

Paulo Roberto Batista da Costa Junior.  
Bacharel em Direito, graduado pela Universidade da Amazônia - UNAMA.  
E-mail: paulodacostajr@hotmail.com

## **DIREITO PENAL MÍNIMO: UMA CARACTERÍSTICA DO GARANTISMO PENAL.**

### **RESUMO**

O presente trabalho de pesquisa diz respeito ao estudo do seguinte tema: Direito Penal Mínimo: Uma característica do Garantismo Penal. Para tanto foi feita uma abordagem a respeito do “Estado Democrático de Direito e o Garantismo Penal”, que evidencia conceitos gerais e princípios formadores do Garantismo e do Direito Penal Mínimo. Por derradeiro, é realizada uma análise da influência que a mídia exerce sobre a aplicação do Direito Penal Mínimo no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, o trabalho se desenvolve de maneira coerente e de fácil entendimento para quem atua na área jurídica.

**Palavras- chave:** Estado Democrático de Direito. Direito Penal Mínimo. Garantismo.

## **ABSTRACT**

This research work concerns the study of the theme: Minimum Criminal Law: A Criminal Garantism feature. Therefore an approach was made about the "Rule of Law and Criminal Garantism", which highlights general concepts and principles that form the Garantism and Criminal Law Min. For the last, is an analysis of the influence the media has on the application of criminal law in the Brazilian legal minimum. Thus, the work evolves in a consistent and easily understood by those working in the legal field.

**Keywords:** Democratic state. Minimum Criminal Law. Garantism.

## 1. INTRODUÇÃO

Estudar o Direito Penal, de forma a garantir os direitos individuais, é uma tarefa muito árdua, haja vista que no atual contexto em que se encontra a sociedade qualquer manifestação contrária ao discurso de recrudescimento da norma penal é visto como uma manifestação favorável à violência.

Diante disso, torna-se fundamental para a sociedade a análise mais aprofundada do presente objeto de estudo “Direito Penal Mínimo: uma característica do Garantismo Penal”, porquanto ao se esmiuçar o presente objeto será percebido que em muitos casos os atores que detém o poder, os que fazem as leis especificamente, utilizam o Direito Penal como instrumento de política pública repassando para a sociedade um sentimento falso de segurança, haja vista que apenas a criminalização de mais bens jurídicos irá resolver o problema da violência na sociedade. Conseqüentemente ocorre o aumento vertiginoso de normas penais que não terão de forma alguma eficácia, haja vista que o Estado buscou resolver determinado problema social partindo da consequência deste e não de sua causa.

No âmbito acadêmico, dentre as várias doutrinas que estudam a interface do Direito Penal e a sociedade, estudar a doutrina Garantista significa estudar princípios que servem de base para o Estado Democrático de Direito. Sendo, portanto, louvável qualquer estudo que objetive a análise aprofundada desses axiomas que são as qualidades do Estado Constitucional.

Profissionalmente, estudar o Direito Penal partindo de uma visão mínima é importante, pois possibilita para o aplicador do direito a possibilidade de vislumbrar os reais problemas existentes na sociedade. O que gerará a busca para resolução destes de forma efetiva. Ademais, é função de qualquer cidadão, principalmente do aplicador do direito, buscar de todas as formas e meios que tutelem os direitos individuais. Sendo que o conhecimento do Direito Penal utilizado como *Ultima Ratio* é uma forma de proteção dos direitos individuais.

## 2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O GARANTISMO PENAL

### 2.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ANALISADO A LUZ DA DOCTRINA GARANTISTA.

Antes de falar a respeito da influência da doutrina Garantista no ordenamento jurídico pátrio deve-se analisar *apriori* que se entende por Estado, por Estado Constitucional, por Estado de Direito e por Estado Democrático de Direito.

Torna-se muito árdua a tarefa de encontrar um conceito de Estado que seja um paradigma de perfeição para a maioria da doutrina vez que o este é um ente complexo por natureza. Para tanto se buscará na doutrina tradicional do professor de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo um conceito simples, porém que abarque todos os elementos constituintes de um Estado. Por isso, que na definição do professor Dallari (2011, p. 122) “O Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

Posto esse conceito inicial serão doravante estudados alguns “adjetivos” que se atribuem ao Estado.

De inicio importante se faz dizer que o Estado Constitucional é fruto do constitucionalismo escrito e que tem como objetivo a racionalização e humanização da função interventiva do Estado além de trazer em seu bojo um elenco de direitos e garantias individuais que devem ser protegidos. Segundo Morais:

“O Estado Constitucional configura-se, portanto, com umas das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno deve ser um Estado democrático de direito” (MORAIS, 2010, p. 4).

Portanto, no entendimento do professor Alexandre de Morais são duas as grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático (MORAIS, 2010, p.5).

Por sua vez o Estado de Direito que tem sua origem de cunho liberal e é verdadeiramente uma manifestação jurídica da democracia burguesa liberal e por isso, há autores como o professor José Afonso da Silva, que o identificam como Estado Liberal de Direito. Devido ao contexto em que surgiu o Estado de Direito tem sua estrutura caracterizada por; i ) submeter-se ao poder da Lei; ii) divisão dos poderes ;e iii) expor garantias dos direitos individuais.

Vale ressaltar que o período antecedente ao Estado de Direito era o chamado absolutista no qual o Rei, por determinação divina, tinha concentrado para si todos os poderes

soberanos, sendo que por isso a tendência do novo Estado burguês nascente era desconcentrar tais poderes. Em suma, “os súditos se tornam cidadãos” (SILVA, 2010, p 114).

E por ultimo há o Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, que em se tratando de Brasil encontra guarita na Carta de 1988 na disposição do art. 1º da Constituição que vai além de uma interpretação literal, uma vez que representa um novo paradigma de Estado que deve ter sua relação com a sociedade pautada na tutela dos direitos fundamentais.

Na lição do emérito constitucionalista Alexandre de Moraes:

O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades publicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado, por exemplo, no caput do art. 1º da Constituição da Republica Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado principio democrático ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que a ‘a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular’ (MORAIS, 2010, p. 6).

E conclui a respeito do Estado Constitucional, gênero, asseverando que “O Estado Constitucional, portanto, é mais do que Estado de Direito, é também o Estado Democrático, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder” (MORAIS, 2010, p.6).

No ensinamento da professora Ana Claudia Pinho que abeberasse como fonte teórica a visão da doutrina Garantista elaborada pelo Luigi Ferrajoli em sua grande obra *Direito e Razão*.

O Estado Social e Democrático de Direito reconhece o poder soberano do povo, que deve exercê-lo diretamente ou por meio de representantes (democracia formal), e consagra os direitos fundamentais como valores supremos (aqui incluídos tanto as garantias liberais negativas, como os direitos sociais positivos). (PINHO, 2006, p. 45).

