

DIREITO PENAL MÍNIMO: uma perspectiva pragmática

Pedro Henrique Sousa de Ataíde
Bacharelado em Direito U.F.P.B

RESUMO

O Direito Penal visa tutelar tão-somente os bens vitais e mais importantes, o qual deverá atuar quando as sanções de outros ramos do direito não forem suficientes para protegê-los. A inflação de normas penais sobrecarrega o poder público competente, compromete a função preventiva da pena e acarreta conseqüências aos direitos humanos. Para tanto, faz-se necessário indicar como deve agir o legislador e o aplicador do direito.

Palavras-chave: Direito Penal Mínimo. Sanção Penal. Legitimidade.

ABSTRACT

The Penal Law aims to protect only the most important and vital possessions, and should act when the sanctions of other branches of law are not enough to protect them. The inflation of penal rules overloads the competent public power, jeopardizes the preventive function of the penalty and causes consequences to human rights. Therefore it's necessary to indicate how the legislator and the law executer must act.

Key words: Minimum Penal Law. Penal Sanction. Lawfulness.

1 INTRODUÇÃO

É corrente o comentário de que o aumento da violência decorre de uma política criminal “caridosa” por parte do Estado brasileiro. Ideias como a criminalização de diversos atos, a redução da maioria penal etc., são vistas como a solução para a diminuição da criminalidade. Nessa senda, propaga-se a existência de um direito penal o mais rígido possível, para que os cidadãos, ao temer a sanção criminal, não venham a cometer os delitos.

A maior propagadora dessa concepção é a mídia. Apresentadores de programas televisivos e de rádio divulgam incessantemente atos repugnados pela sociedade, principalmente àqueles em que o acusado está impune.

Em contrapartida, há os defensores do abolicionismo penal, o qual propugna a ineficiência das sanções penais, defendendo a extinção dessas. A possibilidade de dirimir conflitos por meio de

outros ramos jurídicos, a exemplo do direito civil e do direito administrativo, com a utilização de medidas humanizadas, seria o ideal.

Para discordar dessas concepções extremistas, surge o chamado direito penal mínimo. Tal corrente defende que o direito penal visa tutelar tão-somente os bens mais relevantes, quando as sanções de outros ramos jurídicos não forem suficientes para protegê-los. A utilização de um direito penal rígido conduz esse ramo ao descrédito, pois inflaciona o número de processos, impossibilitando a atuação do poder especializado. Por outro lado, há algumas condutas humanas cuja gravidade não nos permite imaginar outra punição que não seja a pena privativa de liberdade. Um crime contra a vida, por exemplo, o qual é repudiado unanimemente pelas sociedades, seja no tempo seja no espaço, não se vislumbra que uma sanção cível seja suficiente para puni-lo.

Nosso artigo possui como escopo a defesa racional do direito penal mínimo, como alternativa para a diminuição das violações dos direitos humanos. Para tanto se fará, num primeiro momento, um estudo sobre as três citadas correntes que tratam do direito penal, para depois demonstrar de que forma o legislador e o aplicador do direito podem materializar o garantismo.

2 O DIREITO PENAL MÁXIMO

De acordo com essa concepção, o direito penal, dada a sua força coativa, deve ser aplicado na defesa de todo e qualquer bem jurídico. Com a utilização de sanções severas é que os possíveis delinquentes, ao temê-las, não irão cometer delitos; defende-se, assim, a função preventiva desse ramo jurídico. Tal discurso faz a sociedade acreditar que o direito penal é “a solução de todos os males que a afligem” (GRECO, 2010, p.12).

O campo fecundo para a difusão dessas ideias é a existência de uma sociedade que vivencia o caos da insegurança, com um número excessivo de pessoas que já foram vítimas da criminalidade. Não é preciso de um estudo científico aguçado para afirmar que o Brasil vivencia tal situação (SICA, 2002 *apud* GRECO, 2010), o qual é acrescido pelo apelo da mídia.

