador constituinte, seja pelo infraconstitucional, é possível acontecer que, posteriormente, venha se mostrar de maior importância no cenário social.

De qualquer forma, assim acontecendo, deve o legislador e os demais operadores do Direito laborar com racionalidade, dando a devida proteção na medida exata para que se possa atingir, com maior equilíbrio possível, uma salvaguarda eficaz e, sobretudo, sem exageros.

Este é o ponto em que destoam um e outro idealistas, e que como diz Greco:

Os minimalistas afirmam que a criação exagerada de tipos penais (incriminadores) fará com que o Direito Penal se ocupe de proteger bens que não tem a importância necessária por ele exigida, nivelando-o aos outros ramos do ordenamento jurídico, mesmo sendo as suas penalidades as mais estigmatizantes; já os adeptos das teses maximalistas aduzem que a sociedade deve valer-se desse meio forte de imposição do terror, que é o Direito Penal, a fim de tentar evitar a prática de comportamentos em tese a ela danosos ou perigosos, não importando o *status* que goze o bem com que ele se quer proteger. Para os maximalistas, o Direito Penal teria um papel educador, isto é, mediante a imposição de suas graves sanções,

inibiria aquele que não está acostumado a atender às normas de convivência social a praticar atos socialmente intoleráveis, mesmo que de pouca ou de nenhuma importância (2010, p. 69).

De acordo com a proposta deste trabalho, adotamos a teoria minimalista, que vê o Direito Penal como uma ciência longe dos excessos e do formalismo. Para os adeptos desta teoria, ele é o último a ser chamado a intervir e, quando o faz, atua de forma racional, equilibrada, buscando seu conteúdo material, nos estritos limites do necessário.

Logo, falar sobre o princípio da intervenção mínima é questionar sobre as verdadeiras funções do Direito Penal, vale dizer, seu real papel a ser cumprido perante a sociedade.

É certo que essa ciência foi largamente utilizada para imposição de castigos imoderados, seja por parte do Estado, seja através da própria vingança privada.

Sabemos então, que num primeiro momento, o que vigeu foi a justiça pelas próprias mãos: o que valia era a *lei* dos mais fortes sobre os mais fracos. Entretanto, superada esta etapa de reação pessoal aos delitos, surge um novo marco histórico, em que o Estado passa, a partir de então, a assumir o poder de definir o que é crime, bem como de infligir suas respectivas penas.

Após a teoria naturalista (ou causal) nos séculos XIX e XX, a finalista (1920-1930), e a social da ação, surge entre os alemães, em 1970, um novo movimento no campo penal cuja função é demonstrar a que se presta realmente o Direito Penal, mitigando o tecnicismo e procurando enfatizar a necessidade da coexistência entre Política Criminal e Direito Penal.

Apresenta-se um Estado Constitucional e Democrático de Direito revelando princípios de suma importância. Entre eles, a insignificância e a intervenção mínima, que vão dar um novo horizonte para essa ciência tão mal utilizada ultimamente.

A intervenção mínima, logo, tem por escopo evitar a inflação legislativa destituída de critérios que possam dar inexorável efetividade ao Direito Penal. Criar leis penais sob momento de comoção social não é recomendável nem aceitável. É preciso que se estude sobre sua viabilidade, analisando anteriormente sua imprescindibilidade frente a outros ramos do Direito que se mostraram inefetivos.

Do contrário, teremos o Direito Penal apenas como instrumento simbólico exercendo funções eminentemente negativas na sociedade, sobretudo, por infligir sanções desajustadas com a realidade e distanciando ainda mais o Direito da justiça.

Como ciência de *ultima ratio*, o Direito Penal deve intervir e atuar somente em relação àquelas agressões que sejam socialmente intoleráveis e que não tenham conseguido, eficaz e suficientemente sido protegidas por meios de sanções extrapenais (civis, administrativas, trabalhistas, tributárias, etc.). Sem que isso tenha ocorrido, essas ofensas devem alhear-se da atuação penal estatal.

Ora, se pensarmos que o autor de determinada conduta só deva responder criminalmente por ela se houver perfeita subsunção do fato à norma, não se pode olvidar também que essa seleção de bens jurídicos, essa escolha pelo legislador do que será ou não definido como crime é dotada de verdadeira e significativa ausência de tecnicidade, vale dizer, sem nenhum rigor científico.

Por isso repetimos: a intervenção mínima deve consistir na exclusiva atuação do Direito Penal somente a partir do instante em que se verificar que os demais ramos do Direito não são mais eficazes, com perda de sua capacidade de exercer a tutela desejada. Por se tratar de medida drástica, deve sempre agir em última circunstância (*extrema ratio*). Existindo uma forma menos gravosa para solução do caso, ela terá que ter prevalência, sob pena de voltar ao círculo vicioso da utilização da repressão penal apenas como instrumento simbólico.