Ao continuar sua análise ao Estado Democrático de Direito sob ótica Garantista, a ilustre representando do *parquet* mostra as novas funções desse novo modelo de Estado.

Numa visão garantista, claro está que o papel do Estado Social e Democrático de Direito é, ao mesmo tempo, abster-se de violar direitos individuais ( garantia liberal- negativa) e lançar-se ao desafio de realizar programas sociais com o fim de minimizar as desigualdades (garantia social- positiva). O poder fica assim, limitado, quer por meio das proibições (os órgãos de poder não podem intervir indiscriminadamente; uso da força é restrito), quer por meio das obrigações, normas de mandato direcionadas aos poderes públicos, determinando o que devem fazer, (PINHO, 2006. 47).

Todavia, partindo da análise fática e jurídica constata-se uma abissal diferença entre o que a Constituição dispõe (normativismo) e o que é posto em prática (efetividade). Logo, é necessária nova interpretação para as normas penais que deverão passar pelo "crivo" constitucional.

Tal modo de aplicação do Direito Penal em conformidade com a Constituição, partindo da visão Garantista, está estritamente vinculado ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, vinculado à estrutura hierarquizada e secularizada do ordenamento jurídico balizada pela Constituição, é o ponto de partida na construção do modelo garantista. Como categoria lapidar, o princípio da legalidade (penal) intenta estabelecer uma previsibilidade mínima ao cidadão no uso e gozo de seus direitos pela exigência de *Lex praevia* e pública condicionando e limitando o poder na interferência ilegítima (CARVALHO, 2004, p. 21).

E é por isso que não há outra forma de aplicar o Direito Penal a não ser partindo do enunciado constitucional de Estado Democrático de Direito consubstanciado na doutrina de Ferrajolli vez que são esses parâmetros racionais que irão limitar o poder estatal e garantir de maneira eficaz os direitos positivos da sociedade sem deixar de lado aquela primeira geração de direitos importantíssimas nas quais o Estado não deve intervir na liberdade e na igualdade (formal e material).

### **2.1.1. Notas gerais sobre a doutrina Garantista**

Por ter raízes arraigadas na filosofia ilustrada do século XVIII a doutrina do Garantismo penal, tão logo aplica o critério da racionalidade, procura fornecer um novo conceito para legitimidade penal do Estado fundamentado no paradigma do Estado Democrático de Direito.

O Garantismo, portanto, busca estabelecer parâmetros racionais para as intervenções penais no âmbito da vida social do cidadão vez que com a concepção de Estado Democrático de Direito é defeso qualquer tipo de irracionalidade pública ou privada na tutela dos direitos fundamentais visto que estes não são negociáveis. É devido a isso que se pretende, primeiramente, minimizar o exercício do poder do Estado para que ocorra a maximização das liberdades e das garantias individuais com o fim de efetivação dos direitos fundamentais (CARVALHO, 2004, p. 19).

Constata-se hodiernamente uma verdadeira crise entre o *jus puniendi* estatal e o seu modelo de justificação, pois não se vislumbra compatibilidade entre os princípios constitucionais fundamentais e as normas penais que são efetivamente aplicadas. Para

solucionar essa questão verifica-se a necessidade de constitucionalização do Direito Penal. Para tanto o mestre italiano, já a sua época, propõe a reformulação nos fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos.

Seguindo entendimento da professora da Universidade Federal do Pará, consubstanciada na doutrina do mestre Ferrajoli, deverá ser adotado como critério metodológico para se chegar à reformulação dos fundamentos, ora citados, a razão entendida em triplo sentido: epistemológico, axiológico e normativo no qual irão ser fonte de justificação do Garantismo (PINHO, 2006, p. 05).

No sentido epistemológico dado a razão ocorrerá obrigatoriamente o uso do método da racionalidade das decisões vez que deverá ser estabelecidos vínculos de conhecimento no processo através de motivação dos critérios jurídicos e valoração das provas.

Para o sentido axiológico trata-se de fundamentação externa baseada nos valores de justiça penal, ou seja, é uma justificação ético-política para o delito e a pena, isto é, consubstanciada em valores como o da ética, da justiça, da dignidade humana e em outros valores racionais universais que sirvam de precedente lógico para se estabelecer critérios punitivos.

Já o sentido normativo dado mais uma vez à razão relaciona-se com a legitimação interna do sistema penal. Significado atribuído à razão no sentido de validade/coerência lógica, ou seja, compatibilidade entre as normas penais com as normas constitucionais. Em verdade seria o amoldamento das normas infraconstitucionais penais às normas de *status* constitucional com o fim de viabilizar internamente com parâmetros racionais a aplicabilidade da norma penal. (PINHO, 2006,p. 05).

Portanto, se entende por Garantismo o que está escrito no livro “Direito e Razão”, quinta parte que trata “Para uma Teoria Geral do Garantismo”, capítulo XIII. Da palavra Garantismo é possível inferir três significados diversos, porém conexos entre si.

Primeiro, significa um modelo normativo de direito diretamente vinculado ao direito penal e relacionado com o modelo da “estrita legalidade” do Estado de Direito. É feita a caracterização do estado de Direito em três planos (epistemológico político e jurídico). Conclui que será Garantista o modelo penal que tiver tal molde normativo e que o efetive (grau de Garantismo). Por isso que fora proposta uma reformulação desses teóricos. Em outra acepção, Garantismo significa uma teoria jurídica da validade (existente) e da efetividade (vigor). Nesse sentido separa o “ser” do “deve ser” no direito o que põe uma questão teórica interessante no que é a divergência entre os modelos normativos (tendentes ao Garantismo) e



as práticas operacionais (práticas não Garantista). Daí o autor conclui que há uma teoria da divergência entre a normatividade e a realidade (direito válido e direito efetivo). E por último há o terceiro significado que representa uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado o ônus da justificação externa. Para tanto faz necessário a separação entre a moral e o direito, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento. (FERRAJOLI, 2006, p.785-786).

O autor deixa claro que esses significados corroboram para uma teoria geral do Garantismo que poderá ser aplicada em outros ramos do direito como direito civil, administrativo, constitucional e etc.

#### 2.1.1.1. Princípios formadores

“Os termos que empregarei na formulação destes princípios são onze: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa” (FERRAJOLI, 2006, p.89). É por isso, que “estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com força da expressão linguística – o modelo de direito ou derresponsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal” (FERRAJOLI, 2006, p 91).

Continuando a análise da doutrina Garantista passa-se doravante para uma abordagem axiológica, proposta pelo mestre italiano, que forma verdadeiro sistema Garantista. Para tanto, divide-se os princípios em três grupos: quanto à pena, quanto ao delito e quanto ao processo.

São os princípios relativos à pena: *Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla Lex sine necessitate*;

Os princípios relativos ao delito: *Nulla necessitas sine injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*.