Ao propor a edição de punições mais rígidas, os defensores dessas ideias também defendem a restrição de alguns direitos e garantias fundamentais. Citemos como exemplo a que não imputa ao acusado o ônus da prova, o direito ao silêncio etc. Nesse sentido, se um eventual criminoso, ao cometer um ato não tão repudiado, fosse severamente punido, somada a restrição das garantias processuais que dificultam sua criminalização, certamente não mais iria praticá-los; a pena “intimidaria”.

Em verdade, o excessivo número de normas criminais, defendido por essa corrente, ao invés de enaltecer o direito penal acaba por retirar-lhe o prestígio. Tanto é que o aparato estatal não possui instrumentos para investigar e punir um alto número de pessoas. A função preventiva seria deveras

prejudicada, já que, por insuficiência do Estado, muitos infratores permaneceriam impunes; responder às ações penais não é algo tão temido quanto deveria ser. Na hipótese de existirem apenas as normas criminais necessárias, que protegessem os bens mais relevantes, teria o poder público condições de operar, e a pequena quantidade de indivíduos que pretendia violá-las iria temer a sanção penal.

Existem alguns movimentos peculiares que propugnam o direito penal máximo, dos quais iremos pormenorizar o mais rígido.

2.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Dentre as correntes que defendem o direito penal máximo, esta talvez seja a mais radical (GRECO, 2010). O maior estudioso foi Günther Jakobs, o qual constatou a existência de duas modalidades: uma seria o “direito penal do cidadão”, a outra seria o “direito penal do inimigo”. Para o primeiro grupo, seriam concedidas todas as garantias fundamentais, bem como uma aplicação proporcional da sanção em relação ao delito; já para o segundo, não deve haver qualquer preocupação, posto que os infratores são os “inimigos” do Estado.

Mas quem o autor chama de inimigo? São os praticantes das condutas mais repudiadas pela sociedade, tais como os violadores da dignidade sexual, da vida etc. “Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma” (GOMES; BIANCHINI, 2004, p. 2). Percebe-se que há uma tendência à formação do chamado “direito penal do autor”, ao estipular diferenças entre os destinatários das normas penais.

Destarte, se o inimigo não deve ser detentor das garantias fundamentais, logo não é considerado como pessoa. “Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim um procedimento de guerra” (GOMES; BIANCHINI, 2004, p. 2). Um indivíduo que não é dotado de cidadania não poderá gozar dos privilégios dessa (JAKOBS, 2003 *apud* GRECO, 2010).

Não é difícil perceber que essas ideias são incompatíveis com a concepção hodierna de cidadania e de dignidade da pessoa humana. Ambas foram alçadas como fundamento da República Federativa do Brasil. Destarte, é indubitável que todos os seres humanos (não excluindo outros seres) são titulares dos direitos fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Por fim, acrescente-se como características do direito penal do inimigo a flexibilização do princípio da legalidade³, ao preferir a descrição vaga dos crimes e das penas (GOMES; BIANCHINI, 2004).

³ Na legislação pátria esse princípio está positivado no inciso XXXIX do art. 5º da C.F., o qual afirma “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Este é um dos princípios mais caros ao direito penal, posto que só admite o poder punitivo dentro dos limites previamente estabelecidos pela norma.

3 O ABOLICIONISMO PENAL

Como resposta ao direito penal máximo, normalmente posto em prática por países que vivenciaram regimes autoritários, passou-se a analisar as punições com um olhar humanitário.

Na verdade, as concepções extremistas surgem em virtude de situações também extremas. Lembre-se que o movimento do direito penal máximo é alimentado quando existe violência emanada da própria sociedade; daí a exigência da punição estatal. Já o abolicionismo surge quando o Estado é o maior violador dos bens jurídicos mais relevantes.

Nesse sentido, apregoa-se a total extinção do direito penal. Esse ramo apresenta-se como inútil e incapaz de resolver os problemas que pretendia solucionar. Por conseguinte, ocasiona um tremendo sofrimento para o destinatário da pena (ZAFFARONI, 2001). Não há, pois, sequer proporção entre um ato delituoso e a restrição do direito de liberdade. Atenta-se para a “possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio dos outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo etc.) os seus conflitos interindividuais” (GRECO, 2010, p. 8).

