

DIREITO PENAL MÍNIMO: A TEORIA DO EQUILÍBRIO DA NORMA PENAL

Ricardo Bispo Razaboni Junior¹
Rafael José Nadim de Lazari²
Guilherme Domingos de Luca³

“A grande miséria da Criminologia é de ter sido somente uma Criminologia da miséria”.

Lola Anyar de Castro.

245

RESUMO

O hodierno artigo, de cunho hipotético-dedutivo, objetiva tecer considerações acerca das teorias do direito penal, com foco principal a teoria do Direito Penal Mínimo ou como também cognominado de Direito Penal do Equilíbrio. Para isso, fora abordado no decorrer de seu bojo teorias que propõe tanto a utilização extrema do Direito Penal, a fim de obter o controle social, quanto teoria que propõe abolir o sistema penal, visto que este se mostra ineficaz e desumano. Porém, como ponto médio ao conflito entre as teorias máximas e abolicionistas, que por sua vez se opõem entre si, há o Direito Penal Mínimo, teoria que enfrenta a questão de modo a propor uma solução intermediária ao problema, ou seja, propõem não utilizar o Direito Penal para todos os conflitos, porém não prega a abolição deste, mas sim prega a utilização deste somente em casos necessários, isto é, em situações em que somente o Direito Penal poderá resolver.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Mínimo; Direito Penal Máximo; Abolicionismo Penal.

ABSTRACT

The current article, hypothetical-deductive, aims to make considerations about theories of criminal law, with a focus on the theory of Minimum Criminal Law or also known as Criminal Law of Equilibrium. For that, it had been approached in the course of its bulge theories that proposes both the extreme use of Criminal Law in order to obtain social control, as well as theory that proposes to abolish the penal system, since this is ineffective and inhumane. However, as a mid-point to the conflict between the maximal and abolitionist theories, which in turn oppose each other, there is the Minimum Criminal Law, a theory that confronts the issue in order to propose an intermediate

¹ Mestrando em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA). Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Advogado

² Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Líder do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico.

³ Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM. Docente de Direito Processual do Trabalho no Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Docente de Direito Processual do Trabalho no Curso Ênfase. Docente de Direito do Trabalho para 2ª fase do Exame de Ordem no Curso Focus.

solution to the problem, ie, propose not to use The Criminal Law for all conflicts, but does not preach the abolition of it, but rather preaches the use of it only in necessary cases, that is, in situations where only the Criminal Law can solve.

KEYWORDS: Minimum Criminal Law; Maximum Criminal Law; Criminal Abolitionism.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende debater teorias do direito penal, a fim de se concluir ao final qual corrente seria a ideal para solucionar os sentimentos sociais acerca da impunidade, porém procurando obter também a solução do caos presente no atual sistema carcerário brasileiro.

Assim, teve-se, para um melhor entendimento, a necessidade de desconjuntar o presente trabalho em três partes.

Neste plano, será abordado primeiramente as vertentes relacionadas ao Direito Penal Máximo, o qual, como o próprio nome já diz, busca utilizar o Direito Penal como forma de solução para todos os conflitos sociais.

Em segunda plano será abordado a figura do Abolicionismo Penal, que em oposto a teoria máxima do Direito Penal, procura abolir o sistema penal do ordenamento jurídico.

Por fim, com foco especial, será abordado o Direito Penal Mínimo, teoria intermediária em relação as supracitadas, que procura o equilíbrio entre a utilização do Direito Penal, propondo somente empregar este em medida extremamente necessária.

2. DIREITO PENAL MÁXIMO

Com o crescimento da criminalidade e a expansão das informações referentes a este aumento, as quais, *data vênia*, são cotidianamente ofertados pelos meios de informação e mídia social, houve a expansão demasiada do incentivo à aplicação de um direito penal máximo, quando na maioria dos incentivadores – jornalistas, repórteres, apresentadores de programas televisivos e o público alvo- desconhecem do referido assunto.

O clamor público, claramente influenciado pelas criticas as legislações penais e a supervalorização da impunidade, ambos sentimentos ofertados pela mídia social, corroboram na expansão das teorias maximalistas.