Por fim, os princípios relativos ao processo: *Nulla culpa sine iudicio*. *Nullum accusatio sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione*; *Nulla probatio sine defensione*.

*Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime). É o princípio da retributividade o que significa dizer que só existe aplicação da pena quando houver efetivamente a antijuridicidade. O que torna a pena uma consequência negativa de uma conduta tipificada no ordenamento jurídico. Desta forma, o ordenamento vigente consubstancia esse princípio

no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição e art. 1º do Código Penal, no quais aduzem que não haverá pena sem prévia cominação legal;

Nullum crimen sine lege, não há crime sem previsão em lei, expressa o princípio da legalidade, princípio basilar do Garantismo, no qual só existe crime quando este estiver tipificado no ordenamento, pois é um dos elementos do crime, além do da culpabilidade e ilicitude. Esse preceito do Garantismo é o mesmo do princípio da legalidade que encontra agasalho no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição e no art. 1º do Código Penal, nos quais aduzem que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Tal princípio é formado pela junção do princípio da anterioridade da lei penal, pelo princípio que a lei penal deve ser escrita, vedado analogia prejudicial, e princípio da taxatividade, ou seja, a lei penal deve ser certa e de fácil compreensão pelos interpretes do direito.

Nulla Lex sine necessitate, não existe lei penal sem necessidade, expressa o princípio da necessidade que utiliza o direito somente quando não existe mais a possibilidade de intervenção de outra esfera do Direito. Portanto, por reflexo este preceito diz respeito à mínima intervenção do direito penal no cotidiano da sociedade para que isso ocorra serão protegidos os bens jurídicos considerados fundamentais a exemplo da vida, do patrimônio e das liberdades (locomoção, religiosa, artística e intelectual) dentre outros direitos. Consequentemente, cabe ao Poder legislativo elaborar normas penais tendo como objeto bens de fundamental relevância a sociedade.

Nulla necessitas sine injuria “não há necessidade sem ofensa” princípio da lesividade (Ferrajolli) ou ofensividade (para o professor Luiz Flavio Gomes) da conduta que prescreve a respeito da conduta ser relevante e concreta para o bem jurídico tutelado. Para esse princípio é necessário haver lesividade na conduta do agente para ser considerado crime.

Há uma grande questão a ser levada em consideração que desrespeito o recepcionamento ou não dos crimes de perigo abstrato, pois conforme o modelo de direito Garantista esses crimes abstratos não são compatíveis com a Constituição, logo são inconstitucionais.

No informativo 447 a Suprema Corte se posicionou da seguinte maneira a respeito de porte ilegal de arma e ausência de munição, exemplo de crimes abstrato.

A Turma iniciou julgamento de recurso ordinário em habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo com

numeração de identificação suprimida (Lei 10.826/2003, art. 16, parágrafo único, IV), no qual se pretende a nulidade da condenação, por atipicidade da conduta, em face da ausência de lesividade da arma desmuniada apreendida. A Min. Cármen Lúcia, relatora, na linha da orientação firmada no RHC 81057/SP (DJU de 29.4.2005), deu provimento ao recurso para anular o acórdão e, com base no art. 386, III, do CPP, absolver o paciente. Entendeu que a conduta do paciente seria atípica, porquanto, à luz dos princípios da lesividade e da ofensividade, a arma sem munição ou sem possibilidade de pronto municionamento é instrumento inidôneo para efetuar disparo e incapaz, portanto, de gerar lesão efetiva ou potencial à incolumidade pública. Em divergência, os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski desproveram o recurso, por considerar que o porte de arma, ainda que sem munição, configura o tipo penal em análise, que é crime de mera conduta e de perigo abstrato, sendo que o fato de estar o revólver desmuniado não o desqualifica como arma, ressaltando o seu potencial de intimidação. Após, por proposta do Min. Sepúlveda Pertence, a Turma decidiu afetar o processo ao Plenário para julgamento conjunto com o HC 85240/SP (v. Informativos 404 e 411). RHC 89889/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 7.11.2006. (RHC-89889).

Desta forma, fica claro que apesar do modelo Garantista ser um paradigma de garantias e direitos individuais ele não pode ser usado de forma radical, uma vez que a segurança da coletividade de ser considerada. Portanto, o modelo Garantista deve ser usado com justa medida pelo aplicador do Direito.

*Nulla injuria sine actione*, não existe ofensa sem ação, logo constitui o princípio da exteriorização da ação. A ação humana nesse princípio é fundamental para materializar o delito, haja vista que deve haver um vínculo entre a conduta e o dano. Sendo esta ação pode ser comissiva ou omissiva.

É com esse princípio que o modelo Garantista proíbe no atual ordenamento jurídico o direito penal do autor, que pune ao ser, a pessoa por aquilo que tenha realizado estabelecendo, dessa forma, um modelo paradigmático de pessoa que deve ser punida. De forma, diametralmente oposta, existe o Direito Penal do fato que consiste em punir a conduta do agente e não o agente por si.

Um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação (ZAFFARONI, 2008, p.107).

*Nulla actio sine culpa*, não há ação sem culpa, representa o princípio da culpabilidade. Com este princípio referido no brocardo latino é assegurado que só serão reprovadas as ações consideradas culpáveis.

O jurista Cezar Roberto Bitencourt sintetiza o Princípio da Culpabilidade da seguinte forma:

Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três conseqüências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é medida da pena (BITENCOURT, 2009, 352).

Nulla culpa sine iudicio- não existe culpa sem apreciação judicial - expressa o princípio da jurisdicionalidade. Significa dizer que é garantido ao indivíduo a prestação jurisdicional obedecendo aos critérios de imparcialidade (pressuposto de validade processual) e o devido processo legal onde será garantido a ampla defesa e o contraditório e um tribunal já constituído para causa. Desta forma, o inciso LIV da Constituição dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Nullum accusatio sine accusation, não há apreciação judicial sem acusação, conhecido também como princípio acusatório. Por tal princípio é garantido ao cidadão que ele seja acusado por órgão diverso daquele que irá julgá-lo, no qual o juiz é sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento é um debate paritário.

Para o professor Aury Lopes Junior (2010, p.60) a forma acusatória se caracteriza por existir a distinção entre as atividades de acusar e de julgar; a iniciativa de provas de ser das partes; que o juiz deve ser um terceiro imparcial em se tratando da coleta de provas; existir efetivamente contraditório e ampla defesa; publicidades dos atos processuais; duplo grau de jurisdição e que seja respeitada a qualidade de coisa julgada da sentença para se houver coisa julgada e, portanto, segurança jurídica.

O professor segue mostrando a importância do sistema acusatório.

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica, parte passiva do processo penal (JUNIOR, 2010, p. 61).

