

DA VINGANÇA À REGULAÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

KHADJA MAGALHÃES WANDERLEY

DA VINGANÇA À REGULAÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

Khadja Magalhães Wanderley¹

RESUMO

O presente artigo aborda a regulação do poder punitivo do Direito Penal, considerando sua agressividade quando da aplicação de penas em casos de subtração de bens cujos valores são considerados economicamente insignificantes.

De início, realça-se a defesa dos bens jurídicos considerados mais importantes e merecedores de proteção. Em seguida enfocam-se as fases da vingança ao longo da história, culminando no surgimento das penas atuais. Por fim, conceituam-se os princípios da intervenção mínima e da insignificância no Direito Penal, destacando-se quando e com que finalidade estes devem ser acionados como forma de se estabelecer a paz social, ao mesmo tempo em que se evita aplicar as penas restritivas de liberdade de forma desnecessária, instaurando o caos na sociedade.

Palavras-chave: Regulação. Bens Jurídicos. Princípios. Penas.

ABSTRACT

This article discusses the regulation of the punitive power of the criminal law, considering its aggressive nature when imposing penalties in cases of abduction of assets whose values are considered economically insignificant.

At first, we enhance the protection of legal interests which are considered more important and deserving of protection. Then the focus

¹ Analista da Superintendência do Banco do Brasil em Palmas, acadêmica de Direito do Ceulp Ulbra, pós-graduada em MBA Executivo em Negócios Financeiros pela UNB/ INEPAD, graduada em Tecnologia em Processamento de Dados pela Unitins. E-mail: khadja@bb.com.br

is on revenge phases throughout history, culminating in the emergence of the current penalties. Finally, we consider the principles of minimum intervention and the insignificance of the criminal law. Specially when and for what purpose they should be fired as a way to establish social peace, also keeping in mind that it avoids the application of penalties and unnecessary restriction of freedom, establishing terror in society.

Keywords: Regulation. Legal Interests. Principles. Feathers.

1 A DEFESA DOS BENS NO DIREITO PENAL

O Código Penal, art. 155, estabelece que: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa [...]”, porém, o que fazer diante do furto de coisas com valores considerados ínfimos? Por outro lado, como determinar o valor de um bem? Desqualificar o furto, ou desmerecer o ato em função do valor do bem furtado não geraria permissividade e insegurança social?

Ao contrário do que se possa pensar, a pena não é a finalidade do Direito Penal, e sim a proteção dos bens considerados mais importantes e necessários à sobrevivência da sociedade, como afirma Rogério Greco (2011). Para efetivar essa proteção é que será utilizada a imposição da pena (cominação), aplicação e execução desta. A pena, portanto, deve ser entendida como instrumento de intimidação (coerção) de que o Direito Penal se vale para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos para a sociedade.

Em complementação à definição de Rogério Greco,

Fernando Capez (2007) cita a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc. como os bens merecedores de proteção por parte do Direito Penal, sendo denominados bens jurídicos. Bens, estes, dispostos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, e elevados à condição de direitos e garantias fundamentais, assegurados a todas as pessoas, indistintamente, de modo a garantir uma existência digna.

Para Prado (1997, p. 18), “o bem jurídico em sentido amplo é tudo aquilo que tem valor para o ser humano”.

Tais bens são considerados valiosos, não por um critério econômico, mas sob o ponto de vista político, uma vez que este evolui juntamente com a sociedade. Desse modo, bens que há um tempo eram considerados essenciais e, por isso, mereciam a proteção do Direito Penal, hoje já não recebem esse mérito. Exemplo disso foi a revogação do art. 240 do Código Penal, crime de adultério, por meio do art. 5º da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Portanto, tal conduta foi descriminalizada, ou seja, deixou de ser considerada crime.

Com relação à proteção aos bens jurídicos considerados fundamentais, Capez (2007) acrescenta, ainda, que a mesma deve ser exercida não pela intimidação coletiva (prevenção geral), mas pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, de forma a se conseguir o respeito às normas não pelo medo da punição, mas pela convicção da necessidade de justiça.