Deste modo, mostra-se de extrema importância analisar *prima facie* os principais movimentos e teorias relacionadas ao sistema penal máximo, a qual se fará a seguir.

2.1 O movimento Lei e Ordem e suas vertentes

O Movimento Lei e Ordem nasce, em meados de 1980, com objetivo de implantar na justiça criminal e na criminologia preceitos maximalistas, com o intuito de induzir a sociedade a considerar o Direito Penal como o remédio para as angustias e receios do povo.

No núcleo de seus ideais, o alusivo movimento procura preconizar a necessidade de reducrescimento de penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, com o objetivo de livrar a sociedade da fração de indivíduos não apropriados para convívio em sociedade.⁴

Neste sentido, Cosate (2015, p. 55) esclarece de modo impar que o Movimento Lei e Ordem tem como principal característica o “expansionismo e o endurecimento das leis penais, como forma ilusória de diluir a prática de infrações penais”.

Tem-se ainda a orientação de que o referido movimento surgiu tanto por inclinações contrárias às advindas das organizações de direitos humanos, quanto pelas manifestações midiáticas voltadas à população econômica e culturalmente desfavorecida, partindo em si do pressuposto que a criminalidade e a violência encontram-se em divisas indomináveis, sendo apontado como principal responsável deste estado de “calamidade” as legislações penais brandas e os benefícios excessivos conferidos aos criminosos, insinuando que esta é a causa da falta de receio destes em sofrer punições. (SANTORO FILHO, 2000, p. 130-131).

Na ânsia de alcançar o desejo da societário, o Estado Social fora esquecido, momento em que se concebeu o Estado Penal. Como se evidencia no Brasil, o

⁴ Emiliano Borja Jiménez, Curso de Política Criminal, p. 91, leciona que: “em definitivo, se quer responder a certas exigências dos cidadãos (sob o auspício exagerado dos meios de comunicação de massa) de uma luta se quartel contra a criminalidade, através de uma política de ‘lei e ordem’ que põe acento quase exclusivamente na proteção da sociedade. Em consequência, a política penitenciária cumpre uma função de ‘incapacidade social’ do delinquente encaminhada no sentimento de que este não cause dano à sociedade durante o tempo em que se encontra internado. Cumpre uma função de pura retribuição, pois o castigo se satisfaz quase integralmente, com poucas possibilidades de diminuição. E cumpre uma função de prevenção geral, posto que se persegue com a privação de liberdade da maioria dos condenados que o resto dos cidadãos evite o desejo de perpetrar fatos delitivos por medo das consequências representadas pela situação real dos réus. Finalmente, a função de prevenção especial dirigida a que o sujeito não venha a delinquir no futuro, só se alcança por meio da intimidação que sofre o réu em um regime tão restritivo para sua liberdade e do resto de seus direitos”.

Congresso Nacional anuncia de modo desenfreado novas medidas de combate ao crime, porém deixando de lado os investimentos fundamentais como o ensino, lazer, cultura, saúde, habitação. (GRECO, 2016, 13).

Santoro Filho (2000, p. 132-133) assevera que:

(...) uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam, da criminalidade.

De modo hiperbólico, René Dotti (2004, p. 25-26) sugere que nos anos 90 houve a promulgação de legislações que encontram semelhança com o movimento “*Law and Order*”, como *in verbis* a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos); Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.137/90 (Lei de crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo); Lei 9.034/95 (Lei de Organizações Criminosas); Lei 9.100/96 (crimes eleitorais); Lei 9.296/96 (Lei de interceptações telefônicas); Lei 9.74/97 (porte de arma), dentre outros diplomas legais.

Em consonância com Movimento Lei e Ordem, fora criado, em meados de 1991, o movimento Tolerância Zero aludido por muitos como uma das vertentes do Movimento maior.