Começou-se a indagar se uma medida extrema seria ideal para reprimir um ato infracional e prevenir sua prática. Restringir a liberdade, direito que nos é tão caro, não é uma solução compatível com os atuais valores que permeiam a sociedade.

Por essa razão, em difundido pensamento de Ihering, afirmou-se que “a história da pena é a história de sua constante abolição”. Ou seja, a sociedade vivencia uma progressiva diminuição do direito penal.

É fascinante a perspectiva abolicionista, ao imaginar uma sociedade que convive sem a existência de sanções rígidas, mas é indubitável que determinados fatos graves não serão resolvidos por outra alternativa senão o direito penal.

Como síntese do pensamento abolicionista, Zaffaroni (2001, p. 97 - 99) assim comenta:

O abolicionismo atual constitui um movimento que, nos últimos anos, produziu uma literatura considerável sobretudo entre os autores do norte da Europa. (...) O abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido por seus mais severos críticos. (...) Hulsman afirma que há três motivos fundamentais a favor da abolição do sistema penal: é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle. A proposta de Hulsman dirige-se para a substituição direta do sistema penal não por um macronível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas.

Embora plausíveis os fundamentos que justificam a abolição do sistema penal, é difícil vislumbrá-la no plano prático.

4 O DIREITO PENAL MÍNIMO

Essa concepção seria o ponto de equilíbrio entre o abolicionismo e o direito penal máximo. É reconhecida a ineficiência desse ramo jurídico para punir diversos atos, mas não é descartada sua utilização em casos excepcionais.

Nesse sentido, afirma Greco (2010, p. 25):

Na concepção que podemos chamar de ‘equilibrada’ situa-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso, mais coerente, *permissa venia*, com a realidade social, apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão-somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

O uso desmedido de normas penais, além restringir os direitos humanos, sobrecarrega a atuação do poder público competente, conforme dissemos no item anterior. Dessa forma, nos crimes de extrema reprovação social, o Estado não consegue reprimi-los de forma eficaz, visto que também trata de crimes que não lesionam bens jurídicos importantes.

No tocante à modalidade das penas a serem aplicadas, os minimalistas condenam, veementemente, as penas cruéis, de morte etc. Consideram desnecessária a pena privativa de liberdade para diversos atos, mas não refutam sua aplicação excepcional. Por isso, “a história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas de sua reforma” (BITENCOURT, 2010, p. 505).

O argumento que embasa tanto os abolicionistas quanto os minimalistas é a falta de legitimidade do sistema penal. Portanto, passemos a discorrer sobre esse tema.

4.1 O DIREITO PENAL MÍNIMO E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

A legitimidade pode ser observada sob diversos ângulos. Em apertada síntese, “pode ser vista como o termômetro indicador da adequação (ou inadequação) entre o que os destinatários das normas esperam e desejam seja decidido pela ordem em vigor e o que esta efetivamente decide” (ADEODATO, 1989, p. 2). Para que um poder seja legítimo, faz-se, portanto, necessário observar de que forma a sociedade enxerga os atos que dele emanam. Caso os cidadãos não legitimem determinada estrutura de poder, esta terá sua existência ameaçada.

Seria impossível manter uma ordem jurídica que fosse violada por grande parte de seus destinatários. A sanção apenas é aplicada para a pequena parcela social que não observa os mandamentos legais, isto é, de forma subsidiária. No tocante ao direito penal, essa característica é ainda mais exacerbada, pois só atuará quando as sanções de outros ramos jurídicos (que já são aplicadas excepcionalmente) não forem suficientes.