Toledo (1994) conclui que nem todo bem é jurídico, e que nem todo bem jurídico é tutelado pelo Direito Penal. Nesta definição só entrariam os de maior relevância, ou seja, os

imprescindíveis de “proteção especial”, já que os outros ramos do Direito mostraram-se ineficientes para tal tarefa.

É importante observar que é impossível para o Direito Penal proteger todos os bens jurídicos de todas as agressões ou iminência destas, porque desse modo estaria sendo contrário ao desenvolvimento técnico e à evolução da sociedade como um todo.

O Direito Penal não deve ser considerado como forma de satisfação do sentimento de vingança da população em sua sede de justiça a qualquer custo.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL – FASES DA VINGANÇA

Na história evolutiva do Direito Penal, de acordo com Mirabete (1998), verifica-se que a ofensa de um único indivíduo poderia acarretar, inclusive, a extinção de todo o grupo a que pertencia como forma de satisfação do sentimento que imperava. A pena, em sua origem remota, significava tão somente vingança, resposta à agressão sofrida, normalmente desproporcional à desfeita, e aplicada sem a mínima preocupação com o senso de justiça.

Várias foram as fases da vingança, sem, com isso, ser estabelecido um delimitador temporal entre uma fase e outra: vingança privada, divina e pública.

Na vingança privada, instituiu-se a Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”), que surgiu como forma de buscar uma proporcionalidade entre a ofensa e a pena a ser aplicada

(Ex: matou? Será morto.), sendo considerada como a primeira conquista no âmbito repressivo, uma evolução do Direito Penal.

Na vingança divina, em nome de Deus, os sacerdotes aplacavam a “ira” da divindade aplicando severos castigos aos infratores.

Com a vingança pública, o poder de punir passa então ao soberano que o exerce de forma arbitrária, severa e aterrorizante como forma de intimidar por meio do terror, em nome de Deus e em seu próprio benefício.

Em fins do século XVIII e em meio aos ideais iluministas, inicia-se o Período Humanitário, despertando discussões quanto às penas aplicadas até então e à intolerância instaurada.

Marquês de Beccaria e seu livro *Dos Delitos e das Penas*, inspirado nos ensinamentos de Rousseau e Montesquieu, apresentou-se como uma das primeiras vozes a se levantar contra a tradição jurídica e a legislação penal de seu tempo. Surge denunciando os julgamentos secretos, as torturas empregadas como meio de se obter a prova do crime e a prática de confiscar bens do condenado, entre outras.

3 SURGIMENTO DAS SANÇÕES

A partir desse momento, a pena toma forma de sanção, e não mais de punição ou vingança, fundamentada em sentimentos de piedade, compaixão e respeito à pessoa humana. O Direito Penal evolui, então, até chegar ao chamado *jus puniendi* (direito de punir), pertencente, exclusivamente, ao Estado, como representante do

povo, pois este seria o único em condições de assegurar a justa proteção dos bens jurídicos fundamentais, vedando a justiça privada e atuando em conformidade com a Lei vigente, de forma a garantir segurança jurídica à vida em sociedade.

A pena tem como finalidade primordial a reprovação e a prevenção do crime, com vistas a demonstrar ao transgressor que não é permitida tal conduta, além de tirá-lo, quando for o caso, de circulação de forma a impedi-lo de cometer outros delitos.

De acordo com a Legislação em vigor, existem três tipos de pena que podem ser aplicadas dependendo do crime cometido e de sua gravidade: 1. Pena de multa, refere-se a um valor determinado pelo juiz na sentença e destinado ao fundo penitenciário para custear melhorias no sistema carcerário; 2. Penas restritivas de direito, aplicadas no lugar da prisão, são as chamadas penas alternativas; e 3. Penas privativas de liberdade; são penas mais graves e relacionadas à perda da liberdade (direito de ir e vir), suspensão dos direitos políticos (votar e ser votado) e à rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Dentre os três tipos apontados, as penas privativas de liberdade são consideradas as mais severas, e devem ser aplicadas apenas como última opção e em conjugação com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal ou *ultima ratio*, que tem como objetivo limitar o poder de punição do Estado, de modo que o Direito Penal interfira o mínimo possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado apenas quando os outros ramos do Direito se mostrarem ineficientes ou insuficientes para solução do caso em questão.