No dizer de Liszt (2006, p. 103), “O direito penal, completando e garantindo, acresce a todos os ramos do direito (caráter secundário, complementar e sancionador das disposições do direito penal)”.

Como observamos, se de um lado o princípio da legalidade estabelece limites para que o judiciário pratique arbítrios diversos, do mesmo modo não é suficiente para impedir que o próprio Estado perpetre tais atos despoticamente. Daí a razão deste princípio como mecanismo de freio limitador da atividade estatal, no que tange ao ato de incriminar.

Na lição de Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelam-se suficientes para a tutela

desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais (2010. p. 43).

É, portanto, equivocada a utilização do Direito Penal como *prima ratio*, como primeira e única solução para a prevenção e repressão, de nada servindo como forma de controle social de conflitos, sobretudo, se estes não se consubstanciam em um injusto de tal gravidade a ponto de o caso ser merecedor de uma sanção penal.

Esse ensinamento revela a necessidade de o Direito Penal intervir o quanto menos possível na sociedade moderna, somente podendo ser legítima sua provocação quando os demais ramos do Direito se tornarem efetivamente inoperantes, e quando o desvalor da ação e do resultado seja de tal monta que abale a convivência pacífica da sociedade. Do contrário, além de ineficaz, o Direito Penal caminhará para o seu fim e será deslegitimado.

A intervenção penal então deve ser necessária, surgindo como medida extrema após verificado que todas as outras medidas de controle social se demonstraram fracassadas. Deve ele, por isso, contrapor-se ao princípio da intervenção máxima, em que o Direito Penal deve intervir para solução de quase tudo.

A utilização indiscriminada do Direito Penal, se aplicado como princípio de intervenção máxima, como comumente ocorre no Brasil, fatalmente irá gerar o efeito inverso, porque com sua vulgarização, tende ao descrédito, ao desconforto social e a nítida sensação de aumento da insegurança, mormente em razão de sua ineficácia, principalmente nos casos em que a aplicação fria da lei se torna injusta e temerária. Por isso ele deve ser encarado como uma ciência de aplicação subsidiária.

Ao Direito Penal cabe a preservação das condições essenciais que permita a convivência pacífica para com os cidadãos, e não como medida instigativa, denotando a ausência do Poder do Estado, gerando insegurança com a falsa percepção da real criminalidade. Enfim, ele não se coaduna com o sensacionalismo a qualquer custo, como instrumento promocional e causador de comoção social. Ele é uma verdadeira ciência, e deve ser utilizado racionalmente, sem euforias.

Para Gomes (2004, p. 14), “[...] ele não existe para punir todas as condutas desviadas (condutas que não seguem os padrões de condutas vigentes), e sim somente as mais nocivas, as que mais perturbam o convívio social (princípio da intervenção mínima)”.

A utilização exacerbada do Direito Penal acaba com isso, por não cumprir sua função enquanto ciência, exatamente por ser aplicada como instrumento midiático, tendencioso, sensacionalista e incondizente com seu verdadeiro papel na sociedade.

Se ele atua fortemente na limitação à liberdade do indivíduo, transparece a imprescindibilidade de se ponderar quais bens ou interesses deverão inequivocamente ser considerados para fins de seleção e proteção penal.

Neste sentido, D’Ávila tece importantes considerações:

Ora, se toda incriminação resulta de uma forte limitação à liberdade de agir - a tipificação é, se bem a vemos, um processo de ponderação de bens, no qual a liberdade cede em prol da tutela de um outro valor como a vida, no homicídio; o patrimônio, no furto, etc. - , esta limitação, de modo a respeitar a condição de direito constitucional – isto é, de valores que se encontram em uma relação de harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional – e detentores de um tal conteúdo axiológico, que justifique a forte restrição à liberdade ocasionada pela incriminação. Logo, uma restrição que se faz possível somente quando indispensável para a tutela de particulares bens jurídicos, de bens jurídicos providos de uma significativa e suficiente consistência axiológica, enfim, de bens dotados de dignidade jurídico-penal. (D’ÁVILA, 2006, p. 26).

Eleger, assim, este ou aquele bem jurídico à categoria de proteção penal requer um estudo sobre sua ofensividade social. E esta ofensa não pode ser qualquer uma. Ela há de ser de tal relevo que torne tanto o desvalor da conduta quanto o do resultado, intoleráveis pelo grupo, retirando a tranquilidade do convívio, tornando-o insuportável e inaceitável.

Se, depois de todo esse procedimento acautelatório, se obtiver uma resposta que afirme sobre a irrelevância ou tolerância pelos cidadãos, algo que não seja capaz de tirar a paz coletiva, é porque tal ofensa não merece nenhum tipo de censura penal.