Nessa senda, a observância às normas ocorre, na maior parte, não pelo temor a uma punição estatal, mas pela convicção de que seu conteúdo é correto. Por isso, assim preleciona Adeodato (1989, p.1), com a clareza que lhe é inerente:

A noção de legitimidade do poder, como traço comum entre os diversos enfoques dados pelo pensamento e pela prática políticos de nossa civilização, parece sempre consistir numa tentativa para justificar determinado tipo de ação política, isto é, estabelecer uma ponte entre as expectativas dos destinatários e determinada orientação na condução da comunidade: já que aqueles que exercem efetivamente esse poder de condução formam uma minoria em relação aos que obedecem, é preciso que estes sejam convencidos de que não há necessidade de uma constante aplicação da força para manter a convivência, em que pesem desigualdades na divisão do bolo social e na participação política (Grifo nosso).

Muitas das infrações penais decorrem da não concretização de certos direitos. Não é difícil perceber que o “grupo alvo” do direito criminal é a população que não tem acesso às necessidades básicas; vítima da omissão estatal. Por essa razão, não é razoável o entendimento dos defensores do direito penal máximo de que o Estado Social deve ser substituído por um Estado Penal (GRECO, 2010).

O abolicionismo penal refuta a legitimidade do sistema penal contemporâneo e qualquer um que venha a existir. Já o direito penal mínimo nega a legitimidade dos atuais sistemas, bem como aos futuros que não absorvam o ideal minimalista; no entanto, entende como legítimo possíveis sistemas penais que concretizem seus postulados (ZAFFARONI, 2001).

Para esclarecer o título do presente capítulo, em que consiste problematizar a legitimidade? “Significa, em certa medida, examinar as próprias bases sobre as quais se assentam o direito e a política (...)” (ADEODATO, 1989, p. 2). Bases estas que conferem força coativa ao Estado.

4.2 DIREITO PENAL MÍNIMO: uma alternativa possível

O abolicionismo é um discurso fascinante, mas encontra obstáculos em sua materialização. Existem condutas cujo repúdio não permite imaginar outra sanção que não seja penal; a exemplo de crimes contra a vida, cuja reprovação social é unânime entre as nações, seja no tempo, seja no espaço. Mas como há um consenso entre o abolicionismo e o minimalismo a respeito da deslegitimação do atual sistema penal, muitos abolicionistas reconhecem o direito penal mínimo e defendem sua concretização. Dentre eles, comenta Zaffaroni (2001, p.106):

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘*unfinished*’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’.

Mesmo reconhecendo o direito penal mínimo apenas como caminho para o abolicionismo, o autor não deixa de ressaltar a importância daquele.

5 DIREITO PENAL MÍNIMO: uma perspectiva pragmática

Apresentada a doutrina do direito penal mínimo, surge a problemática de sua materialização. Para tanto, faz-se necessário indicar ao legislador e ao aplicador do direito quais os meios possíveis de alcançar o garantismo penal. Para o primeiro serão demonstradas as características da realidade social que podem ensejar a tutela penal. Já para o segundo será debatida a estrutura e fundamentação das decisões judiciais, além do debate a respeito das possibilidades hermenêuticas.

Não basta apenas indicar as características do direito penal mínimo para aplicá-lo, mas uma explicação racional que o justifique. Nesse sentido, afirma Fischer (2010, p. 27):

Também são correntes situações típicas de *decisionismos* (criticadas veementemente por Ferrajoli, mas em pólo inverso de aplicação – antes contra os réus) embasadas em *doutrinas garantistas* sem que se diga, científica e/ou dogmaticamente, qual a fundamentação *coerente* para a tomada de tal ou qual posição. Exemplificativamente, não é incomum encontrar decisões judiciais e posicionamentos doutrinários defendendo que, *modernamente*, o Direito Penal somente poderia incidir de forma *subsidiária*, verdadeira *ultima ratio*, a ele ocorrendo-se quando todos os demais ramos do Direito não cumpriram seus desideratos de proteção do bem jurídico. A assertiva é verdadeira, mas quando utilizada sem uma mínima fundamentação racional, de forma indiscriminada e como verdadeira frase-pronta (hipótese modernamente conhecida como *copiar-colar*) para situações em que não poderia incidir referido princípio (...), acaba gerando verdadeira *desproteção sistêmica*.