Nulla accusatio sine probatione, não há acusação sem prova, logo se afirma dizer que o ônus da prova fica atrelado ao acusador. Isso se deve ao princípio da presunção de inocência no qual aduz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

Nulla probatio sine defensione, não existe prova sem apreciação pela defesa, tal dispositivo faz referência direta ao princípio da ampla defesa e contraditório que estão previstos dentro do princípio constitucional do devido processo legal. O contraditório é entendido como a faculdade do réu em opor aos argumentos da parte adversária, além de influenciar na decisão do magistrado através da apresentação de provas (ampla defesa).

Em suma se entende que partido da análise desses axiomas depreende-se que:

O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo e material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade de seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos (FERRAJOLI, 2006, p. 101).

Destarte, fica evidenciado que todos os princípios ao norte demonstrados estão todos correlacionados ao Estado Democrático de Direito cujo poder soberano estatal deve obedecer limites ao exercitar o seu *jus puniendi*. Sendo essa restrição necessária devido aos direitos fundamentais esculpido na Constituição Federal.

#### 2.1.1.2. Reflexo do Garantismo no conceito de bem jurídico

Sendo um dos conceitos mais importantes da Ciência Penal, por isso que é objeto de estudo de inúmeros autores, definir o que é bem jurídico penalmente tutelável representa asseverar quando o *jus puniendi* estatal poderá intervir na vida do corpo social. No presente artigo analisa-se não somente o reflexo da doutrina Garantista e da Constituição na escolha desses bens que sofrerão intervenção penal.

Para Ferrajoli:

Para usar a linguagem de Ferrajoli, antes de avaliar ‘como castigar’ (princípio da proporcionalidade – justificação interna), é preciso saber ‘o que proibir’ (teoria do bem jurídico – justificação externa), já que a proibição, por óbvio, antecede ao castigo (princípio da retributividade). (FERRAJOLI, 2006, p. 397 e 464 apud PINHO, 2006, p.108)

Para além dos conceitos de bem jurídicos postos por doutrinadores como Feuerbach, Birnbaum, Binding, Von Liszt para o presente estudo o bem jurídico-penal será entendido no sentido de função político-criminal, que limita o poder de definição do Estado quanto a bens a serem protegido. No dizer do mestre italiano “A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições” (FERRAJOLI, 2006, p.426).

A Constituição Federal com todo o seu arcabouço normativo e axiológico de proteção de direitos e garantias será o ponto de partida do legislado ordinário para elaboração de todas as normas que venha a restringir ou punir o cidadão. Essa visão constitucionalizada do Direito penal deve refletir também para as normas que já estão em vigor vez que não se

pode permitir no ordenamento jurídico a presença de lei que venha ferir os critérios constitucionais e racionais de lesividade e racionalidade que são hodiernamente parâmetros lógicos para a tutela penal. Por isso, que se busca na Constituição um marco de segurança e limitação face ao *jus puniendi* do Estado.

Entretanto, é clara a tendência contemporânea de hipertrofia do Direito Penal, numa demonstração de que o legislador não tem observado a exigência constitucional que se vem de demonstrar: o binômio necessidade( ou fragmentariedade) e lesividade, ou seja, excepcionalidade da intervenção punitiva, somente aconselhável em casos de grave lesão ao bem jurídico(PINHO, 2006, p.113).

Destarte, chega-se a conclusão a respeito da lesividade:

O direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as acrescentadas à reação informal que comportam, suportam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que geradas institucionalmente pelo direito penal (FERRAJOLI, 2006, p. 427).

Derivado da cisão entre direito e moral a “necessidade penal” significa que ocorrera intervenção penal naqueles bens fundamentais que não possíveis de serem tutelados por outro ramo do direito. (FERRAJOLI, 2006, p. 427).

### **2.1.2. Direito Penal Mínimo**

Sendo uma característica do Garantismo penal existe a doutrina do direito penal mínimo que na visão de Rogério Greco:

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 (GRECO, 2005, p. 30).

É característica da doutrina Garantista a aplicação do Direito Penal de *ultima ratio* para aqueles ordenamentos que aplicam o Sistema Garantista em maior grau. O direito penal mínimo vem de encontro à doutrina do direito penal máximo, significa dizer, que representa limitação ao arbítrio punitivo do estado além de potencialmente proporcionar um ideal de certeza e racionalidade para o cidadão face ao Estado.

Nesse sentido o direito penal mínimo se torna uma técnica de proteção dos direitos fundamentais, a depender do ponto de vista da relação penal que esteja sob análise, poderá apontar como o mais fraco dessa relação tanto a vítima como o autor de um único delito.

[...] A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e,

mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais. (FERRAJOLI, 2006, p 311).

Posto isso, fica cristalino que a preocupação dos autores garantistas é com o fato de que a lei penal se torna desproporcional à medida que a relação jurídico-penal torna-se verdadeiramente a lei do “mais fraco”. É “mais fraco” imediato a vítima de um delito. E é “mais fraco” mediato o autor do delito vez poderá vir a sofrer vingança privada ou uma desproporcional pena por parte do Estado. Portanto, conforme entendimento de Paulo Queiroz ‘o fim do direito penal é impedir a vingança privada e minimizar ou controlar a violência’ (FERRAJOLI, 2006, p. 75).

#### 2.1.2.1. Princípios que constituem a intervenção penal mínima

A visão mínima do Direito Penal é fundamentada em princípios que servem de orientação para o legislador e para os operadores da lei.

Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar os da: a) intervenção mínima; b) lesividade; c) adequação social; d) insignificância; e) individualização da pena; f) proporcionalidade; g) responsabilidade pessoal; h) limitação das penas; i) culpabilidade; e j) legalidade (GRECO, 2005, p. 30).

Para uma concepção minimalista do Direito Penal é preciso considerar o princípio da intervenção mínima como sendo o verdadeiro archote que iluminará tal doutrina de *ultima ratio*. O legislador, no momento da elaboração e no momento da revogação dos tipos penais incriminadores, deve levar em conta tal princípio e seus reflexos na escolha de bens jurídicos tutelados e o caráter subsidiário do Direito Penal. “Dessa forma, percebe-se, com clareza, que a primeira vertente do princípio da intervenção mínima gira em torno, especificamente, da teoria do bem jurídico” (GRECO, 2005, p. 71).

Infere-se também do princípio da intervenção mínima o caráter subsidiário do direito penal. Significa que jamais se deve utilizar esse ramo repressivo do direito como forma de resolver, *prima facie*, os problemas sociais que são decorrentes da falta de políticas públicas eficientes contra o crescimento vertiginoso da violência. Destarte, consubstanciado na doutrina de Paulo de Souza Queiroz “o Direito Penal deve ser, enfim, a *extrema ratio* de uma política social orientada para a dignificação do homem”. (QUEIROZ, 2001, p.125).