Este fora implantada em Nova York, no governo do prefeito Rudolph Giuliani, que assim como o modelo *Law and Order*, mostrou-se fundado no prisma político-criminal. O referido movimento governamental de intolerância surgiu do estudo conhecido como *Broken Windows* (Janelas Quebradas), o qual Daniel Rubim (2003) ensina que:

Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, publicaram na revista *Atlantic Monthly* um estudo em que, pela primeira vez, se estabelecia uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Naquele estudo, cujo título era *The Police and Neighbourhood Safety* (a polícia e a segurança da comunidade), os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida.

Kelling e Wilson sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as

peças que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio. E tampouco pela rua que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou até ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O Passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas e bem deixando o burro a mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens, mais tarde ao crime.

Como se percebe de plano, o Movimento Lei e Ordem e seus derivados desprezam os ideais dos princípios fundamentais do direito penal, momento em que são opostos a proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e lesivo as garantias constitucionais.

2.2 Direito Penal do Inimigo

Para uma assimilação apropriada do Direito Penal do Inimigo, tem-se que é necessário estudar primeiramente o instituto denominado de Velocidades do Direito Penal.

As Velocidades do Direito Penal foram criadas pelo espanhol Jesús-María Silva Sánchez, o qual é considerado um dos mais respeitados penalistas da atualidade. A teoria traz consigo a ideia de que temos no ordenamento jurídico várias dimensões de Direito Penal, graduados de acordo com sua rigidez.

Primeiro, Silva Sanchez divide o Direito Penal em duas velocidades, denominadas como a primeira velocidade e a segunda velocidade, mas por fim, afirma existir uma terceira velocidade, que seria denominada como Direito Penal do Inimigo.

No que se refere à análise dos institutos denominados como velocidades do Direito Penal, Silva Sanchez introduz a primeira velocidade como um modelo de Direito Penal liberal-clássico, garantista, tradicional e mínimo, que se vale preferencialmente da pena privativa de liberdade, como finalidade de uma ação penal, mas se funda em garantias individuais inarredáveis, como meio eficaz para obtenção de justiça, sistema esse adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro (SANCHEZ, 2002, p. 40).

No segundo ponto de sua lição, temos o Direito Penal de segunda velocidade, o qual “cuida-se do modelo que incorpora duas tendências (aparentemente antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.)” (SANTOS, 2011).

Segundo Alexandre Rocha de Almeida de Moraes, as velocidades alusivas acima são verificadas de forma que:

A primeira, pautado no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade-pecuniárias ou restritivas de direitos (ROCHA, 2011, p. 230).

Como última dimensão do âmbito penalista, temos a terceira velocidade, a qual seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização ou supressão das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade) (GRECO).

No âmago da terceira velocidade do direito penal encontra-se, portanto, o Direito Penal do Inimigo, ofertado por Jakobs em meados de 1985, e que vem ganhando adeptos e relevância no mundo jurídico, principalmente no hemisfério norte do planeta, após a ocorrência de vários crimes que chocaram a humanidade, como por exemplo, o atentado terrorista de 11 de setembro ao World Trade Center, os atentados terroristas em Madrid e Londres, ocorridos respectivamente em 11 de Março de 2004 e 07 de Julho de 2005 e por fim o atentado a cidade de Paris em 13 de novembro de 2015.

A teoria, originada no pensamento funcionalista sistêmico fundado na racionalidade comunicativa, traz consigo uma distinção entre duas espécies de criminosos: a) os criminosos que têm suas garantias legais preservadas devido ao fato de terem praticados crimes de baixo grau ofensivo, assegurando-se-lhes sua preservação do status de cidadão e garantindo-se após o cumprimento da penalidade, permanecer com seus direitos e com a perspectiva de reintegração social (Direito Penal do Cidadão); b) os criminosos de alta periculosidade que cometeram ou possivelmente poderão cometer crimes de elevado teor ofensivo, e por conta disso sofreriam medidas de segurança próprias, ou seja, penas rígidas a fim de controlá-los, mesmo que de forma

antecipada, suprimindo para isto garantias legais e processuais (Direito Penal do Inimigo). Em outras palavras:

(...) de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia (GOMES, 2010, p. 2).