4 PRINCÍPIOS REGULADORES DO DIREITO PENAL: INTERVENÇÃO MÍNIMA E INSIGNIFICÂNCIA

O Direito Penal é considerado extremamente violento e restritivo. A imposição de penas invasivas afeta os direitos individuais, sendo a restrição da liberdade física uma grave suspensão desses direitos. Deve, pois, sua atuação se limitar apenas à proteção dos bens mais importantes e essenciais à manutenção da harmonia social.

O princípio da intervenção mínima, segundo Damásio de Jesus, tem por objetivo:

[...] restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do direito penal quando os outros ramos do direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita. (DAMASIO, 2006, p. 94).

Doutrinariamente, Paulo de Souza Queiroz (1998) assume que o Direito Penal intervém de forma tardia, atingindo as consequências, e não as causas dos problemas, daí a importância de limitar sua atuação de forma a garantir a mínima segurança em sua aplicação.

O legislador, quando da elaboração de leis penais, deve-se pautar na necessidade de aplicação destas, considerando que a natureza do castigo penal evidencia a forma mais drástica de

reação do Estado com relação ao delito, e por isso mesmo somente deverá ser aplicada levando em conta a fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.

A fragmentariedade do Direito Penal indica que apenas os bens jurídicos essenciais e os delitos considerados intoleráveis deverão ser punidos penalmente.

No caso da subsidiariedade, o Direito Penal apenas deverá ser acionado quando os outros ramos do Direito não solucionarem de forma satisfatória o conflito, o que significa que o Direito Penal deverá ser a última opção ou *ultima ratio* dos aplicadores do Direito.

Em consonância com o princípio da intervenção mínima, deve-se, ainda, considerar o delito à luz do princípio da insignificância ou bagatela, que vem a ser a não aplicação dos rigores da Lei Penal, haja vista a existência de lesão, ou dano mínimo, que não proporciona prejuízo relevante à sociedade.

Propugna Mirabete (2007, p. 39) que “o princípio da insignificância é uma espécie do gênero ausência de periculosidade social e, embora o fato seja típico e antijurídico, a conduta pode deixar de ser considerada criminosa”.

Francisco de Assis Toledo assim leciona:

“Segundo o princípio da insignificância, que se revela inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas”. (TOLEDO, 1994, p. 133)

O princípio da bagatela ou insignificância é, pois, um

instrumento interpretativo, utilizado para afastar da incidência do tipo penal as condutas inofensivas, que não acarretam devida reprovabilidade social.

Conforme René Dotti:

“Enquanto o princípio da intervenção mínima se vincula mais ao legislador, visando reduzir o número das normas incriminadoras, o da insignificância se dirige ao juiz do caso concreto, quando o dano ou o perigo de dano são irrisórios. No primeiro caso é aplicada uma sanção extrapenal, no segundo, a ínfima afetação do bem jurídico dispensa qualquer tipo de punição. Pode-se falar então em intervenção mínima (da lei penal) e insignificância (do bem jurídico afetado).” (DOTTI, 2001, p. 68).

Buscando, pois, facilitar a tarefa do aplicador do Direito, o Supremo Tribunal Federal determinou algumas circunstâncias de orientação ao ensejo da incidência do princípio em questão, a saber:

“a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência total de periculosidade social da ação; c) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (1ª Turma, HC 94439/RS, Rel. Min. Menezes Direito, j. 03/03/2009).

A mínima ofensividade da conduta assevera que a conduta do agente deve ser tal que gere um dano ou um perigo de dano irrelevante a um interesse.

Com relação à ausência total de periculosidade social

da ação, devem ser avaliados os efeitos dos danos causados à sociedade no caso de descriminalização da conduta, de forma a não gerar descrença da coletividade no Judiciário.

A falta de reprovabilidade da conduta se relaciona com o princípio da adequação social. Consiste na avaliação da conduta pela sociedade, se vista como reprovável ou não.