Ao se interpretar a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, de forma teleológica e sistemática, com ênfase no art. 54 e art. 21 depreende-se que a pessoa jurídica

poderá vir a ser responsabilizada no caso de cometimento da conduta incriminadora de “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora” com conseqüente pena de multa, restrição de direitos e prestação de serviço à comunidade.

Posto isto, chega-se a conclusão de que, quanto à natureza subsidiária do Direito Penal faz com que *apriori* sejam verificadas as demais hipóteses de intervenção (administrativa, civil, etc.) para que em segundo momento seja permitido, quando possível à ingerência do Direito Penal. (GRECO, 2005, p. 87).

Outro princípio que deve servir de base para o legislador no momento da produção das normas penais é o principio da lesividade. Derivado do pensamento racional do iluminismo no qual há cisão do direito com a moral. É com tal princípio que irá mensurar o grau de perigo que determinado bem jurídico fora posto.

No livro Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro o professor Nilo Batista pode-se atribuir quatro significados para o principio da lesividade; i) proibir a incriminação de uma atitude interna; ii) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; iii) proibir a incriminação de estados ou condições existenciais e; iv) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (BATISTA, 2004.p. 93-94).

De tais acepções chega-se ao seguinte.

Na verdade, podemos resumir todas as vertentes anunciadas por Nilo Batista em um único raciocínio: O direito Penal só pode de acorde com o principio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o ambito do próprio agente, que venham atingir bens de terceiros, atendendo-se, pois, ao brocardo *nulla Lex poenalissime injuria* (GRECO, 2005, p. 91).

O ultimo princípio que servirá de guia para o legislador quando for elaborar ou revogar uma figura típica no ordenamento jurídico há o principio da adequação social.

Ao usar o princípio da adequação social como fonte para produção ou revogação de normas penais o legislador estará amoldando a conduta do agente com o contexto social que se faz presente para aquela sociedade.

Ademais, o princípio da adequação social poderá ser usado como forma de interpretação dos tipos penais o que poderá conduzir ao afastamento da tipicidade do delito. É o caso do art. 233 do Código Penal que prevê: “praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”. Sendo que a depender do contexto social no qual está inserida



essa conduta pode-se ou não imputá-la como criminosa vez que fatos que eram considerados ato obsceno na primeira metade do século vinte hodiernamente já não são mais.

Por sua vez o princípio da insignificância representa uma conduta sem tipicidade formal vez que houve apenas uma tipificação de âmbito formal. Significa que pela teoria tripartida do crime onde o agente realiza uma conduta típica, ilícita e culpável analisar-se-à também se dentro da tipicidade houve grave lesão ou dano a vítima.

Outro princípio que decorre da concepção minimalista de direito penal vem a ser o princípio da individualização da pena. Possui caráter constitucional vez que no art. 5º, inciso XLVI, dispõe que a lei vai regularizar a individualização da pena e também fornece os meios de se chegar a tal individualização imputando ao infrator as penas de: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

“O princípio da individualização da pena ocorre em três fases distintas, a saber: a) fase da cominação; b) fase da aplicação; c) fase da execução” (GRECO, 2005, p. 92).

Independente da fase em que se estará ocorrendo a individualizando da pena o fato é que se deverá levar em conta os aspectos singulares do infrator vez que é apenas dessa maneira que se poderá atingir o objetivo da ressocialização da pessoa. Por isso, que o princípio da individualização da pena guarda intrínseco liame com os dois próximos princípios a serem estudados a seguir.

O princípio que será estudado agora é o da proporcionalidade cujo objetivo dirige-se a duas pessoas: ao legislador e ao juiz. Vejamos que em um primeiro momento é proposto pelo legislador à criação de um tipo penal e por consequência deverá se cominar uma pena em abstrato para essa nova conduta. Pois bem, é nesse momento que surge a tarefa mais árdua para quem trabalha no direito penal, qual seja, oferecer limite máximo e mínimo, em abstrato, para que seja aplicada uma sanção capaz de reprovar e inibir que tal conduta delitiva seja manifestada novamente.

Outro ponto crucial para o operador do direito, nesse caso o magistrado, ocorre quando da aplicação da pena no caso concreto. A dosimetria da pena deve levar em consideração não apenas o que é previsto no art. 59 do Código Penal, mas também todo um contexto da conduta criminosa. A pessoa do infrator, a pessoa da vítima, o próprio delito em si e o controle social do comportamento delitivo deverão ser analisados pelo magistrado para se tentar chegar a uma pena que seja proporcional a conduta típica praticada.

“São, portanto, dois momentos de aferição da proporcionalidade: o primeiro, por meio das penas cominadas em abstrato e o segundo, das aplicadas ao caso concreto” (GRECO, 2005, p.98).

Responsabilidade pessoal é um princípio de decorre da dignidade da pessoa humana vez que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Consiste no fato de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

A história do Direito Penal mostra que, em passado não muito longe, as penas não somente atingiam o autor da infração penal, como também a sua família ou seu grupo social no qual convivia. Portanto, o caráter repressivo da sanção penal ultrapassava o ser do delinquente e refletia nos seus pares mais próximos (GRECO, 2005, p. 104).

Partindo dessa análise meramente formal do princípio da intransferência da penal chega-se a uma conclusão falaciosa. É lógico que a família do condenado sofrerá efeitos da pena vez que há o estigma no Brasil de que o condenado e sua família não “servem” para viver mais em sociedade logo são excluídos. Ademais, cito também o exemplo das esposas ou companheiras dos apenados que passam pelas piores humilhações ao irem visitá-los. Sem contar dos filhos que possuem um dos pais apenados que não levados a chacota na escola devido ao fato não retilíneo praticado não por ele, mas sim por um de seus ascendentes.

Limitação das penas é mais um princípio da doutrina de *ultima ratio* do direito repressivo, nesse sentido, portanto deve ser entendido como tendo a Constituição um valor negativo sobre o direito penal.

Uma das possíveis formas de relacionar o Direito Penal e a Constituição é tomando esta como limite negativo daquele. Importa dizer que toda criminalização que não desrespeite frontalmente o texto constitucional será admitida, ainda que o valor (ou bem) tutelado não esteja albergado na Constituição, significando que, nessa concepção, não exige para a criminalização que a Constituição tenha reconhecido a dignidade do bem a ser protegido pelo Direito Penal.

Ou seja, para os partidários da limitação negativa, o Estado pode tipificar condutas atentórias a valores que tenham sido reconhecidos pela Constituição, desde que tal incriminação não fira os valores constitucionais. Tomando-se como base a legislação nacional, tem-se que, sob essa perspectiva de limite negativo, o legislador ordinário não poderia (como não pode) criminalizar a conduta de associar-se para fins ilícitos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade (PASCHOAL, 2003, p. 55).