Enquanto perdurar a cultura de que o Direito Penal deva ser utilizado como *prima ratio*, promovendo e divulgando situações as quais mais interessa aos administradores que à sociedade, dando ênfase distorcida sobre seu verdadeiro papel e eficácia, prevalecerá o *status quo*, ou seja, continuará a sociedade a pensar

que houve inúmeras tentativas por parte do administrador para solução desses conflitos e que, se nem o Direito Penal foi capaz de coibir tais condutas, então é porque a situação está posta e não há o que fazer, a não ser aguardar que pelo menos uma pena seja infligida ao transgressor da norma.

Baratta bem esclarece que:

O fenômeno geral, no qual se insere este desaparecimento gradual da linha de distinção entre função defensiva e função promocional do conceito de bem jurídico, pode ser indicado 'administrativização' do direito penal. Tal termo nos indica dois fatos que, apesar de complementares, são distintos: em primeiro lugar está o fato de que a maior parte das normas penais produzidas pelos legisladores em número cada vez maior, juntamente com os códigos e também algumas leis de reformas destes mesmos códigos (pode se tomar como exemplo os novos artigos de lei incorporados ao código alemão), sejam normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas; ou seja, normas que sustentam as funções, interferindo de modo sub-rogatório. Como destaca Lascoumes, isto significa que a disciplina penal intervém, eventualmente, numa fase mais avançada da interação entre administração e sujeitos privados: quando seu comportamento já não parece regulável através de mecanismos de controles próprios da ação administrativa. Neste caso de acessoriedade administrativa não existe uma norma social que sirva de base à norma penal, como era sustentado pela teoria clássica de Binding, senão uma função administrativa pública (2002, p. 11-12).

Por essas razões a intervenção mínima deve ter seu campo de atuação logo na análise abstrata, isto é, orientar o legislador na criação ou revogação das figuras típicas. Se, depois de estudado o princípio da intervenção mínima sob o enfoque da Política Criminal, verificar-se que apenas a coerção estatal por meio da sanção penal é o único instrumento capaz de fazer a proteção jurídica de determinado bem, estará então legitimado o campo de atuação do Direito Penal.

### **5.1.2 Não Proteção de Valores Morais**

Veja-se que essa proteção refere-se àqueles bens mais valiosos, cuja agressão ou ameaça são intoleráveis e colocam em sério risco a harmonia do conjunto social. Assim, não pode, nem deve o legislador definir como condutas criminosas atitudes de ordem exclusivamente morais, sob pena de inconstitucionalidade. Somente o comportamento humano suficientemente capaz de causar lesão ao bem jurídico é que se torna idôneo para ser alvo de incriminação pela lei penal.

O Direito não existe para defesa de valores morais. Isso não significa que não deva existir moralidade no Direito. Enquanto os valores morais podem ser protegidos de forma eficaz por outro ramo do Direito, como o Direito Civil, por exemplo, a moralidade dentro do Direito significa aplicá-lo em obediência aos postulados que balizam esta ciência. É julgar o fato com serenidade, buscando através da ponderação, elementos que possam justificar a intervenção penal naquele caso. É fazer uma análise crítica estudando os contornos sociais que permeiam determinada conduta, deixando de lado a comodidade do julgamento formal, segundo somente aquilo que está declarado na lei. É interpretá-la buscando-se a razão de sua aplicação na atualidade, verificando se ela se justifica ou não e quais serão seus benefícios e malefícios para o indivíduo e à sociedade.

Moralidade no Direito é tudo isso, e deve sempre nortear as decisões judiciais, quebrando paradigmas formalistas, é sair da mesmice.

Os princípios estão para a ciência do Direito Penal assim como o alicerce está para a edificação de um prédio. Se ambos não estiverem calcados em bases sólidas, irão à ruína.

Desta forma, pensamos que o Direito é para todos, porém, a ciência necessita daqueles que desejam compreendê-la e estejam realmente interessados na sua aplicação racional.

Pensar no Direito é, acima de tudo, pensar nas suas consequências, vale dizer, fazer com que sua aplicação consista na não exclusão do indivíduo colocando-o à margem da sociedade, porque essa medida só se justificará em casos extremos e de absoluta necessidade.

Não é tarefa do Direito Penal se ocupar com situações em que há apenas intenções ou pensamentos não expressados, isto é, não manifestados em forma de conduta.

A proteção da moral, da ética, da religião, da ideologia e dos costumes, devem estar de fora do âmbito de proteção penal. Veja-se, entretanto, que se juntamente com os valores morais se juntarem outros valores fundamentais para uma dada ordem social, aí sim será possível a criminalização de certas condutas, desde que observados os demais princípios informadores. O que não se pode é permitir a proteção de valor puramente moral porque esta, por si só, não afeta nenhum campo de liberdade de ninguém, pois do contrário sua eventual punição deixaria de ter um fim de proteção, destituindo o objeto da tutela penal.