Por fim, a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada relaciona-se ao valor da coisa e sua insignificância.

Assim, verifica-se que não apenas o valor do bem em si deve ser considerado como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Caso contrário, deixaria de existir a modalidade tentada de vários crimes, como, por exemplo, o furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º).

Ressalte-se que o reconhecimento da insignificância da conduta praticada pelo réu não conduz à extinção da punibilidade do ato, mas à atipicidade do crime e, em consequência, à absolvição do acusado (STF, 2ª Turma, HC 98.152-6/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/2009).

5 O VALOR DE UM BEM DIANTE DA SOCIEDADE

Mas como estabelecer valor para um bem que tanto é objeto de desejo de outrem, que assim o pretendeu para si a ponto de furtá-lo? Que valor esse bem teria para a vítima?

Tudo o que uma pessoa adquire a custo de trabalho ou por diversos outros meios legais de aquisição deve ser considerado

bem de valor significativo, por menor que esse valor possa parecer aos olhos de outros. De outro modo, se alguém furta esse mesmo objeto é porque, para ele, algum valor esse objeto possui. O que pode ocorrer é o fato de esse bem não possuir valor ou relevância do ponto de vista social a ponto das discussões acerca desse bem de ser decididas no âmbito do Direito Penal.

Diante do exposto, deduz-se que o bem possui valor, sim, e este deve ser considerado quando da avaliação do caso concreto. O que se não pode fazer é elevar a discussão a respeito desse bem de valor ínfimo diante da visão social aos tribunais para apuração e penalização sob a ótica violenta do Direito Penal.

O que se pretende por meio do princípio da insignificância, com o auxílio do princípio da intervenção mínima, é desafogar o judiciário de processos sem o menor potencial jurídico de importância, pois ocupam tempo e geram elevadas e desnecessárias despesas processuais.

É fato que mesmo um delito de pequena monta e pouca repercussão no meio social deve receber o repúdio da Lei, por, inegavelmente, haver dano ao corpo social, de ordem legal.

Deve-se tomar os cuidados necessários para a não confusão entre a descriminalização e a despenalização dos delitos. Aquele é fazer com que condutas não consideradas graves deixem de ser tratadas como delito; já este é o ato de reduzir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal; afinal ignorar a Lei é considerado tão grave, quanto o próprio ato ilícito.

Deve-se aplicar o princípio da insignificância, com parcimônia e sempre que for possível proporcionar ao acusado outras penas que não a restrição de liberdade deste.

6 ENCARCERAMENTO X PENAS ALTERNATIVAS

Hoje se vive numa sociedade cuja Lei máxima, a Constituição Federal, adota como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e tem como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais. Desse modo, é desproporcional encarcerar uma pessoa em razão de suposto envolvimento em furto de objeto, considerado insignificante. Não que esta não deva responder pelo crime, deve sim, porém com penas alternativas, que de alguma forma, a façam, além de devolver o bem adquirido ilicitamente, pagar pelo valor correspondente, como forma de compensação pelo mal causado.

O que se pretende com isso é evitar que o indivíduo receba uma pena proporcionalmente maior que o delito cometido e não previsto em nossas leis penais, que é o “estigma carcerário”, marca que nunca mais será apagada de sua vida e que o levará inevitável e rigorosamente à exclusão social.

Considerando-se os princípios de equidade e igualdade, precisa-se de propostas intermediárias que não sejam brandas a ponto de deixar o infrator sem punição, mas que primem pela reeducação e reintegração do indivíduo à sociedade,

proporcionando-lhe meios de sobrevivência, e não simplesmente deixá-lo à mercê de um recurso que deveria ser encarado como última opção, como é o caso da prisão.

O que ocorre atualmente é que as penas restritivas de liberdade têm servido para retirar o indivíduo infrator do âmbito social e garantir segurança aos demais, proporcionando-lhes limitada saciedade da sede de vingança que ainda impera em nossos íntimos.