Como um dos pontos mais importantes da ciência jurídico-penal a culpabilidade viabiliza a punição estatal sobre o indivíduo. Sendo que no âmbito do Direito Penal é atribuído um triplo conceito ao princípio da culpabilidade. Que são: a) culpabilidade como fundamento da pena; b) culpabilidade como elemento de medida da pena; c) e culpabilidade como conceito contrário ao de responsabilidade objetiva.

Outro princípio que forma uma visão mínima do direito penal é o da culpabilidade que recebe Três acepções. Tratando-se da culpabilidade como fundamento da pena (nulla poena sine culpa) analisar-se-à a possibilidade de aplicação da pena partindo da verificação dos requisitos necessários para que seja aplicada pena a um determinado agente praticante de um fato típico e antijurídico. “Para isso, exige-se a presença de uma serie de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma.” (BITENCOURT, 2009, p. 352).

Para segunda acepção do Principio em estudo pode-se inferir que a culpabilidade deverá ser parâmetro racional que o operador do direito deverá seguir para aplicação da pena no caso concreto.

Por derradeiro há culpabilidade como conceito contrário ao da responsabilidade objetiva, ou seja, atribuição da responsabilidade subjetiva ao agente praticante do delito. Segundo Nilo Batista.

Em primeiro lugar, pois, o principio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma ‘a culpabilidade não se presume’, que no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os rcos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura constante estribilho em decisões judiciais: ‘ a culpa não se presume’. A responsabilidade penal é sempre subjetiva (BATISTA, 2004, p.104).

Significa dizer que só se pode imputar um resultado a uma pessoa partindo da ideia que este fora causado por dolo ou por culpa (caso esta tenha previsão legal). Para essa acepção o importante é livrar o agente da imputação de delito proveniente de caso fortuito ou força maior.

O principio da legalidade ocupa um lugar especial no ordenamento jurídico brasileiro vez que tem abrigo na Constituição Federal e no Código Penal. No art. 5º, inc. XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal e art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal, respectivamente.

Ferrajolli esclarece:

No Estado de direito o principio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinário) à lei (constitucional) possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o principio de mera e de estrita legalidade. Esta sujeição substancial concretiza-se nas diferentes técnicas garantistas por meio das quais o legislador e os demais poderes públicos são colocados a serviço, por meio de proibições impostas sob pena de

invalidez, da tutela ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa (FERRAJOLI, 2006, p.307).

Nilo Batista esclarece que:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspira à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (BATISTA, 2004, p. 67).

Visto como garantia individual do princípio da legalidade ou da reserva legal pode ser analisado em quatro funções. Primeiro em proibir a retroatividade da lei penal. Segundo, proibi a criação de crimes e penas pelo costume. Terceiro, proíbe o emprego da analogia para criação de crime e por ultimo proíbe as incriminações vagas e indeterminadas.

### **2.1.3. Doutrinas interferem na aplicação do direito penal mínimo no ordenamento jurídico brasileiro.**

Em sentido frontalmente oposto ao que se advoga no presente artigo encontra-se o direito penal máximo que tem na doutrina de lei e da ordem seu maior expoente.

O movimento de lei e ordem tem no programa “tolerância zero”, década de 90, seu maior exemplo.

Naquela oportunidade, o então prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, após o sucesso de sua campanha eleitoral, em 1993, assume o cargo de chefe do executivo municipal, dando início ao plano denominado Tolerância Zero, juntamente como o chefe de polícia Willian Bratton (GRECO, 2005, p. 13).

Caracterizava-se pela discricionariedade que o legislador possuía para criar novos tipos penais sem respeitar se o novo bem jurídico necessariamente deve ser tutelado *prima facie* pelo direito penal, portanto, para esse programa o direito penal é visto como educador para sociedade. A intervenção penal aparece como solução para os problemas sociais.

Contudo, com o atual “desenvolvimento” da ciência penal, consubstanciada no Estado Democrático de Direito, não admite que se permita a total liberdade para se elaborar normas penais incriminadoras vez que, como já foi mostrado, há sim parâmetros racionais impeditivos para tal discricionariedade. Não é compatível com a Constituição Federal a educação da sociedade pelo caminho do direito penal haja vista que quanto mais infrações

penais se criam, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas condutas criminosas, tornando ainda maior a seletividade da cifra negra. (GRECO, 2005, p.15).

Outro exemplo da doutrina de direito penal máximo é a chamado direito penal do inimigo cujo maior pensador é o alemão Günter Jakobs. Basicamente para essa doutrina teríamos dois tipos de direito penal: uma para os cidadãos e outro para os inimigos.

Para o cidadão haveria um direito penal Garantista conforme está sendo proposto com todas as garantias e direitos fundamentais.

Todavia, para aqueles que legislador considera como inimigos da sociedade teriam um Direito Penal veementemente repressivo com o afrouxamento de direito e garantias fundamentais. Chega-se a conclusão que se puniria os inimigos pelo o que eles são por sua condição de vida. O que lembraria o nazismo penal de Edmund Mezger. Estaria pregando o direito penal do autor e não o direito penal do fato.

É por isso, que é impossível sustentar tal doutrina haja vista que não se pode hodiernamente saber com precisão quem seria o inimigo do Estado hoje. Jakobs cita os terroristas. Mas, é o no caso do Brasil seriam os grandes traficantes os inimigos? Ou seriam políticos corruptos que desviam verba publica em proveito próprio? Pois bem, não se sabe porquanto essa definição irá depender daquele que estivesse no poder. O que representa um vertiginoso abalo na estrutura jurídica, que tem por fim a repressão na vida de cada integrante da sociedade, de um Estado que quer ser estável e se fundamentar em Estado Democrático de Direito.

Rogério Greco afirma que a doutrina do direito penal do inimigo, analisada a luz de Silva Sánchez, encontra-se na terceira velocidade. Uma vez que a primeira velocidade consiste na aplicação tradicional do direito penal, que tem por fim ultimo a aplicação de uma pena privativa de liberdade, com todas as garantias e direitos tanto material como formal no âmbito penal. Já a velocidade intermediaria seria aquela onde se aplica pena não privativa de liberdade e sim as restritivas de direito ou as de multa (GRECO, 2005. p, 19).

Nesse diapasão partindo de uma análise estritamente constitucional através de seus princípios explícitos e implícitos chega-se a conclusão da viabilidade do direito penal mínimo cujo preceito primário é a intervenção penal em *ultima ratio*.

Portanto, não há como se aplicar o direito penal como medida social de política publica. Não se educa uma sociedade punindo-a. Deverá o legislador analisar o contexto e os bens jurídicos mais relevantes para poder criar um novo tipo penal. Nesse sentido que ele irá se utilizar dos princípios que formam a doutrina minimalista.