Jakobs pondera que são considerados como inimigos do Estado os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (2003, p. 39). Nesse sentido, conceitua que:

(...) quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 49-50).

No que diz a respeito à vigência das normas, onde mora grande semelhança com o funcionalismo sistêmico, pontua-se a diferença entre sua finalidade para os cidadãos e para os inimigos, observando que “O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da Norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos” (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 21).

Tido como um dos principais discípulos do filósofo e jurista do direito germânico, Hans Welzel, Jakobs sustenta sua teoria em diversos fundamentos de filósofos do *ius naturale* (Direito Natural), como:

- a) Rousseau: O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal ; b) Fichte: quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos ; c) Hobbes: em casos de alta traição contra o Estado, o

criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo;
d) Kant: quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o "estado comunitário-legal", deve ser tratado como inimigo (GOMES, 2010, p. 3).

Deste modo, em síntese, podemos observar que:

No Direito Natural, que argumenta a partir de um ponto de vista estritamente relacionado com a teoria do contrato, todo delinquente é um inimigo (Rousseau, Fichte). Todavia, para preservação de um destinatário para expectativas normativas, é preferível deixar o status de cidadãos àqueles que não se desviam por princípio da norma. (Hobbes, Kant) (JAKOBS, 2009, p. 22).

252

Por fim, cabe ressaltar que Direito Penal do Inimigo traz consigo três pilares, os quais constituem fundamentos essenciais a sua aplicação e demonstram o porquê de ser conhecida como a terceira velocidade do direito penal, quais são: a) antecipação da punição; b) desproporcionalidade das penas e criação de leis severas direcionadas aos “Inimigos do Estado”; c) relativização e/ou supressão de garantias processuais.

Neste plano, Manuel Cancio Meliá, afirma que:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (2005, p. 67).

Deste modo, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo, tal como o Funcionalismo Radical, tem como finalidade a manutenção da vigência da norma, porém somado com a distinção entre criminosos e a necessidade combater a classe chama de inimigos do Estado.

2.3 Direito Penal de Emergência

A fim de alcançar a tão desejada paz social, os defensores do Direito Penal de Emergência explicam que esta teoria deveria ser aplicado em situações excepcionais de

urgência, ou seja, quando nada mais fosse eficaz para combater um possível estado de calamidade.

Tal Direito, em tese, vigoraria até o momento em que o problema, o estado calamitoso fosse resolvido, momento em que as leis “temporárias” seriam revogadas e voltariam a vigorar as anteriores.

Porém, como se sabe, o período de urgência se transforma em duradouro, e o direito emergencial passa a ser reconhecido como usual. (GRECO, 2016, p. 22).

Neste sentido, Ferrajoli (2002, p. 649-650) diz que:

A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificção política de ruptura ou, se se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal. Esta concepção de emergência outra coisa não é que a ideia do primado da razão de Estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas a esta supraordenada. *Salus rei publica suprema Lex*: a salvaguarda, ou apenas o bem do Estado, é a norma principal do ‘direito de emergência’ (Grundnorm), a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação.

Na visão geral, o Direito Penal de Emergência se faz como uma possível alternativa para o controle estatal, porém a vociferação gregária conjunturada com o reclamo midiático pode tornar essa norma de caráter urgente em caráter *aeternus perpetuum*, ou seja, eterna.

3. ABOLICIONISMO DO DIREITO PENAL

Tem-se que o abolicionismo é uma teoria voltada à descriminalização, despenalização e/ou extinção da pena de condutas criminosas, ou seja, pela extermínio do direito penal, propondo para isto a resolução de conflitos e problemas sociais por outros ramos do direito.