De fato, é imprescindível a fundamentação racional e plausível de qualquer posição que afaste a incidência da norma penal sob o título do minimalismo. É o que ocorre, por exemplo, com uma decisão judicial que considere atípico um fato por direta aplicação do princípio da insignificância, sem destacar os motivos e argumentos racionais que permitiram a adoção de tal posição.

5.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Antes de iniciar o estudo dos princípios específicos do direito penal, cumpre defini-los e discutir a aplicação desses, mesmo que em apertada síntese.

Os princípios e as regras são espécies do gênero norma jurídica. Pode-se diferir as duas modalidades normativas pelas seguintes características: a segunda só é aplicável por completo, isto é, ou se aplica todo o conteúdo, ou nada se aplica; já a primeira pode ser materializada em partes (DWORKIN apud GRAU, 2009). Por conseguinte, quando duas regras são confrontadas, utiliza-se

ou uma ou a outra. Já quando dois princípios entram em choque, aplica-se o chamado método da “ponderação”, isto é, verifica-se, no caso concreto, qual a decisão “menos danosa” a ambos.⁴

Nessa senda, as regras possuem maior densidade normativa do que os princípios, visto que aqueles são dirigidos a situações mais específicas do que os últimos.

Hodiernamente, vivenciamos a chamada “era dos princípios”. Foi conferida tanta importância a essa modalidade normativa, que os operadores do direito começaram a aplicá-la em detrimento das regras. Nesse sentido, Ataíde Jr. (2010, p. 15) aponta que o uso desmesurado dessa categoria normativa “compromete a clareza e a previsibilidade do direito, elementos indispensáveis ao Estado Democrático de Direito”. Acrescenta o autor que a utilização inadequada dos princípios confere amplos poderes para que os juízes, por meio da discricionariedade, eximam-se de utilizar regras, que, no caso concreto, poderiam ser mais adequadas, provocando, assim, a insegurança na aplicação do direito.

No tocante ao direito penal é que a aplicação de princípios, desde que incriminadores, em detrimento de regras não deve ocorrer.

5.1.1 A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, princípio-mor de nosso ordenamento jurídico, é prevista como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Não é defendida apenas a vida, mas a realização desta com dignidade. O princípio em voga sequer pode confrontar-se com qualquer outro, apenas consigo mesmo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Embora seja um princípio alçado à categoria constitucional, sua não observância ocorre até mesmo pelo Estado. Cidadãos que foram condenados a pena privativa de liberdade, são submetidos, diariamente, a violação de sua dignidade, ao enfrentar a superlotação carcerária, a violência física, a carência de programas de reabilitação etc. (GRECO, 2010). A realidade do sistema prisional corrobora ainda mais o entendimento de que o direito penal só deve ser utilizado em situações excepcionais; inserir um infrator de uma norma branda nesse sistema não se afigura razoável.

5.1.2 A intervenção mínima

Segundo esse princípio, o direito penal deve ser utilizado de forma mínima, apenas em casos excepcionais quando outros ramos jurídicos não forem eficazes na defesa de determinado bem. Há uma proibição ao legislador para a criação de tipos penais desnecessários, bem como um impedimento aos juízes a utilizar a sanção penal de forma desmesurada.

⁴ Essa distinção é deveras criticada por renomados doutrinadores, dentre eles Eros Roberto Grau e Humberto Ávila. Embora interessante, não iremos pormenorizar essa discussão, dado o objeto do presente artigo.

Como consequência da intervenção mínima, há o princípio da fragmentariedade, o qual possui tal denominação em virtude ideia de que o direito penal não tutela todos os bens, apenas os mais relevantes (BITENCOURT, 2010).

5.1.3 A culpabilidade

O princípio em voga determina que só existe crime se houver culpabilidade.

Esta pode ser vislumbrada em três aspectos. Primeiramente como fundamento da pena, em segundo lugar como “termômetro” na medição da pena, em terceiro lugar como proibição da responsabilidade penal objetiva (BITENCOURT, 2010); isto é, ninguém poderá ser condenado por um ato se não o houver praticado com dolo ou culpa.