Logo, e até pela própria Constituição, esses valores morais não são essenciais para legitimar a criminalização. Para Bianchini, “A moralidade, enfim, é condição de relação social, não uma estrutura a ser protegida em si mesma, e jamais emprestaria licença política para intervenção do Estado em procedimentos pessoais” (2002, p. 37).

Desta forma, não pode a lei penal invadir a esfera da moralidade privada, sob pena de praticar excesso, ultrapassando suas limitações constitucionais, mesmo porque, se assim fosse, ao invés de contribuir para a solução dos conflitos, produziria efeitos proporcionalmente contrários, senão mais graves.

### **5.1.3 Por Que Ainda *Prima Ratio***

Conforme esclarece Rosa: “a qualificação de ato delituoso é efetuada a partir de uma visão ética mínima. Já se disse que se o Direito é a realização do mínimo ético, então o Direito Penal é a realização do mínimo do mínimo ético” (2001, p. 14).

Contrariamente à necessidade de uma ética no Direito, recentemente, e mais uma vez, vimos veicular através da imprensa sensacionalista, uma preocupante manifestação do Poder Legislativo ao referir-se ao ativismo judicial em questões políticas.

A Câmara dos Deputados reagiu contra o que denominaram de judicialização da política, chegando ao cúmulo de afirmarem a necessidade de se evitar a indevida ingerência, pretendendo, por meio da PEC 03/2011, permitir que o legislativo possa sustar os atos normativos dos outros Poderes da União, desde que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa.

Todavia, o mais preocupante foram os debates e sugestões que se sucederam, inclusive, alegando que o país está prestes a reviver outra ditadura, referindo-se ao fato de deixar que os juízes tomem conta da República.

Pretende o autor da PEC, deputado Nazareno Fonteneles (PT-PI) que a casa de origem da lei, mediante decreto legislativo, suste a decisão dos órgãos superiores (TST, STJ e STF) toda vez que estas Cortes interpretarem a lei em desacordo com o espírito do legislador.

Avalisando este absurdo, o deputado Antony Garotinho (PR-RJ), chegou a sustentar que as sentenças sejam embasadas na lei e não na interpretação, contrariamente a tudo que propomos neste trabalho.

Por derradeiro, Jilmar Tatto (SP) questiona a necessidade de o judiciário constituir-se em um poder, defendendo que bastaria este ser uma função do Estado.<sup>4</sup>

Ora, esse posicionamento tomado pela Casa Legislativa demonstra claramente a falta de preparo e de rigor científico nas decisões emanadas pelos legisladores ao exercerem suas atividades típicas.

Essa atitude constitui, sim, um ato de despotismo. E mais, atenta gravemente contra a independência e harmonia dos Poderes da União. É inequívoco o desacerto dos debates tomados pela Casa Legislativa que, a nosso ver, padece *ab initio* de vício de constitucionalidade por esbarrar em uma das cláusulas pétreas contidas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal.

A vingar essa proposta, estaremos reafirmando a antiga estrutura rígida e extremamente formalista da qualificação de uma conduta como delituosa, típica do positivismo jurídico.

A ideia não é enrijecer o sistema penal, mas flexibilizá-lo através de uma interpretação jurídica adequada e consentânea com o momento histórico em que vivemos.

Não podemos permitir que, com o pretexto (ideologia implícita) do aumento da criminalidade, seja preciso uma intervenção estatal – penal – mais marcante quando na verdade o que ocorre é uma fragilização dos meios fiscalizatórios, de vigilância para proteção dos administrados, tarefa esta de responsabilidade do Poder Executivo.

É preciso um maior investimento em tecnologias, sobretudo, informática para que ocorra uma eficaz prevenção a possíveis delitos. Quando isso não acontece, fica a certeza que estamos diante da ausência do Estado, sensação essa que vem reforçada pelos meios de comunicação que, gabando-se da qualidade de veículo democrático de manifestação popular, despejam na população mais desavisada a quase certeza de que o judiciário é um Poder lento e ineficaz, quando na verdade, a enchente de demandas se dá por conta desse clamor simbólico.

---

<sup>4</sup> Notícia veiculada no Jornal on line Valor Econômico, no dia 24/03/2011.

Toda essa deficiência do executivo acaba, ao final, desaguando no legislativo que preocupado com o populismo, ou seja, com aquilo que a sociedade pensa a seu respeito, procura suprir tais deficiências através da norma penal.