Assim o jurista Evandro Lis e Silva esclarece a questão, introduzindo as origens do referido pensamento:

À fase tecnicista sucedeu, logo após a terminação da Segunda Guerra Mundial, uma forte reação humanista e humanitária. O Direito Penal retomava seu leito natural, no caminho que vem trilhando desde Beccaria. Não surgiu propriamente uma nova escola penal, mas um movimento, sumamente criativo, que vem influenciando de modo intenso na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX. Foi seu idealizador o advogado e professor Fillipo Gramatica, que fundou, em Gênova, em 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social. Gramatica adotava uma posição radical. Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do Direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes. (MARCHI JÚNIOR)

Nesta seara, o pensamento exercido pelos juristas adeptos ao movimento se faz pelo seguinte questionamento: Será que após o devido processo legal, alguém, condenado a pena privativa de liberdade vier a ser colocado em uma cela superlotada, onde é constantemente violentado pelos demais detentos, estaria sendo observado o princípio da dignidade da pessoa humana? Estaria sendo respeitado a vedação constitucional a penas cruéis? (GRECO, 2016, p. 6).

Em outras palavras, tem-se que o abolicionismo reflete ao pensamento de que a prisão reflete um instrumento completamente irracional, que não pode ser aplicada sem que se ofenda a dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2016, p. 10).

Porém, conforme se mostra evidente, não há a possibilidade de abolir totalmente o sistema penal do Ordenamento Jurídico, como proposto pela corrente abolicionista, devido ao fato de que em determinados casos somente se faz possível a resolução de problemas por meio do Direito Penal, momento em que este se engrandece, a fim de restabelecer a normalidade e seguridade social.

4. DIREITO PENAL MÍNIMO

O Direito Penal Mínimo, ou como cognominado por Rogério Greco de Direito Penal do Equilíbrio, assume seu espaço como teoria mediana em comparação com o Direito Penal Máximo e o Abolicionismo.

Em outras palavras, esta é uma corrente em que não se prega em nenhuma hipótese a utilização da teoria máxima do Direito Penal, tão pouco do Abolicionismo completo, esta procura estabelecer adoção de medidas em caráter necessário, ou seja, a

utilização do Direito Penal somente quando outros ramos do direito não forem capazes de solucionar o problema social.

Neste sentido, tal teoria se orienta por princípios indispensáveis, tais como: a) dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c) lesividade; d) adequação social; e) insignificância; f) individualização de pena; g) proporcionalidade; h) limitação de penas; i) culpabilidade; j) responsabilidade pessoal; e k) legalidade.

Como acertadamente explicitado por Rogério Greco (2016, p. 30), o Direito Penal Mínimo tem como pilar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o homem deve ocupar o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da paz social, deverá proibir somente os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos, que atinjam os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

Neste plano, entende-se como bens jurídicos: “*coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’*”. (TOLEDO, 2007, p. 15).

Todavia, Lorenzo Morilla Cuevas (2002, p. 4) assinala que bens jurídicos são derivados de situações históricas do grupo humano que se associam entre si para acordar uma série de condições valiosas em forma de bens, os quais são obtidos com valor fundamental para sua própria defesa. Deste modo, mostra-se o direito assume papel de uma determinada ordem, um concreto sistema de relações sociais a defender e a proteger.⁵

Deste modo, tem-se que bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social. Assim, tal valor se incorpora à norma como um objeto de referência real, constituindo por tanto um elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. No que se refere a objeto real, tem-se que este se faz pela concepção orientada pelo pressuposto de lesão ou perigo de lesão, ao passo em que se verifica pela injustiça. Não há injusto sem a devida demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico. (TAVARES, 2000, p. 179).

Por fim, o Direito Penal Mínimo se estabelece de forma em que contraria o denominado Direito Penal Máximo, não se apresenta contrario a aplicação da norma penal como o Abolicionismo, mas também não se confunde com o garantismo, embora

⁵ MORILLA CUEVAS assevera que: “Ello deriva em que cada situación histórica el grupo humano asociado entre si concrete una serie de condiciones valiosas, em forma de bienes jurídicos, que son tenidas como fundamentales para su propia defensa. Se muestra, entonces, el derecho como un determinado orden, um concreto sistema de relaciones sociales a defender y a proteger.

ambos sejam convergentes e complementares, vez que se baseiam nos mesmos ideais e pressupostos. (GOMES, 2007, p. 455).