5.1.4 A insignificância

Quando há a proteção de determinado bem jurídico, de acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal só deverá atuar quando a lesão for considerável. É também conhecido por princípio da bagatela, as quais se referem aos delitos de baixa ofensividade (JESUS, 2010).

A aplicação desse princípio afasta a tipicidade do ato, proibindo que o intérprete venha a analisar os outros requisitos do crime, quais sejam a antijuridicidade e a culpabilidade (GRECO, 2010).

5.2 O DEBATE NO PROCESSO LEGISLATIVO

É papel do legislador a criação e a extinção das normas incriminadoras. Compete a esse verificar quais são os bens valorados como importantes pela sociedade, merecendo, por essa razão, a tutela penal. Deve ser verificado em que momento uma determinada conduta passa a ser vista como reprovável, ou quando passa a ser permitida pelos valores sociais. “Os bens jurídicos constituem valores ou interesses protegidos pelo Direito na medida em que são pressupostos necessários para que as pessoas desenvolvam sua vida social (...)” (ESQUERDO *apud* GRECO, 2010, p. 65).

A importância conferida a cada bem jurídico varia entre as sociedades, de acordo com a manifestação cultural. Pois a cultura é a lente pela qual o homem enxerga o mundo (LARAIA, 2002). Entretanto, há uma chamada zona de consenso, na qual determinados bens são valorados da mesma forma por todas as sociedades (GRECO, 2010). Citemos como exemplo a vida, cuja

proteção é unânime entre os povos.

Contudo, a proteção à vida não ocorre da mesma maneira entre as sociedades. Algumas, por exemplo, punem o aborto; mas outras não o consideram como delito, por não considerar que houve violação ao bem tutelado (GRECO, 2010). Mas todas protegem, de alguma forma, a vida.

Quando houver tutela penal, a quantidade de pena prevista para o caso será o indicador da relevância do bem; quanto mais importante, maior será a sanção cominada. Nesse sentido, a legislação penal brasileira apresenta algumas discrepâncias com os valores sociais. O furto simples, que trata do patrimônio, comina pena privativa de liberdade variável entre um e quatro anos; já a lesão corporal, que trata da vida, comina pena privativa de liberdade que varia entre três meses e um ano (GRECO, 2010). Ou seja, a lei reconheceu, nesse exemplo, o patrimônio como bem mais importante do que a vida.

Outra situação que merece revisão do legislador são as contravenções penais. Se essas são destinadas à defesa de bens não indispensáveis, não deveriam, por conseguinte, receber tutela penal.

5.2.1 A vinculação do legislador ordinário ao texto constitucional

Os crimes citados nos capítulos anteriores são tipificados em leis infra-constitucionais. Em um passado não distante, no qual o Código Penal brasileiro foi editado, ainda não se reconhecia a supremacia da Constituição, isto é, a força normativa desta, que só ocorreu após a ordem de 1988. Não há dúvidas de que a Carta Magna brasileira é essencialmente garantista, a qual ordena os princípios de um Estado Social e Democrático de Direito (FISCHER, 2010)

O exemplo dado anteriormente, a respeito da maior reprovabilidade de um crime contra o patrimônio do que um crime contra a vida não se coaduna com os direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição. “Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica” (BARROSO, 2007, p. 32).

Ademais, os direitos fundamentais foram alçados à categoria de cláusula pétrea, isto é, nenhuma emenda à Constituição pode restringir os direitos já consagrados, mas tão-somente ampliá-los.

Bonavides (2007) vislumbra duas etapas na constitucionalização dos princípios: a programática e a de concreção. A normatividade da primeira fase é mínima, enquanto da segunda é máxima. Não é ocioso destacar que a primeira fase já representa um impedimento ao legislador infra-constitucional de negar os direitos por ela conferidos.