Assim, tudo que não é tentado resolver preventivamente, ameaça-se com sanção penal, o que culmina por desencadear desvirtuadamente a criminalização de certas condutas trazendo grande preocupação para a comunidade científica sobre seus verdadeiros conteúdos materiais, vale dizer, faz questionar se o legislativo está ou não elaborando um ordenamento jurídico justo e adequado.

Inviável, por isso, editar leis penais de acordo com sua própria vontade ou então, com a vontade do governo, o que é mais grave. Esse procedimento acaba por viciar as leis, afrontando inclusive alguns princípios constitucionais como o da proporcionalidade.

Então, porque ainda hoje vivemos o Direito Penal da *prima ratio*? Ora, lembremos que o nosso primeiro e genuíno Código Penal – Criminal de 1830 – nasceu fruto do positivismo jurídico. De lá para cá, seguiram-se outras legislações, também sob a forma de código, até o último de 1940, com sua posterior reforma em 1984, quando adotamos o finalismo de Welzel, retirando a culpabilidade da teoria do delito e transportando-a para a teoria da pena.

Com a teoria finalista da ação, não bastou apenas a análise do aspecto objetivo do delito como ocorria com a teoria causal, prescindindo, destarte, se apurar o fim querido ou desejado pelo agente ao praticar determinada conduta. Assim, não foi mais apenas a voluntariedade na conduta do agente, sendo necessário apurar o conteúdo de sua vontade, atuando o dolo como elemento subjetivo do tipo.

Ocorre que, grande parte da doutrina interpretou a teoria finalista da ação restringindo a subsunção do fato à norma apenas em seu aspecto formalista, desenvolvendo esse pensamento de forma marcante até os dias de hoje.

Como afirma o próprio Welzel, “A doutrina da ação finalista, ao conceber a ação humana como uma obra, pode compreender dois aspectos da ação, o do ato e o do resultado (o valor ou o desvalor da ação ou do resultado)” (2009, p. 48).

Ele também fez referência à adequação social da ação, sustentando que quando o agente atua dentro do âmbito normal da liberdade, há também

exclusão dos tipos penais porque essas ações são socialmente adequadas, mesmo que possam ser subsumidas segundo seu conteúdo literal.

É o que Garcia Martín (2007, p. 61), expõe em sua obra, informando: “Em resumo, sem desvalor da ação não há desvalor do resultado, e sem referência a um desvalor do resultado também não pode haver desvalor da ação”.

Com isso, há duas situações importantes a serem mencionadas: a primeira é que realmente parte dos operadores do Direito não estão atentos ao posicionamento da moderna doutrina do Direito Penal Mínimo; outra parte, embora a conheça, justifica a sua não aplicação em decorrência do grande volume de feitos a serem julgados e que a tarefa exegética demandaria longo tempo e profunda análise dos fatos, reduzindo a carga produtiva.

É dizer, o excesso de trabalho em conjunto com o grande apego ao formalismo jurídico forma uma combinação perfeita para fundamentar sua não aplicação.

Lembremos que esse Direito Penal não se coaduna mais com aquela dogmática estritamente formalista do século XX. Assim, o positivismo jurídico merece uma nova reavaliação por força dos princípios da intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade) de forma que, nem toda ofensa a um bem jurídico seja merecedor de sanção penal.

Trata-se de um novo Direito Penal, equilibrado, fundado nos preceitos constitucionais, cuja Política Criminal dele faz parte também.

Não estamos, com isso, defendendo o fim do positivismo jurídico, mas apenas afastar seu conteúdo puramente formalista, de modo que o Direito Penal seja aplicado com a máxima prudência e razoabilidade para que se evitem futuras aberrações.

Ademais, o positivismo não é representado apenas pelo seu formalismo, mas também pela codificação que representou e ainda representa um grande avanço, por nos trazer a ideia de segurança jurídica, não deixando que o livre arbítrio fique responsável pela resolução dos problemas.

Basta vermos que neste ano estão em debate grandes e importantes discussões sobre algumas codificações no nosso ordenamento jurídico, citando, a título de exemplo, o Código Florestal, as novas atualizações do Código de Defesa do Consumidor, do Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal.

Tudo isso revela a base da reafirmação da codificação como instrumento necessário e inerente à organização jurídica. Como dissemos, não pensamos que a codificação venha causar o engessamento do Direito. O que engessa o Direito não é o código, mas a ausência de uma correta interpretação, fruto, talvez do comodismo.

Há, também, quem defenda que a proposta de aplicação desse Direito Penal mínimo, equilibrado, fundado em bases sólidas dos princípios constitucionais, não mereça aplicação, nem reconhecimento aqui no Brasil.