A proposição de penas alternativas garante a cidadania e a dignidade dos condenados, o que não ocorre nas prisões, consideradas centros de aprimoramento criminoso, verdadeiras universidades do crime.

Condenados pela Justiça a cumprirem penas alternativas voltam a praticar crimes com uma frequência muito menor que aqueles sentenciados a permanecerem nas prisões. É o que revela pesquisa realizada pelo Grupo Candango de Criminologia, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Nossos legisladores precisam entender que não há necessidade de novas e agressivas leis, e sim de leis que primem pela reeducação do infrator de pequena monta.

Conforme Beccaria, “multiplicar leis penais significa apenas multiplicar violações à lei; não significa evitar crimes, mas criar outros novos” (BECCARIA *apud* QUEIROZ, 1998).

7 CONCLUSÃO

Com a elaboração do presente artigo, conclui-se que, apesar do valor ínfimo do objeto fruto do delito, o agente deverá responder pelo crime, não com os rigores do art. 155 do CP, com restrição de liberdade, mas por meio de alguma pena socializante, posto as prisões não serem consideradas meios eficazes de reeducação ou ressocialização do indivíduo, mas apenas um meio de afastar aquele que cometeu um crime do seio da sociedade e mantê-lo à margem, como forma de proporcionar “segurança” aos demais membros.

A força que as leis simbolizam, numa sociedade civilizada, deve ser superior ao direito que a força, aqui entendida como exercício do poder reclama para si a custa da incapacidade de resistência dos menos favorecidos diante dos rigores extremos do Direito Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. **Código Penal anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal de Justiça. **Habeas Corpus n. 94439/RS**, 1ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, Brasília DF, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3576909/habeas-corpus-hc-94439-rs-stf>>. Acesso em: 21 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal de justiça. **Habeas Corpus n. 98.152-6/MG**, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília DF, mai. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4124253/habeas-corpus-hc-98152-mg-stf>>. Acesso em: 21 de junho de 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume I. Parte Geral. 11ªEd. São Paulo. Saraiva. 2007.

CAPEZ, Fernando. **STJ afasta aplicação do princípio da insignificância para crimes reiterados**. São Paulo: Assembleia Legislativa, fev. 2010. Disponível em: <<http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=68&subsecao=0>>. Acesso em 20 de junho de 2011.

CAPEZ, Fernando. **Princípio da Insignificância ou Bagatela**. LFG, jul. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009071614033828&mode=print>. Acesso em: 20 de junho de 2011.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro. Forense, 2001.

DOTTI, René Ariel (et.al.). **Penas Restritivas de Direitos – Críticas e comentários às penas alternativas – Lei 9.714**, de 25.11.1998. São Paulo: RT.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/932>>. Acesso em: 21 de junho de 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de, **Código Penal Anotado**. ed.17. São Paulo: Saraiva, 2006.

LACERDA, Marcus. **Penas alternativas reduzem reincidência**. Brasília: UNB Ciência, mar. 2010. Disponível em: <http://www.unbciencia.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=98:penas-alternativas-reduzem-reincidencia&catid=33:direito>. Acesso em: 20 de junho de 2011.

MAGALHÃES, Joseli de Lima. **Princípio da insignificância no Direito Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 1, 19 nov. 1996. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/948>>. Acesso em: 21 de junho de 2011.

MARTINS, Pedro Baptista. **O Abuso do Direito e o Ato Ilícito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 17.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Breve Historia do Direito Penal. In: Manual de Direito Penal.** 13 ed. Sao Paulo: Atlas, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** – arts. 1º a 120 CP. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

POSSÍVEIS PENAS. São Paulo. Guia de Direitos. Disponível em: <http://www.guiadedireitos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=949&Itemid=202>. Acesso em: 13 de junho de 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 158.

QUEIROZ, Paulo. **Por que o Brasil continuará sendo um país**

corrupto. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 19 Set. 2008. Disponível em: <investidura.com.br/sobre-investidura/equipe/679>. Acesso em: 21 de junho de 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **“Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro”, in Abuso dos direitos processuais**, Rio de Janeiro, Forense, 2000, coord. José Carlos Barbosa Moreira.

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