5.3 O DEBATE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

O debate a respeito da concretização do direito penal mínimo por meio dos intérpretes é de importância maior do que poderia parecer à primeira vista. O direito, propriamente dito, não é o mandamento que emana da norma geral posta pelo legislador, mas da decisão dos juízes; são as sentenças e os acórdãos que, efetivamente, afirmam quais são os direitos e/ou as obrigações (CAMARGO, 2003). O operador do direito deve, então, interpretar de forma restritiva as normas definidoras de crimes, adequando-as, sempre que possível, à realidade social.

É ultrapassado o debate que trata a atividade judicial como a pronúncia do exato texto da lei. Nesse sentido, é consensual o entendimento de que, ante o conteúdo de uma norma jurídica, pode-se verificar a existência de diversas linhas interpretativas. Kelsen (2006), ao identificar que a interpretação demonstra mais de uma decisão possível, nenhuma “mais correta” que a outra, afirmou que a atividade judiciária não designa um ato dirigido à Ciência do Direito, mas à política.

Aarnio (apud TEIXEIRA, 2002) entende ser possível encontrar a “melhor interpretação”, ou a “verdadeira”. Esta não diz respeito ao sentido tradicional que se dá ao termo, mas a uma verdade criada no debate argumentativo pautado pela racionalidade. O intérprete deve perceber que a decisão a ser proferida deve satisfazer não apenas quem a dita, mas deve alcançar um nível de aceitabilidade geral (TEIXEIRA, 2002). Diante do tema que tratamos no presente artigo, a “melhor interpretação” seria a ratificadora de um direito penal mínimo.

Para exemplificar uma decisão racional sob a ótica do direito penal mínimo, suponha-se a seguinte situação: um juiz recebe uma denúncia a respeito do furto⁵ de uma mercadoria supérflua e de valor econômico baixo. O magistrado, nesse caso concreto, deverá aplicar o princípio da insignificância, decidindo pela atipicidade do fato. Não é essa a modalidade de patrimônio que a norma penal visa proteger. “A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico” (BITENCOURT, 2010, p. 51).

6 CONCLUSÃO

Como se pôde perceber no presente artigo, o direito penal apresenta-se como um ramo opressor e ineficiente. Sua aplicação só deverá ocorrer em casos excepcionais, quando os demais ramos jurídicos forem insuficientes para a proteção do bem em questão.

⁵ Esse crime é definido pelo Código Penal brasileiro:

Furto

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

A criação desmedida de crimes conduz à inoperância do poder público competente para reprimi-los, havendo a sobrecarga deste. Caso houvesse uma pequena quantidade de normas penais, o Estado poderia, pelo aparato que já possui, dotá-las de maior eficácia. A observância às normas, em maior parte, ocorre em virtude da convicção de que o mandamento trazido por essas é correto, não pelo temor à punição. Para que um poder seja legítimo, os cidadãos devem estar convictos de que não é necessária a aplicação constante da força para manter ordem vigente. Ademais, não se pode olvidar a violação aos direitos humanos que ocorre com um direito penal máximo, posto que as garantias fundamentais violadas.

Por outro lado, existem atos cuja reprovação é tamanha, não se imagina outra sanção que não seja penal. Torna-se, pois, impossível de concretizar a tese abolicionista.

Destarte, o direito penal mínimo se apresenta como alternativa possível para a problemática aqui tratada. Na seara do processo legislativo, o minimalismo é alcançado por meio da extinção dos tipos penais que protegem bens não relevantes. No âmbito da aplicação do direito, ao verificar o sentido da norma, o intérprete apenas deve considerar como típico o fato que efetivamente lesionar o bem jurídico protegido.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A criação judicial do direito: segurança x justiça. Necessidade de releitura dos princípios. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 79. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8226>. Acesso em 01 ago. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador-BA, nº 9, mar./maio, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral . 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 jul. 2010.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 27 jul. 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. (org.). **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Direito Penal do Inimigo e os inimigos do Direito Penal. **Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP**. Disponível em: http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/revista_electronica2.htm. Acesso em: 15 ago. 2011

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 31ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 15 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.