Objetando a aplicação dessa teoria, sob o argumento de que os alemães tinham um pretexto histórico para seu pretexto moral, referindo-se ao aumento da criminalidade após os horrores provocados pela Segunda Guerra, Dip e Moraes Jr. Assim informam:

O que causa espanto é o mimetismo animal, neste Brasil do século XXI: o laxismo penal tupiniquim repete, pelo prazer musical de repetir, como papagaio submisso, teorias explicáveis em outros contextos de culpa histórica, mas inexplicáveis aqui e agora (2002, p. 23).

Ora, se queremos pensar na atuação de um Direito Penal mais moderno, vale dizer, mais justo e preocupado com o desempenho do seu verdadeiro papel na sociedade, precisamos ter na mente que não estamos copiando cegamente as teorizações estrangeiras.

O Direito tem a magia de se constituir por avanços e retrocessos, movendo-se como um pêndulo. Agora é o momento de avançarmos com novas teorias, de nos inquietarmos com o comodismo e enfrentarmos outros desafios que possam trazer mais equilíbrio e justiça na aplicação dessa ciência.

Não cremos que somos meros imitadores ou que o nosso Direito Penal não tenha o vigor necessário enquanto ciência. Aliás, se caminhamos para a internacionalização do Direito, é preciso estudar e entender o Direito estrangeiro também, para que num futuro próximo, possamos, em cooperação internacional com o Tribunal de Direito Penal, colaborar com o progresso da humanidade.

Não extraímos essas teorias do nada. E, se não vivemos os horrores que viveram os alemães, basta lembrarmos-nos do período de ditadura no Brasil para cremos que já é o bastante para entendermos que é hora de o Direito Penal trilhar novos horizontes.

Daí, o dizer de Jescheck:

O que tem que acontecer de *lege ferenda*, jamais será descoberto no vácuo. O legislador deve observar e conhecer o plano histórico e sociológico, os fatos jurídicos e as experiências que a investigação jurídico-comparada trouxe à luz (2006. p. 60).

Não pode o Direito Penal ser tão mal utilizado e frutificar-se com base no simbolismo penal. Seu papel não é, ou, pelo menos não deveria ser o de convencer a sociedade de que as medidas mais drásticas estão sendo tomadas em seu benefício, porque isso tudo é uma ilusão.

É preciso legislar e aplicar o Direito com seriedade, focando sempre que, por se tratar de medida extremamente invasiva das liberdades, deve ele ser produzido e aplicado somente em casos em que não se possa, por outros modos menos drásticos, dar uma adequada solução ao conflito.

O sensacionalismo, a criminalização sem uma verdadeira Política Criminal, o contentamento com o silogismo do Direito formal, nada disso contribuirá para a realização de uma sociedade menos exclusiva.

Esse Direito Penal que hoje se vê, em nada reflete no processo de evolução social e na dignidade da pessoa humana.

Também, quando se diz que não é função do Direito Penal reduzir a criminalidade, está-se a referir às funções típicas de cada um dos poderes.

Logo, diretamente, a criminalidade deve ser combatida pelo executivo, através de políticas públicas de segurança como iluminação noturna nos espaços públicos, capinação de matos e gramas das praças, presença de policiais tanto em bases fixas para os lugares mais críticos, quanto a sua circulação nas áreas de menor potencial, entre outras.

Indiretamente, sim, o Direito Penal pode interferir de modo positivo, haja vista que, com a descriminalização de certos tipos penais ou com sua não incidência, seja pela insignificância, seja pela inadequação social da ação ou pela intervenção mínima, haverá menos procedimentos investigatórios e, de consequência, menos processos penais, cuidando a justiça criminal apenas de fatos mais graves e intolerantes.

Recentemente o STF reconheceu a união homoafetiva e, mal isso aconteceu, já existe um movimento querendo criminalizar a intolerância a esse tipo de conduta.

*Data venia*, pensa-se que a maioria dos delitos têm uma motivação. Assim, na sonegação fiscal, o motivo do sonegador pode ser a escolha em não recolher as altas cargas tributárias e manter em dia a folha para tentar salvar sua empresa ou, simplesmente, o maior enriquecimento.

Ademais, a intolerância é um sentimento interno que ainda não se exteriorizou de forma que, quando isso ocorre, já existe no ordenamento jurídico disciplinamento para o tipo de ofensa ao bem jurídico, podendo caracterizar uma lesão corporal, um homicídio, seja na forma tentada ou consumada, ou ainda outro delito.

O impressionante é que, em tempos em que especialistas do Direito buscam medidas para aplicação de penas alternativas com o intuito de reduzir a população carcerária, tornando a justiça penal mais célere, ainda encontramos pessoas dispostas a apoiar pensamentos dessa ordem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se traçar nessa linha de pesquisa pontos sobre a importância que o positivismo jurídico exerceu no Direito nacional, sobretudo, com o movimento codificador, não só apenas como um meio para permitir o agrupamento de vários conjuntos de regras estabelecidas pela e para a sociedade, senão também como uma forma de permitir que ela tenha acesso a essas normas e que, além disso, a positivação, que no Direito Penal pátrio já nasceu com o primeiro Código Penal genuinamente brasileiro - o Código Criminal do Império, de 1830 – mas que, por outro lado, trouxe uma forte carga de um Direito burocrático, formalista.