Assim, o minimalismo se orienta pela aplicação do direito penal como *ultima ratio*, ao passo que o garantismo prevê garantias penais e processuais penais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todo o exposto, verifica-se que há entre as teorias fundamentos divergentes e extremos.

O Direito Penal Máximo se apresenta como norma punitiva, com a finalidade de resolver todos os problemas sociais, desde os menos ofensivos aos mais ofensivos, pelo ramo do Direito Penal, com uma suposta e falsa ideia de que pela pena será evitado o caos, estabelecendo o Direito Penal como norma essencial para o controle social e aferição da paz.

A corrente Abolcionista assevera finalidades de modo oposto ao Direito Penal Máximo, fundamentando, com base no princípio da dignidade de pessoa humana, que a supressão total do sistema penal seria o ideal, utilizando para isto argumentos relacionados a desumanidade existente na forma de punição estatal, a qual não refletiria resultados positivos. Sugere assim que outros ramos do ordenamento jurídico solucionem os problemas, afastando a intervenção do Direito Penal e afins.

O Direito Penal Mínimo se mostra como teoria intermediária, buscando por sua vez o equilíbrio entre o uso ou não do Direito Penal para solução de conflitos sociais e proteção de bens jurídicos. Este, em tese, seria utilizado como ultima opção, preservando assim a dignidade da pessoa humana, sem submeter delinquentes de forma desnecessária ao tratamento cruel do sistema punitivo atual, ou seja, o sistema penitenciário, o qual de fato não procura punir e ressocializar o indivíduo, mas sim punir e por consequência de sua ineficiência acaba possibilitando a um cardápio de facções criminosas a possibilidade de incorporar mais um soldado a sua tropa, em outras palavras, o sistema punitivo se traduz por nada mais ser do que uma faculdade do crime.

Nas palavras do ilustre professor Paulo de Souza Queiroz: "ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de Justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de

querubins, ainda assim o Direito e o Direito Penal em particular seria um instrumento de desigualdade". (1998, p. 30).

Por fim, com base em todo o exposto, se faz necessário o crescimento do debate do Direito Penal Mínimo a fim de aprimorá-lo, ao passo que, de todas as teorias ofertadas, esta se evidencia como a melhor aplicável no plano atual, pois se apresenta de forma a utilizar o Direito Penal como deve ser, ou seja, em *ultima ratio*, preservando tanto garantias constitucionais penais, como o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

COSATE, Tatiana Moraes. **Direito Penal Mínimo: A idoneidade da Proteção Penal dos Bens Jurídicos Transindividuais**. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2. ed. Campinas: BookSeller, 1999

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

_____. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. volume 1. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. **A Pena de Prisão à Luz da Moderna Política Criminal**. Texto inédito. In HIRECHE, Gamil Föppel El. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Impetus, 2016.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

JAKOBS, Günther. **El concepto jurídico-penal de acción**. Tradução de Manuel Cancio Melía. Conferência realizada em Madri, maio de 1992.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de Um Direito Funcional**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo:Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003. V. 6; versão em espanhol: Sociedad, norma, persona em uma teoria de un Derecho Penal funcional. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; MOREIRA, Luiz (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Mereu José (Org. e Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Manual de derecho penal del enemigo**. Madrid: Editora Thosomcivitas, 2003.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal do inimigo. Breves considerações. **Jus Navigandi, Teresina**, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

JIMENEZ, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MARCHI JÚNIOR, Antônio ed Padova. **Abolicionismo criminal**. Disponível em: <www.direitopenal.adv.br>

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.Reedição.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Reflexiones sobre el derecho penal del futuro**. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Niversidad de Granada (Andalucía-España), 04-06 (2002). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte/BH: Del Rey, 1998.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme/SP: Editora de Direito, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte/BH: Del Rey, 2000.

TODELO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Direito Penal do Inimigo- Ou o Discurso do Direito Penal Desigual**. Disponível em: <www.cirino.com.br/artigos/>. Acesso em: 01 dez. 2016.