### **3. A INFLUÊNCIA QUE A MÍDIA EXERCE NA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL MÍNIMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

#### **3.1. MEIO DE COMUNICAÇÃO DE MASSA: O PODER QUE INFLUENCIA MULTIDÕES.**

O processo de comunicação vem a ser um dos fatores primordiais para o desenvolvimento da sociedade, porquanto é ele que permite que ocorram as relações interpessoais e dessa forma a formação e o progresso de uma sociedade.

“No atual nível da civilização, a informação é necessidade humana e como direito fundamental para o desenvolvimento do indivíduo especial proteção jurídica” (VIEIRA, 2003, p. 38). Por isso, que a Constituição traz em seu bojo alguns dispositivos que tratam direta ou indiretamente de tal direito. Art. 5º, inciso XIV e 220, caput e § 1º, todos da Carta Suprema.

De tais dispositivos retira-se a ideia de que é livre a manifestação da informação jornalística e que não se deve ter nenhum tipo de censura na sua divulgação. Todavia, consubstanciado em uma interpretação sistemática dos dispositivos, em objeto, depreende-se que há alguns direitos que representam limites para a liberdade de imprensa e que, portanto serão respeitados. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Portanto, “o que se pretende proteger nesse novo capítulo é o meio pelo qual o direito individual constitucionalmente garantido será difundido, por intermédios dos meios de comunicação de massa” (MORAIS, 2010, p.842).

Uma das formas de se repassar essa comunicação é através de informações e estas por sua vez podem ser divulgadas pela mídia.

Em sua etimológica a palavra mídia nasce do termo “*media*”, que quer dizer meio. Sendo, portanto, um *iter*, um caminho para se repassar mensagens, notícias e informações para um enorme número de pessoas. Outro sentido também é dado pela professora Ana Lúcia Meneses Vieira “O termo massa ainda sugere que os destinatários da notícia, que integram a audiência, são indivíduos passivos, indiferentes, empobrecidos em relações pessoais, facilmente controladas pelos meios de comunicação” (VIEIRA, 2003, p. 26).

Com objetivo de obter lucro a qualquer custo os meios de comunicação de massa, tanto no passado e mais ainda hodiernamente, se utilizam desse “poder” de influenciar um grande público para repassar notícias, em muitos casos, sem verdade ou de forma

sensacionalista. Por conta disso, o que se verifica é a propagação de notícias para um grande público “massa” desvirtuando, portanto, o critério da imparcialidade que deveria ser característica do jornalismo. ”Com as grandes empresas de comunicação a informação se tornou uma mercadoria, sem qualquer valor relacionado à função social e à verdade” (VIEIRA, 2003, p. 44).

Dessa forma, a informação é entendida como uma mercadoria que é vendida ao público unicamente no sentido econômico sem que haja a intenção da apuração probatória da situação fática noticiada. Isso na maioria das vezes decorre dos interesses financeiros dos donos das empresas jornalísticas que em inúmeros casos são grandes empresários que possuem interesses obscuros na divulgação de certas notícias.

Em muitos casos há trocas de favores entre a imprensa e a classe política com o intuito de beneficiar ambos. É notório também que no Brasil muitos políticos são proprietários de meios de comunicação de massa. Logo as notícias que são vinculadas por esses órgãos são conspurcadas de favoritismo político que servem apenas para enaltecer a atuação do dono da informação, como políticos e de seus correligionários.

Sobre a influência que a mídia exerce sobre a sociedade assim já dizia Carnelutti ao seu tempo.

Um pouco em todos os tempos, mas no tempo moderno sempre mais, o processo penal interessa à opinião pública. Os jornais ocupam boa parte das suas páginas para a crônica dos delitos e dos processos.

Quem as lê, alias, tem a impressão de que tenha muito mais delitos que não boas ações neste mundo. A ele é os delitos assemelham-se às papoulas que, quando se tem uma em um campo, todos se apercebem; elas boas ações se escondem, como as violetas entre as ervas daninhas. Se os delitos e os processos penais os jornais se ocupam com tanta assiduidade, é que as pessoas por estes se interessam muito, sobre os processos penais assim ditos célebres a curiosidade do público se proteja avidamente. E é também esta uma forma de diversão; fugisse da própria vida ocupando-se com a dos outros; e a ocupação não é a única tão intensa como a vida dos outros assume o aspecto de drama. O problema é que assistem ao processo do mesmo modo que se deliciam os espetáculos cinematográficos, que de resto, simula com muita frequência assim, o delito como o relativo processo. Assim como a atitude do público voltado ao protagonista do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para como os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para a corrida de touros, o processo penal não é infelizmente mais que uma escola de civilização. (CARNELUTTI, 2010, p. 7).

A mídia como meio de comunicação de massa tem a finalidade precípua de repassar a informação de forma imparcial e objetiva. Todavia, como mostra Carnelutti, desde o passado a mídia utiliza sua influência que exerce sobre a sociedade para impor ideias e “verdades” que apenas servem para ludibriar os informados.

Se à época do referido jurista italiano a mídia já proporcionava aos seus leitores a sensação de que havia muitos mais crimes do que realmente há. Hodiernamente, com avanço nos meios tecnológicos e informacionais (telemática) proporcionada pela globalização constata-se um verdadeiro “espetáculo” de imagem e som na transmissão, em muitos casos em tempo real, de notícias que potencialmente irão repercutir na sociedade, exemplos são aquelas que envolvem crimes hediondos e atos infracionais praticados por menores.

Com a aceleração do processo de globalização na década 70 ocorreu o aumento dos fluxos de informações, mercadorias e serviços. Sendo isso possível em virtude do aprimoramento de tecnologia relacionada com a área de informática. Na atualidade, há uma sociedade quase que instantânea cujos fatos podem ser transmitidos para todo mundo em poucos segundos.

“Hodiernamente há uma imbricação de três setores tecnológicos – informática, informática, telefonia e televisão – que convergem e se fundem na multimídia e na internet” (GUIMARÃES, 2004, p. 9).

“A mídia, composta, por radio, jornal, televisão e internet não apenas relata a falência estatal e o aumento da criminalidade, mas tende a reduzir o sentido desta a um significado totalizador, como, por exemplo, moradores da periferia” (BOLDT, 2010, p. 386).

É toda essa estrutura que por critério econômico seleciona determinadas categorias que não possuem condições para se tornarem potenciais consumidores, vez que não estão inseridas no processo de globalização, para serem excluídas da vida social tornando-se assim os alvos primordiais para imputação de condutas delitivas.

Além de fortalecer a seletividade do sistema penal, o discurso midiático dominante tem atuado como instrumento de consolidação da subcidadania. Não obstante a maioria da população brasileira desfrute os prazeres da pós modernidade e exerça plenamente grande parte de seus direitos, a maioria dos brasileiros continua vivendo os dissabores da pré-modernidade, destituídos de seus direito e garantias mais básicas (BOLDT, 2010, p. 387).