Esse grande apego ao aspecto puramente legalista-formalista perdurou e ainda perdura em razão de grande parte, não só dos operadores do Direito, mas também daqueles envolvidos com a sua criação (Legislativo), não se preocuparem com suas consequências sociais em razão da sua equivocada aplicação.

Na tentativa de contribuir para redução desse uso demasiado do Direito enquanto forma, é dizer, quando o processo não é utilizado para atingir um fim – a justiça –, mas é seu próprio fim, quando se justifica o aumento da criminalidade diariamente noticiado nos canais de comunicação, buscando o encrudecimento das leis penais, trazemos para estudo, princípios e instrumentos importantes para quebra desse paradigma formalista, buscando interpretar as normas de acordo com um Direito Penal equilibrado, menos preocupado com a forma e mais preocupado com seu conteúdo material.

Neste sentido, viu-se a importância que o princípio da legalidade (reserva legal e anterioridade) no sentido de somente a lei poder definir crimes e cominar suas respectivas penas, bem como de que o fato deve ser posterior a ela, sob pena de grave violação da segurança jurídica, reforçando, ainda, o entendimento de que o legislador deve estar atento não somente aos aspectos procedimentais na elaboração de uma lei penal, senão também quanto aos seus valores, aquilo que ela almeja proteger, haja vista que, embora necessário, não é mais suficiente o entendimento desenvolvido pela doutrina clássica do século XX, em que basta a mera subsunção do fato à norma.

Foi tratado também de outros princípios constitucionais como o da proporcionalidade, cujo escopo é eliminar os excessos limitando a vindita, vale dizer,

a pena desnecessária ou abusiva. Assim, a resposta penal deve se dar na medida exata, sem exageros. Também se estudou o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o respeito com relação aos demais membros da sociedade, e até consigo mesmo, de forma a não menosprezar todas as outras pessoas enquanto seres humanos. Seus objetivos são: viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu, tornando toda pessoa merecedora de apreço e respeito, inclusive pelo próprio Estado.

Frisou-se, ainda, a importância do papel da Política Criminal no cenário jurídico, como ciência colaboradora para realização de leis bem construídas, respeitando a noção de bem jurídico ao elegê-lo como objeto de proteção penal, não podendo ou não devendo o poder incumbido de elaboração das leis se influenciar por aspectos populistas, de forma a criminalizar condutas apenas como uma maneira simbólica de atuação do Direito Penal.

Por fim, foi apontado o princípio da insignificância como um dos instrumentos eficazes para redução da aplicação de um Direito puramente formal, mas que, do ponto de vista social, revela condutas que não são desvaloradas ou resultados inexpressivos, a ponto de justificar a medida drástica que a intervenção do Direito Penal pode causar, não apenas ao indivíduo, mas também ao corpo do grupo onde vive.

Aqui ressaltou-se que a aplicação do princípio da insignificância deve ater-se a critérios apenas objetivos (desvalor da ação ou desvalor do resultado), não cabendo apurar os aspectos subjetivos como antecedentes do agente, se está sendo processado por outros delitos ou se já é reincidente, haja vista que, para o reconhecimento deste princípio, basta aferir se o bem jurídico protegido foi gravemente violado ou se a conduta do agente é seriamente desvalorada.

E, por considerar que este princípio deve ser estudado dentro da teoria do delito, caso reconhecido, ele importará na atipicidade do fato, em razão da falta de seu conteúdo material (e não apenas formal), de acordo com a teoria constitucionalista e as novas tendências do Direito Penal.

Ao final, foi abordada a intervenção mínima como sendo parte da Política Criminal, tendo ela, por conseguinte, dois destinatários distintos: o legislador, que deverá laborar com cautela no momento de eleger quais condutas serão merecedoras de punição penal, a fim de que não incrimine qualquer

comportamento ou quando tais condutas poderão ser eficazmente protegidas por outros ramos do Direito, de forma a atingir o agente da maneira menos estigmatizante possível.

Suas características são a fragmentariedade, em que o Direito Penal não atua sobre todo o ordenamento jurídico, mas apenas em fragmentos em uma parcela do Direito, bem como a subsidiariedade, já que a intervenção penal só deve ser possível e viável quando houverem fracassado todas as outras formas de proteção do bem jurídico, interferindo o menos possível na vida do cidadão.