O que se percebe hoje é uma verdadeira exclusão das pessoas que não se enquadram no modelo posto pelo capitalismo, qual seja, o padrão “consumerista” (além do consumismo) onde a pessoa é leva a adquirir determinado bem sem necessariamente precisar dele.

Para essas pessoas o isolamento, ocorre de duas formas, a primeira é quanto a sua habitação cujas moradias deverão ser localizadas em guetos, favelas ou invasões locais estes que não propiciam infraestrutura adequada para uma vida com qualidade.



“O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar” (BAUMAN, 1999, p.114).

E a segunda maneira de isolamento denomina-se “prisionização” que é a mais cruel de todas haja vista que retira do homem um dos seus maiores direitos que é a liberdade. Esta se dá quando da prisão do delinquente que é mandado às masmorras do Estado onde ficará isolado da vida social desfrutando tão-somente de um ambiente que produz efeito contrário ao da ressocialização.

Não obstante sejam formalmente cidadãos, os excluídos passam à condição de servos graças ao crescimento estrutural da exclusão social, obstáculo natural da inclusão. (BOLDT, 2010, p. 390).

De acordo com Zygmunt Bauman em “Globalização: Conseqüências humanas” analisando os fatores que levam o legislador ordinário a imputar na grande maioria dos casos tipos penais que atinjam apenas a classe menos favorecida se deve ao fato de que se quer preservar determinada ordem específica no qual se tipificam as condutas mais prováveis de um cidadão que esteja na base da sociedade as pratique. Já para aqueles que estão no topo da sociedade torna-se muito difícil à elaboração de normas penais incriminadoras vez que suas condutas são extremamente complexa e cheias de artifícios que impedem uma visualização objetiva para o seu enquadramento legal. Bauman (1999, p. 131-134), exemplificando, usa o “crime de colarinho branco” informando que no caso deste a imprensa não faz a mesma cobertura “espetacular” como é feita nos casos de crimes cometidos por “pessoas da base”. Aponta como fator preponderante para isso o fato de que os “crimes de colarinho branco” são tão complexos que extrapolam o senso comum, logo não são vendíveis aos leitores.

### 3.2. A INTERVENÇÃO PENAL SIMBOLICA E A INFLAÇÃO LEGISLATIVA

Em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, e paradoxalmente com ela veio à tendência expansionista do Direito Penal porquanto por critério de “politicagem” o legislador ordinário resolveu combater a criminalidade com um instrumento que deveria ser de *ultima ratio*, o direito penal. A consequência desse mau uso do Direito Penal é a hiperinflação de normas penais e uma verdadeira descredibilização no *jus puniendi* estatal.

Citando como exemplo desse expansionismo penal no Brasil há as Leis nº 8.072/90 (crimes hediondos), 9.605/98 (definiu crimes ambientais) e 10.826/03 (estatuto do desarmamento). Essas são consideradas amostras do caráter simbólico que pretende o legislador com a promulgação dessas leis.

Bauman mostra o reflexo do aumento das normas penais na sociedade asseverando que:

A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados, mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente. (BAUMAN, 1999, p. 126).

É passada pelos meios de comunicação de massa uma falaciosa propaganda em que “O discurso dominante sustenta estarmos diante de uma guerra que só será vencida com o recrudescimento das leis penais e com a eliminação dos inimigos por meio de uma intervenção penal cada vez mais violenta” (BOLDT, 2010, p.402).

Por conta disso, a produção legislativa penal vem crescendo sem que haja parâmetros racionais, consubstanciados na Constituição, vez que são criados novos tipos, novas agravantes. Os professores Krohling e Boldt explicam que no decorrer do tempo a expansão simbólica do direito penal poderá vir a afetar de maneira negativa os direitos humanos que ao longo da história vem sendo conquistados paulatinamente.

Chega-se, portanto, a conclusão de que nesse novo ambiente que está inserido o Direito Penal onde há produção excessiva de normas, que possuem apenas caráter simbólico, violam os princípios básicos do Direito Penal como os da intervenção mínima, lesividade, insignificância, proporcionalidade e outros que servem de base para formulação de um Direito Penal de intervenção mínima.

#### 4. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho confirma-se que o ordenamento jurídico brasileiro comporta uma visão mínima do Direito Penal vez que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, portanto todos os princípios inerentes a este posicionamento doutrinário encontram-se explícita ou implicitamente no interior da Carta Suprema.

Apesar disso, conforme pesquisa bibliográfica constatou-se também que apesar da intervenção penal em *ultima ratio* proporcionado pela Constituição ainda há no ordenamento leis penais que não seguiram parâmetros racionais para sua elaboração.

Essas leis na maior parte dos casos foram elaboradas como mecanismo para controlar a violência que é crescente.

Todavia, por razões que vão “além do melhor para sociedade” o legislador erradamente utiliza-se da lei penal com política pública o que acaba criando uma verdadeira inflação legislativa quanto às normas penais.

Nesse ponto, relevante é lembrar-se do papel que a mídia exerce na fomentação da violência simbólica como produto do sensacionalismo difundido pelos meios de comunicação de massa visto que é proposto por estes a intervenção do direito penal de *prima ratio*.

Posto isso, claro fica a compatibilidade formal do Direito Penal Mínimo, consubstanciado na doutrina de Ferrajoli, com o ordenamento jurídico brasileiro quando se trata, porém da compatibilidade material constata-se que ainda encontra-se normas penais que representam a outra face de um Direito Penal, isto é, como fonte primária para solução de conflitos na sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução: Marcus Panchel. Jorge Zahar Ed. Rio de Janeiro, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal brasileiro**. 9. ed. Renavan. Rio de Janeiro, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. Saraiva. São Paulo, 2009.
- BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloisio. **Direitos, fundamentais para quem? Mídia, direito penal e criminalização a pobreza**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.99, nº 893, p.385-405, 2010.
- CARVALLHO, Amilton Bueno de. CARVALLHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo. **Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais**. <<http://pt.scribd.com/doc/37685660/CARVALHO-Salo-de-Consideracoes-sobre-o-discurso-das-reformas-processuais-penais>>. Acesso em: 15/10/2012.
- CANELUTTI, Francesco. **As misérias do processo pena**. 2ª ed. São Paulo: Edjur, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GRECO, Rogério. **Direito penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2005.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, 5.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal em sua conformidade constitucional**. 5. ed. vol 1. Rio de Janeiro: Lume júris, 2010
- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 8.ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e Direito penal Mínimo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Direito Penal e o estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Dey Rey, 2001.

REPÚBLICA, Presidência da Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 9.605, De 12 De Fevereiro De 1998.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em 22/10/2012.

REPUBLICA, Presidente da Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código Processo Penal <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 15/10/2012

REPUBLICA, Presidente da Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código Penal <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15/10/2012

REPUBLICA, Presidente da Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15/10/2012

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 7. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.107.