O outro destinatário, o operador do Direito, entrará em ação quando verificar que, não procedendo o legislador como recomendável ou, ainda que assim proceda, o momento histórico-social e ou as circunstâncias revelarem que a conduta do agente não mereça uma reprovação tão severa e agressiva pelo Estado.

Para isso, é necessário que exista uma vontade, uma inquietação pelos estudiosos e operadores do Direito em superar esse paradigma extremamente formalista, em não se contentar mais com a mera subsunção do fato à norma, deixando de serem autômatos do Direito, ressaltando sua qualidade de intérprete da norma e demonstrando que estão atentos aos acontecimentos da vida real e preocupados com as consequências sociais que um julgamento pode ser capaz de provocar na comunidade e no indivíduo. É saber que, para além do Direito das formas, eles devem buscar um equilíbrio, sem se preocuparem com a opinião da mídia; é agir soberanamente, pautando-se em um Direito ético, bem fundamentado e preocupado, sobretudo, com o papel fundamental que lhes incumbe: a justiça material, do que é certo de fato e não apenas de Direito; é interpretar o conteúdo constitucional dos princípios, porque isso irá interferir também, na educação e na formação do caráter de uma sociedade e conservará, sobretudo, a dignidade do ser humano, que deve ser respeitado por todos, inclusive pelo próprio Estado, no qual cada um dos seus Poderes deve cumprir em sua inteireza com seu papel constitucional.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, n. 5, jan.-mar., 1994.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal: artigos, pareceres e conferências**. Rio de Janeiro: Renavan, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo, Saraiva, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. Constituição Federal e Legislação. Ricardo Vergueiro Figueiredo. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal. Luiz Flávio Gomes, organizador. 12. ed. São Paulo: RT, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1999. (ano diferente das citações?)

CALEGARI, André Luís; MAROTO Y VILLAREJO, Julio Diaz; STRECK, Lenio Luiz; MELIÁ, Manuel Cancio; GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Aspectos criminais do código de trânsito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites Constitucionais do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 14, n. 60, maio-jun. 2006.

DIP, Ricardo. MORAES JR., Volney Corrêa Leite de. **Crime e castigo**. Campinas: Millennium, 2002.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Max Limonad, 1968.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Insignificância**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito Penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flavio. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5 ed. São Paulo: RT, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, n. 5, jan-mar, 1994.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado**. Tradução Pablo Rodrigo Auflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

JUSTIÇA FEDERAL EM SÃO PAULO. *Jurisprudência Unificada*. Disponível EM <<http://www.fj.jus.br>. Acesso em 20 out. 2011.

LEGISLAÇÃO HISTÓRICA. Constituições Anteriores. Constituição de 1.824. Disponível em:

[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 24 jan.2011.

LISZT, Frans Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Higino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**, v. 2. São Paulo: RT, 1997.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2003.

MIGALHAS. Disponível em:  
[http://www.migalhas.com.br/mig\\_imprimir\\_sem\\_imagem.aspx?cod=85236](http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=85236). Acesso em 25/05/2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal**. São Paulo: Leud, 1993.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PRADO, Antônio Orlando de Almeida. **Direito penal**: Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores e Lei do Talião. São Paulo: Paulistanajur Ltda. 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: 3. ed. RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003b.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro**, v.1. São Paulo: RT, 2004.

ROSA, Fábio Bitencourt da. **Legitimação do ato de incriminar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luiz Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: Editora de Direito, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010a.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá Editora. 2010b.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, t. I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência*. Disponível EM <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 out. 2011.

\_\_\_\_\_. *Recursos Repetitivos*. Disponível EM <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 out. 2011.

\_\_\_\_\_. *Sala de Notícias*. Disponível EM <<http://stj.jus.br>>. Acesso em 18 out. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência*. Disponível EM <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 out. 2011.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**, Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VALOR ECONÔMICO. **Reportagem Valor Econômico: Câmara reage ao ativismo judicial.** Disponível em:

<http://www.valoronline.com.br/impresso/politica/100/402129/camara-reage-ao-ativismo-judicial>. Acesso em 24/03/2011.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** Parte Geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

MAÑAS, Vico. **Defensoria Pública da União pede aplicação do princípio da insignificância a soldado do exército Brasileiro.** Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/70201/defensoria-publica-da-uniao-pede-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-a-soldado-do-exercito-brasileiro>>.

Acesso em: 04/04/2011.

**BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, Guilherme Assis de Almeida. **Curso de filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, reimpressão 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2004.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução Eliana Granja. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

DEGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

DELMAS-MARTY, Meirelle. **A imprecisão do direito**: do Código Penal aos direitos humanos. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri-SP: Manole, 2005.

DIÉZ RIPOLES, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Tradução Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

NEOPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei**: a face obscura da sentença penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: RT. 2005.

**ANEXO**